

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

ALUÍSIO MÁRIO LINS SOUTO

AGÊNCIAS REGULADORAS MULTISSETORIAIS
COMO CONTROLE DAS FALHAS DE MERCADO

JOÃO PESSOA
2011

ALUÍSIO MÁRIO LINS SOUTO

AGÊNCIAS REGULADORAS MULTISSETORIAIS
COMO CONTROLE DAS FALHAS DE MERCADO

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – UFPB, como requisito à obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de concentração: Direito Econômico.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Ana Luísa Celino Coutinho.

JOÃO PESSOA
2011

S728a

Souto, Aluísio Mário Lins.

Agências reguladoras multissetoriais como controle das falhas de mercado / Aluísio Mário Lins Souto. – João Pessoa, PB: [s.n], 2009.

141f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Paraíba (UFPB) - Curso de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, 2011.

1. Direito Econômico. 2. Regulação Econômica. 3. Falhas de mercado. 4. Informações Assimétricas. 5. Agências reguladoras multissetoriais.

CDU 351.83

ALUÍSIO MÁRIO LINS SOUTO

AGÊNCIAS REGULADORAS MULTISSETORIAIS
COMO CONTROLE DAS FALHAS DE MERCADO

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – UFPB, como requisito à obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de concentração: Direito Econômico.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Ana Luísa Celino Coutinho.

Aprovado em ____ / ____ / 2011

BANCA EXAMINADORA:

Prof^a. Dr^a. Ana Luísa Celino Coutinho.
(Orientadora)

Prof^a. Dr^a. Maria Luíza Pereira de Alencar Mayer Feitosa

Prof. Dr. Yanko Marcius de Alencar Xavier

Este trabalho é dedicado aos meus pais
Lúcio e Márcia, esta por ser eterna fonte
de perseverança para meu sucesso
pessoal e aquele por apoiar minhas
decisões diante de escolhas difíceis.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por guiar meus passos diante das dificuldades da vida, fazendo com que eu permanecesse no caminho das virtudes;

Aos meus pais, Lúcio e Márcia, pela dedicação empreendida em nossa educação guiando-me além dos limites;

Ao meu avô, Aluísio, de quem herdei o nome e muito do meu caráter;

Aos meus irmãos e minha namorada, Márcio, Ana Flávia e Ivna, aos quais devoto todo meu amor;

Aos amigos integrantes do projeto de pesquisa, em especial, a André Gomes, por sua amizade fraterna, a Thiago Marques, e a Maurício Assis por compartilharem de importantes momentos acadêmicos;

A minha Orientadora, Prof^a. Dr^a. Ana Luísa Celino Coutinho – exigente e atenciosa quando necessário – que me proporcionou uma nova visão do mundo acadêmico.

A todos que contribuíram de forma determinante para meu trabalho.

SUMÁRIO

1 Introdução	11
2 Evolução da atuação do estado na economia e teorias da regulação	15
2.1 Evolução da atuação do Estado na economia.....	15
2.1.1 Reflexões sobre o modelo liberal.....	17
2.1.2 Do Estado liberal ao Estado Social.....	18
2.1.3 Prevalência do Estado Regulador sobre o Provedor.....	24
2.2 Surgimento histórico-político da atividade de regulação	28
2.3 Teorias de regulação	30
2.3.1 Teoria do interesse público.....	32
2.3.2 Teoria da falha regulatória	33
2.3.3 Teoria econômica da regulação.....	35
2.3.4 Teoria da escolha pública	42
2.3.5 Teoria econômica dos custos de transação.....	45
3 Falhas de mercado e seu papel na regulação	52
3.1 Evolução do conceito de mercado e o suposto equilíbrio dos mercados.....	52
3.2 Falhas de mercado como justificativa para a regulação econômica.....	56
3.3 Teoria da utilidade marginal como justificativa da intervenção do Estado....	61
3.4 Falhas de mercado.....	63
3.4.1 Assimetria de informação.....	66
3.4.1.1 Interferência da informação assimétrica na regulação econômica.....	70
3.4.1.2 Seleção Adversa.....	72
3.4.1.3 O risco moral (moral hazard).....	73
4 Formas de atuação regulatória	76
4.1 Considerações propedêuticas sobre os modelos regulatórios	76
4.1.1 Formas de atuação regulatória	79
4.1.2 Estrutura organizacional da agência reguladora	80
4.2 Características das agências reguladoras.....	82
4.3 Funções das agências reguladoras	84
4.3.1 Função executiva	85
4.3.2 Função normativa.....	85
4.4 Regulação governamental com subsídios exógenos e as formas de regulação	86
4.4.1 Problemas de ação coletiva.....	88
4.4.1.1 Problemas de ação coletiva no âmbito das agências reguladoras.....	90
4.4.2 Modelo regulatório de execução contratual	94
4.4.2.1 Contratação de entes privados para execução da normatização regulatória	95
4.4.2.2 Negociações executórias para promoção da normatização regulatória ..	100
4.4.3 Modelo de normatização contratual de regulação	103
4.4.3.1 Organizações privadas de normatização	103
4.4.3.2 Negociações de normatizações regulatórias	106
4.4.4 Autorregulação	108
5 Estrutura regulatória e agência multissetorial	111
5.1 Funções da Atividade Estatal de Regulação.....	111
5.2 Indústria, Setor e Multissetor	112
5.3 Surgimento e Natureza da Regulação Multissetorial	113
5.4 Especialização horizontal e a necessidade de regulação multissetorial.....	114

5.5 Agências multissetoriais no controle da informação assimétrica	121
5.6 Falhas da regulação setorial frente a comportamentos empresariais oportunistas	124
5.7 Considerações de efetividade na escolha do modelo estrutural de agência reguladora.....	127
5.8 Vantagens: regulação multissetorial X setorial	128
6 Considerações finais	132
Referências	135

“Pior do que mudar de ideias é não ter
ideias para mudar”

Francis Bacon

RESUMO

Diante das transformações advindas da onda de fusões empresariais das últimas décadas, ao processo mundial de liberalização e também alguns avanços tecnológicos decorrentes da fase atual da globalização, novos desafios se apresentam para a regulação econômica. Como consequência, é questionado se o modelo de regulação aplicado é o mais adequado para a promoção dos objetivos da regulação econômica, ou se o modelo regulatório mais apropriado seria outro, sendo necessária a reforma da estrutura regulatória. Nesse sentido, este trabalho estabelece uma visão crítica dos modelos regulatórios existentes, principalmente, o modelo unissetorial, e propugna por um multissetorial, concebido como mais apropriado frente aos novos comportamentos empresariais, como a especialização horizontal e a internacionalização, assim como, para a promoção da gestão informacional eficaz, prevenindo o ente regulador das consequências advindas das informações assimétricas. Ainda é imprevisível saber se uma mudança de atuação regulatória nas grandes economias do mundo minimizará os efeitos das falhas de mercado. Este trabalho analisa os principais aspectos dessa problemática de modo a promover maior discussão sobre os modelos de atuação e estruturação das agências reguladoras.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação Econômica. Falhas de Mercado. Informações Assimétricas. Agências Reguladoras Multissetoriais.

ABSTRACT

Given to the changes occurred from a wave of corporate mergers in recent decades, the global process of liberalization and also some technological advances arising from the current phase of globalization, new challenges were brought up to the economic regulation. As a result, it is questioned whether the regulatory model applied is the most suitable for promoting the goals of economic regulation, or if the most appropriate regulatory model would be different, being necessary to reform the regulatory structure. Thus, this work provides a critical view of the existing regulatory models, especially the unisectorial one, and upholds for a multisectorial, conceived as more appropriate to face the new entrepreneurial behaviors, such as horizontal specialization and internationalization, as well as to promote effective information management, preventing the regulator of the consequences stemming from asymmetric information. It is still unpredictable whether a shift of regulatory standards in the major world economies will minimize the effects of market failures. This paper analyzes the main aspects of this problem in order to promote greater discussion of the models and structure of regulatory agencies.

KEY-WORDS: Economic Regulation. Market Failure. Asymmetric Information. Multi-Sector Regulatory Agencies.

Introdução

Nas últimas décadas, importantes transformações estruturais e institucionais têm sido observadas em diversos países. Esse período foi marcado por uma intensa reconstrução dos instrumentos de intervenção do Estado na economia e pela mudança nas condições de competição no mercado. Como consequência, a doutrina econômica passou a incorporar, formalmente, as questões concernentes à regulação.

Não obstante essas transformações, um aspecto comum entre o período anterior e o atual reside na importância estratégica dos investimentos em infraestrutura no processo de crescimento. Tais mudanças rompem com o modo de organização industrial que determinou a expansão desses setores durante muito tempo.

Com a reforma do Estado, foram acrescidas novas funções à atuação ministerial, tais como: regulação, planejamento setorial, decisões estratégicas empresariais e, até mesmo, de política macroeconômica. Nessa perspectiva, os espaços referentes a cada função eram delimitados pelo ente público. Considerando as reformas dos anos noventa, a possível transferência dos direitos de propriedade nos diversos setores da economia para a iniciativa privada requer um fortalecimento do papel da regulação, de modo a assegurar o cumprimento das funções de defesa do interesse público.

Estudos anteriores caracterizaram as últimas décadas como uma transição inacabada entre o modelo estatal e o modelo privado com regulação. A presente dissertação trata desta questão, procurando, por oportuno, apresentar uma análise crítica da influência do mercado na regulação estatal.

Em se tratando do controle das falhas de mercado pelo arranjo estrutural das agências reguladoras vislumbra-se que a estrutura multissetorial apresenta vantagens comparativas ao unissetorial diante de comportamentos empresariais que amplificam os efeitos negativos das falhas de mercado.

Nesse sentido, o presente estudo tem como finalidade realizar uma análise dos efeitos de uma abordagem multissetorial sobre as falhas de mercado, partindo-se da comparação da gestão informacional nas estruturas unissetoriais e multissetoriais, de modo a observar quais as vantagens

estratégicas para a regulação estatal na adoção do modelo multissetorial.

A abordagem do tema em questão demonstra fundamental relevância, vez que promove o esclarecimento de aspectos concernentes aos modelos e estruturas regulatórias e como estes interagem com as falhas de mercado, sobretudo, com as informações assimétricas. Além disso, destaca-se o fato do presente trabalho vir a promover o fomento de outros estudos que vinculem a estrutura regulatória aos modelos de regulação de modo a demonstrar a amplitude de arranjos de atuação das agências reguladoras por meio da combinação desses aspectos.

A problemática trazida à lume no trabalho consiste em esclarecer a indagação mais importante relacionada à escolha da estrutura e do modelo regulatório para decidir se certa estrutura ou modelo regulatório se adéqua melhor a determinado cenário regulatório. Assim como, mesmo realizando uma análise de custos de transação, existem adversidades a serem consideradas antes de escolher determinado modelo regulatório, como a possibilidade de inadimplemento contratual e oportunismo de agentes econômicos.

Supõe-se que a atuação multissetorial seja uma solução regulatória para diversos comportamentos empresariais e melhor controle das falhas de mercado que acabam por comprometer a regulação estatal.

Desse modo, o objetivo geral do estudo é analisar os modelos e estruturas regulatórias para determinar a escolha de qual arranjo regulatório promove melhor controle sobre os efeitos negativos das falhas de mercado, com enfoque nas informações assimétricas e estratégias empresariais de verticalização, especialização horizontal e internacionalização.

Como objetivos específicos, busca descrever a evolução da atuação estatal na economia de modo a demonstrar que o papel do Estado na regulação modifica-se conforme o cenário econômico é apresentado. Ao mesmo tempo, apresenta as principais teorias de regulação econômica com intuito de introduzir aspectos teóricos importantes para a compreensão do tema abordado. Visa, ainda, evidenciar quais as principais falhas de mercado, em especial, as informações assimétricas, e seus efeitos negativos na regulação econômica. Por fim, ressaltar a diversidade de modelos e estruturas regulatórias destacando que da combinação desses aspectos é possível que a política regulatória se adéque as falhas de mercado que mais ameaçam a

eficiência regulatória.

Para alcançar os resultados esperados, a dissertação conterà, no intuito de proporcionar maior grau de cientificidade à pesquisa, como procedimentos metodológicos, o método de abordagem dedutivo, pois se estuda o cenário regulatório para posterior identificação de qual estrutura regulatória promove melhor gestão informacional e visão global de regulação de modo a controlar as falhas de mercado.

No tocante aos métodos de procedimento, utilizou-se do método histórico e comparativo, pois, além da abordagem evolutiva da atuação do Estado na economia, busca-se estabelecer um paralelo entre os modelos e estruturas regulatórias, tomando como parâmetro as experiências vivenciadas em diversos países e estudos pragmáticos sobre o tema.

A técnica de pesquisa pautou-se pela documentação indireta, especificamente, pesquisa bibliográfica. Ao longo da pesquisa, foram utilizadas fontes bibliográficas diversas, como livros, periódicos e artigos. Foram utilizados, ainda, fichamentos de obras, remissivas e analíticas, sobre aspectos relacionados à regulação econômica e às agências reguladoras. Quanto à análise de dados, utilizou-se a leitura informativa vinculada ao estudo interpretativo voltado para a formação de subsídios no intuito de aprofundar o objeto de estudo.

No que concerne aos capítulos do presente trabalho, a progressão sistemática foi descrita da seguinte forma: no primeiro, serão introduzidos aspectos relacionados à evolução da atuação do Estado na economia sob o enfoque de Cabral de Moncada e sobre as teorias da regulação. Destacando-se, na primeira parte do capítulo, a evolução da atuação do Estado na economia, perpassando pelo Estado Liberal, Intervencionista até o Estado Regulador, demonstrando as diversas alterações da atuação do Estado na economia. Na segunda parte, a teoria do interesse público, da falha regulatória, a econômica da regulação, da escolha pública e dos custos de transação, de modo a promover a devida compreensão para o entendimento da disciplina regulatória jurídico-econômica.

No segundo capítulo, apresentam-se as falhas de mercado, mormente, as informações assimétricas e suas consequências, a seleção adversa e o risco moral. Amparando-se no capítulo anterior, demonstra-se a necessidade

contemporânea da intervenção regulatória do Estado na economia através da teoria da utilidade marginal.

No terceiro capítulo, já numa abordagem mais incisiva da regulação econômica, apresenta-se a análise das formas de atuação regulatória, quais sejam: a forma tradicional de regulação, o modelo regulatório de execução contratual, o modelo de normatização contratual da regulação, e a autorregulação. Além de apresentar as formas de regulação, são estabelecidas as principais consequências e dificuldades no cenário regulatório em decorrência da utilização dessas formas de regulação, mais precisamente quando a regulação depende da troca de informações entre o ente regulador, a empresa regulada e um terceiro na relação regulatória, analisados como problemas de ação coletiva.

No capítulo final, aborda-se a estrutura das agências reguladoras, estabelecendo uma análise comparativa entre as agências setoriais e multissetoriais, destacando as vantagens estratégicas desta frente àquela, sendo necessária a análise da influência dos comportamentos empresariais na escolha da estruturação das agências reguladoras.

2 Evolução da atuação do estado na economia e teorias da regulação

Tratar de regulação econômica significa considerável desafio. Isso porque o conceito de regulação estatal se transmuta por força da modificação nos padrões de relacionamento entre Estado e Sociedade. O fato é que alterações na ordem econômica e no modelo de Estado implicam em significativas transformações na intervenção estatal sobre a economia. Assim, o devido tratamento sobre a atuação do Estado na economia e das teorias da regulação possibilitará maior compreensão do assunto a ser abordado.

2.1 Evolução da atuação do Estado na economia

A atuação do Estado na economia é reflexo direto da conjuntura político-social que se vive em determinado momento. Assim, o papel do Estado tende a variar conforme a situação, seja mais liberal, ou mais intervencionista. Para Aguillar:

Pudemos perceber, pela primeira vez com apoio na história, que o papel do Estado oscila de maneira pendular, ora com maior intervenção ora com retração estatal. E que a primeira oscilação desse pêndulo levou duzentos anos para se concluir, chegando ao ápice da intervenção estatal. A segunda oscilação levou vinte anos para tomar o rumo de volta a um cenário mais liberal na economia. E agora vemos novamente o pêndulo sinalizar que está voltando para um quadro de maior ingerência estatal na economia.¹

Alerta-se para o fato de que o tópico em questão tem como objetivo refutar eventual conclusão de que a atuação estatal intervencionista seria mais efetiva que a abstencionista, e vice-versa, sem analisar a conjuntura socioeconômica em determinado momento histórico. Assim, a teoria da regulação amadureceu ao longo dos anos e, a cada fase distinta da atuação do Estado de Direito contribuiu de forma sensível para o panorama em que se encontra na atualidade.

Uma retrospectiva histórica da evolução do Estado desde o século XVIII revela que a atuação do Estado no domínio econômico se fez de forma variada

¹ AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico - Do Direito Nacional ao Direito Supranacional. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Trecho destacado das "Notas à segunda edição".

e com diferentes graus de intensidade. Num primeiro momento, constata-se evidente afastamento do Estado da área econômica, limitando-se a exercer tarefas indispensáveis à preservação da liberdade e da segurança dos cidadãos; no período que se sucede, observa-se, de modo diverso, crescente presença estatal tanto no que diz respeito à exploração direta de atividades econômicas quanto na prestação de serviços à comunidade.

Em momento posterior, constata-se o declínio do modelo do Estado Social, verificando-se uma retração da atuação estatal direta na economia, um enfraquecimento da ideia do Estado provedor de utilidades públicas. Por outro lado, há o fortalecimento da atividade regulatória estatal, na execução de políticas públicas.

Certamente, em um cenário internacional, esta é uma visão simplificada, haja vista que os fatos não aconteceram de forma linear, exatamente nessa sequência, ou dessa forma nos diversos países. Assim, quando se faz referência à prevalência do Estado regulador sobre o provedor, indica-se uma tendência que ganha, todavia, um amplo espaço, no contexto da globalização, da ampla divulgação da informação² e da abertura dos mercados nacionais ao comércio exterior.

Propõe-se, então, a desestatização da economia, implementam-se os programas de privatização no sentido da transferência para o setor privado de empresas estatais por meio da venda de ativos. Não será, todavia, um retorno pleno ao ideário liberal, até porque o exercício da disciplina regulatória representa, na verdade, uma presença marcante do Estado na economia.

Prevê-se uma forte presença do Estado, como agente “normativo e regulador da atividade econômica”. As novas ideias ganham espaço, inclusive no que se refere à prestação de determinados serviços públicos. São serviços que, em sua essência, constituem atividades econômicas, de modo que permitem ao Estado, embora preservando a titularidade desses serviços, transferir a respectiva execução à iniciativa privada, mediante delegação específica, impondo-se, nesse caso, que se observem os valores, os objetivos e os princípios aplicáveis a toda a atividade econômica, observada, por certo, a natureza social de tais serviços.

² Cf. tópico 2.5.1 – Assimetria de informação

Ao longo deste capítulo é importante avaliar, ainda que de forma resumida, a evolução do Estado sob uma perspectiva do grau de atuação do Estado na economia, sendo que a relevância desse enfoque pode ser extraída da lição de Luís Cabral de Moncada: “a intervenção do Estado na economia foi a via através da qual a noção de Estado de Direito se foi modificando”.³

2.1.1 O modelo liberal

Com o advento da Revolução Francesa, o Direito passa a ser considerado uma ordem constitucional baseada em fundamentos de legalidade. Como destaca Pardo⁴, o constitucionalismo surge com proeminência para a fundação e legitimação do poder político, como também a constitucionalização das liberdades.

Em contraposição as ideias inerentes ao absolutismo, a Idade Moderna veio para impor restrições ao *leviatã* e garantir os direitos individuais. Mas essa quebra com os valores que antecederam a modernidade se deu de forma paulatina.

Inicialmente, com a ascensão da burguesia, criou-se a ideia de liberdade do homem perante o Estado, o que independeria da classe social, com base na concepção burguesa de ordem política. Dois grandes grupos de interesse se chocaram, os valores de liberdade burguesa contra os absolutistas, o indivíduo contra o Estado. Pode-se cogitar, inclusive, o conflito de interesses públicos em oposição aos privados.

Alcançando os interesses almejados, a burguesia alia o domínio do poder político e econômico da sociedade, deixando de lado os ideais basilares da revolução francesa. “Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe”.⁵

Moncada identifica, então, como um dos aspectos fundamentais do Estado Liberal, o predomínio da “autonomia da vontade privada na esfera do

³ MONCADA, Luís Cabral de. Direito Econômico. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 28.

⁴ PARDO. David Wilson de Abreu. Caminhos do constitucionalismo no ocidente: modernidade, pós-modernidade e atualidade do direito constitucional. Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 28, jul/set, 1999, p. 107-108.

⁵ BONAVIDES, Paulo. Do Estado liberal ao Estado social. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 42.

econômico”⁶. No desenvolvimento de suas ideias, ressalta o autor que “a atividade econômica era considerada como um simples prolongamento da atividade privada geral”. O fim do Estado, para a concepção liberal, era garantir a liberdade individual; não tinha, assim, um objetivo próprio, no sentido de que lhe competia, tão-somente, estabelecer as regras que permitissem que a liberdade individual pudesse coexistir com a liberdade dos demais.

O bem-estar geral identificava-se, pois, com a soma dos diversos casos de bem-estar individual e crescia na razão direta destes, pois que o livre jogo das liberdades individuais conduziria, como que espontaneamente orientado por uma mão invisível (Adam Smith), ao máximo de produção e à distribuição mais justa. De outra parte, o mercado era reconhecido como o lugar privilegiado para a manifestação da liberdade individual na esfera econômica, do confronto e da harmonização dos interesses individuais. Como tal, era considerada uma área livre, imune à ação interventiva do Estado.

Em suma, o Estado liberal tem grande importância não apenas pelas conquistas políticas e sociais, mas sua principal contribuição foi a promoção de liberdades, não apenas do trabalhador em dispor de sua força de trabalho, mas também de adquirir propriedades, liberdades capitalistas. Como sustentáculo, utilizou-se de construções ideológicas como o império das leis, a separação de poderes, entre outras, que permitiram o desenvolvimento de uma série de direitos e garantias. Para o presente estudo, destaca-se a importância econômica e como as três vertentes (ético-moral; político-jurídica; e econômica) moldaram a forma de atuação do Estado⁷ de uma maneira sem precedentes anteriores.

2.1.2 Do Estado liberal ao Estado Social

Ao final do século XIX, desenvolveram-se construções ideológicas socialistas, comunistas e anarquistas, que de modo singular, inédito e quase

⁶ MONCADA, op. cit. n.3, p. 30.

⁷ A forma de atuação do Estado no liberalismo se deu através do chamado abstencionismo econômico, no qual, aquele deveria se restringir a setores específicos da economia, normalmente setores pouco atrativos à iniciativa privada. Também conhecido como Estado mínimo. O liberalismo econômico teve muita importância no momento histórico em que foi implementado, demonstrou-se como ruptura ao Estado-rei, em que o governante era o Estado e a gestão pública dançava a seu bel prazer.

simultaneamente, “animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles reforça com a luta pelos direitos coletivos e sociais”.⁸ As concepções sociais e políticas conduziram a tônica da evolução humana no sentido de igualdade, formal e substancial, entre cidadãos e na solidariedade cívica, por contraponto à consideração predominante da liberdade econômica centrada no mercado.

Em concomitância a tais efervescências ideológicas, o liberalismo acabou por sofrer “diversas transformações à medida que conectaram com outros movimentos ou reformaram seu quadro institucional para se ajustar a novas exigências sociais”⁹. Aspirações decorrentes de movimentos democráticos e o aparecimento do capitalismo monopolista criaram uma situação na qual o aumento das demandas sociais e políticas seria inevitável. Agrava-se a crise da sociedade liberal, possibilitando o surgimento de uma nova fase da atuação do Estado na economia. Para Feitosa:

As repercussões da Primeira Guerra (1914-1918) e a grande depressão de 1929 geraram profundas transformações na estrutura econômica do sistema capitalista (passagem do capitalismo de concorrência para o capitalismo monopolista ou capitalismo organizado pelo Estado) e incentivaram a atitude intervencionista do Estado. Essa estrutura foi impulsionada, por um lado, pela consciência de seu poder organizador e disciplinador em matéria militar e econômica e, por outro lado, pela absorção, no sistema político-jurídico, dos novos elementos éticos e sociais ditados pela industrialização operada desde o século XIX e pelos novos padrões de jurisdição.¹⁰

Nos anos que se sucederam à primeira Guerra mundial, os países europeus (tradicionalmente industrializados) estavam com sua capacidade industrial arrasada. No entanto em poucos anos, recuperaram sua capacidade industrial tornando-se competidores diretos por mercados. Num primeiro momento, o mercado dos países europeus passou a ser abastecido pelas indústrias nacionais, fechando-se as portas para os produtos americanos. Num segundo momento, os países europeus, cuja capacidade industrial havia se

⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, n. 3, mai., 1999, p.478.

⁹ VERDÚ, Pablo Lucas. Curso de derecho político. v.1.Madrid: Tecnos, 1992, p. 226.

¹⁰ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Paradigmas Inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra. Editora Coimbra, 2007, p. 154-155.

restabelecido, passaram a competir nos diversos mercados internacionais.

Sob as regras do capitalismo e do Estado liberal, um efeito cataclísmico decorreu da intensa disputa por mercados a nível internacional e da crescente produção industrial cuja oferta superava em muito a demanda. Isso gerou uma crise econômica que ameaçou o Capitalismo e pôs em xeque o Estado liberal. Essa crise ficou conhecida como o *crack* da bolsa de Nova Iorque de 1929.

Em suma, havia uma grande oferta em contraposição a uma pequena demanda, essa crise de demanda¹¹ criou problemas pandêmicos decorrentes da própria estrutura econômica liberal, mormente, o principal fundamento que o Mercado se autorregularia caiu por terra quando se demonstrou impossibilitado de deter a crise de 29. Nesse sentido, pronuncia-se Otávio Conceição:

A denominada crise de demanda efetiva manifestou-se em razão do baixo crescimento dos salários pagos aos trabalhadores, num estágio em que o regime de acumulação intensiva fazia crescer substancialmente a produtividade do sistema e a massa de lucro dos capitalistas.

(...)

A profundidade da Grande Depressão é, nesses termos, fruto da incompatibilidade entre o regime de acumulação intensivo com o modo de regulação concorrencial. Era preciso, para a superação da crise (dita demanda efetiva), que fossem removidos os obstáculos ao crescimento real da massa salarial, a fim de que a reprodução capitalista pudesse voltar a crescer de forma duradoura e persistente até a próxima crise.¹²

Como solução para a então crise de demanda, a principal medida econômica foi a remoção dos obstáculos ao crescimento real da massa salarial, como mencionado no trecho supramencionado. Essa medida econômica exerceu dois efeitos essenciais para combater a crise de 29: (i) promoção da expansão do mercado interno (melhores salários refletem diretamente em um maior poder aquisitivo da população); (ii) como consequência ao aumento do poder aquisitivo, promovem a circulação de riqueza e o consumo.

¹¹ Ocorre a crise de demanda quando a oferta de um produto ultrapassa a capacidade de aquisição do mesmo. Sinteticamente, é quando a oferta supera a demanda de modo a causar um desequilíbrio.

¹² CONCEIÇÃO, Otávio Augusto Camargo. Crise e Regulação: a metamorfose restauradora da reprodução capitalista. Ensaios FEE. Porto Alegre, 1987, p. 170-171.

Assim, com o crescimento real da massa salarial, e suas consequências diretas, as ideias concernentes ao bem-estar social ocuparam o cenário econômico naquele momento dando um fim ao Estado liberal, em seus diversos âmbitos, econômico, político e social.

O abandono das amarras liberais foi marcado, em um primeiro momento, por uma intensa intervenção estatal nas relações econômico-sociais e pela direção do funcionamento e da organização da economia, tudo em busca da consolidação do capitalismo às custas do recém fundado Estado de Bem-Estar Social. Contudo, em um segundo momento, tal realidade implicou um crescimento desproporcional do Estado e a constatação de sua ineficiência e falência em longo prazo.

Da revolução socioeconômica advinda do Estado de Bem-Estar Social, novas finalidades econômicas e sociais emergiram, cabendo ao Estado reduzir o abismo de desigualdades entre as classes mais abastadas e o proletariado que ao longo do Estado de Direito liberal fora explorado em sua plenitude. Deu-se lugar ao Estado Social-Burocrático, que nos dizeres de Pereira seria “social porque assume o papel de garantir os direitos sociais e o pleno-emprego; burocrático, porque o faz através da contratação direta de burocratas”.

Entretanto, deve-se ter em mente que tal mudança de paradigma da atuação do Estado não se deu, exclusivamente, em razão de pressões sociais, deu-se, predominantemente, em razão de uma necessidade econômica. Para Fiori, associou-se “o novo padrão ou paradigma a mudanças que ocorrem simultaneamente no plano da regulamentação da economia de mercado e a afirmação hegemônica das políticas econômicas ativas de inspiração keynesiana”¹³. Para entender tal conjuntura, é necessário uma análise histórica do momento da implementação do Estado de Bem-Estar Social.

De forma geral observa-se ao longo da história do Estado de Bem-Estar Social o aumento da intervenção direta ou indireta do Estado na sociedade e particularmente na economia, o que é perfeitamente compreensível se tivermos em mente que todas as classes passaram a participar do processo político, levando o Estado a empreender ações que favorecessem os seus múltiplos interesses.

¹³ FIORI, José Luís. Estado de Bem-Estar Social: Padrões e Crises. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/textos/fioribemestarsocial.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

As regulações estatais da economia eram, antes do Estado de Bem-Estar Social, de “caráter proibitivo e repressivo, não se pretendendo com elas levar os entes privados a adoptar certos comportamentos ou a efetuar certas prestações positivas conforme ao interesse geral definido pelas autoridades”.¹⁴

É constante no Estado de Bem-Estar Social, sob diversos matizes, a atuação concreta na sociedade, principalmente em seus aspectos econômicos, os quais não estão mais separados do Estado. Este é o ponto fundamental da mudança da atuação do Estado nesse momento, para Zippelius¹⁵:

Cabendo ao Estado velar pela justiça social e pelo bem-estar geral, em especial, por uma distribuição adequada dos bens e por condições de vida humanas. Nestas últimas se inscrevem, por exemplo, possibilidades adequadas de educação e formação, de trabalho e lazer, bem como um meio ambiente humano e saudável. Onde os mecanismos de mercado livre não conseguem satisfazer estes ou outros objetivos de política econômica ou social, então, eles devem ser realizados através de medidas de intervenção e prestação estatais planificadas, ou seja, o mecanismo de mercado e de preços deve ser corrigido e complementado por outras técnicas.

Complementa Dallari¹⁶ aduzindo que “a consequência disto tudo é que já se pode considerar definido como um novo intervencionismo do Estado na vida social. Desaparecem os antigos limites entre público e privado, e o Estado, antigo mal necessário, passou à condição de financiador, sócio e consumidor altamente apreciado”. Esta nova realidade, como não poderia deixar de ser, gerou enormes mudanças nas estruturas socioeconômicas.

Destaca-se que a regulação estatal da economia não se opõe à liberdade empresarial; pelo contrário, “seu propósito é propiciar um ambiente justo e equitativo, onde o maior número de pessoas possa exercer os seus direitos e atuar na economia”.¹⁷

Portanto, nada impede que o Estado de Bem-Estar Social possa ou deva, se verificadas as condições para tanto, deixar espaços da vida social e econômica livres de qualquer intervenção ou regulação. Deve, no entanto, estar sempre atento para que esta liberdade não prejudique os interesses da

¹⁴ MONCADA, op. cit. n.3, p. 15.

¹⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. 3ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 471-472.

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 281.

¹⁷ PÉREZ, Carlos Antônio Espinoza. Nuevo Estado y Empresa. 2ª ed. Bogotá: Ternis, 1988, p.25.

sociedade como um todo, de forma que a liberdade só possa existir enquanto for mais benéfica para a sociedade do que a regulação estatal.

Conclui-se que os meios de regulação da economia não são apenas constritivos do capital, consistindo muitas vezes em benefícios que direcionam a economia, “concedendo às empresas que adotam as suas diretrizes empréstimos com juros abaixo do mercado, subvenções, benefícios fiscais, etc”¹⁸.

Em síntese, esses eram os elementos caracterizadores do Estado de Bem-Estar Social. Entretanto, do seu surgimento até seu declínio, sucederam-se diversos eventos mundiais de ordem política, econômica e social que determinaram o desenvolvimento e o seu declínio. Diante das catastróficas consequências da crise de 29, sustentou-se que a tendência natural da economia não é o livre mercado, mas sim o monopólio e que, desta forma, aquele tem que ser criado e mantido por normas e medidas que o protejam, tais como a criação de empregos, de modo a colocar a economia em movimento.

Com o fim da 2ª Grande Guerra, a economia continuou aquecida, dando-se, então, um processo de trinta anos de crescimento ininterrupto, sustentado pelas despesas com a guerra fria, pela conversão dos enormes créditos norte-americanos, em mercadorias e por empréstimos a fundo perdido em benefício dos países da Europa. Para Aragão, viveu-se “o chamado ‘consenso social-democrático’, adotando-se com entusiasmo a política econômica e social de Keynes, pela qual o Estado deveria estar permanentemente intervindo na economia para manter o pleno emprego, mesmo que para isso fosse necessário emitir moeda sem lastro, correndo risco de gerar inflação”¹⁹.

Assim, até meados dos anos oitenta, os Estados eram, portanto, fortemente interventores na economia por várias razões, “tais como a equidade social, a criação de infraestruturas vultosas não lucrativas ou de baixa

¹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.32.

¹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p.69.

lucratividade, a necessidade de evitar a monopolização de mercados e o fomento de regiões menos desenvolvidas”²⁰.

Evidentemente, apresentavam-se sinais de insustentabilidade do modelo keynesiano, e advertia-se que “tal política acabaria levando a resultados inversos aos pretendidos; que, na verdade, ‘estava plantando inflação, para colher desemprego’”²¹. Com o fim da Guerra Fria, com a vitória do bloco capitalista, reduziram-se os gastos militares e a coesão nacional pelo objetivo comum de defesa, não mais existindo as ameaças de mudança para outro sistema político-econômico antagônico. Estes fatores, aliados ao longo período de gastos públicos ineficientes, supérfluos, às vezes demagógicos, e, sobretudo sem lastro, contribuíram de forma determinante para o fim do Estado de Bem-Estar Social.

Diante de tal conjuntura, uma das alternativas apresentadas foi o neoliberalismo, e ainda que houvessem semelhanças com o liberalismo clássico, existem diferenças estratégicas que permitiram a implantação de políticas neoliberais na década de oitenta. A exemplo do “controle sobre a concentração do poder econômico que seja prejudicial ao próprio mercado”²². Sucedeu-se ao Estado de Bem-Estar Social, o Estado Regulador.

2.1.3 Prevalência do Estado Regulador sobre o Provedor

A regulação econômica pode ser conceituada como a atuação do Estado com a finalidade de limitar os graus de liberdade que os agentes econômicos detêm no seu processo de tomada de decisão. Este é, seguramente, um dos principais pontos da agenda econômica mundial na atualidade. De forma por demais sucinta, Baldwin²³ refere-se à regulação como um identificável e discreto modo de atividade governamental.

Como assevera Moncada²⁴, a intervenção indireta do Estado limita-se a condicionar, de forma exógena, a atividade econômica privada, sem que o Estado venha a assumir uma posição de sujeito econômico ativo. A exemplo da

²⁰ ARAGÃO, op.cit., p. 69.

²¹ ARAGÃO, op. cit. n. 19, p. 70.

²² DANTAS, Ivo. Direito Constitucional Econômico. Curitiba: Ed. Juruá, 2000, p. 133.

²³ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. Understanding Regulation: theory strategy and practice. Oxford. Oxford University Press, 2002, p.1.

²⁴ MONCADA, op. cit. n.3, p. 38-39.

criação de infraestruturas, da polícia econômica e do fomento à economia.

Ressalta-se, ainda, que regular, implica compor interesses no contexto do setor regulado, “mediante a capacidade de produzir, fiscalizar e fazer cumprir regras, sancionar infrações ou desvios, emitir recomendações e orientações de natureza prudencial, arbitrar eventuais conflitos entre destinatários da atividade regulatória, interagir com outras instâncias congêneres”.²⁵

Sundfeld²⁶ afirma que a regulação estatal se manifesta, tanto por meio de ações com objetivos claramente econômicos (controle de concentrações empresariais, controle de preços e tarifas, estabelecimento de condições para admissão de agentes a um determinado mercado), como para alcançar finalidades diversas, embora também produzindo efeitos econômicos. A regulação destina-se aos agentes que atuam em setores tipicamente privados (comércio, indústria), como, também, àqueles que, especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal, como é o caso dos prestadores de serviços públicos.

É importante considerar, ainda, a análise da regulação realizada por Vital Moreira. Assevera que o conceito operacional de regulação da economia seria “o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos”²⁷.

Para a formulação desse conceito o autor partiu da dupla acepção etimológica da palavra regulação. Numa primeira perspectiva, regulação estaria relacionada à ideia de estabelecimento e implementação de normas. Numa segunda, a ideia de manter ou restabelecer o funcionamento equilibrado de um sistema.

No tocante à discussão de qualquer tema que envolva as relações entre Estado e economia, a concepção do mercado como elemento que pode ser analisado isoladamente do resto da sociedade, revela um artifício que pretende

²⁵ ROQUE, Ana. Regulação do mercado: novas tendências. Lisboa: Quid Juris, Sociedade Editora, 2004, p. 27.

²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal: introdução às agências reguladoras. In: Direito Administrativo Econômico, Coord. pelo autor. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 18.

²⁷ MOREIRA, Vital Martins. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almedin, 1997, p. 37

simplificar o problema, conduzindo a um “reducionismo” equivocado. Como efeito, o debate é empobrecido, e acaba produzindo conclusões que pouco avançam.

Além do que fora discutido, a regulação estatal, à vista da política econômica adotada para o setor, tem por objetivo a viabilização da manutenção e desenvolvimento do ambiente concorrencial num panorama em que, sem a interferência estatal, criar-se-ia uma barreira estrutural intransponível.

Nessa conjuntura, é imprescindível forte atuação regulatória estatal. Ana Roque ressalta que o conceito de regulação aflora de modo visível e com crescente peso no ordenamento jurídico-econômico, em um cenário de “abertura praticamente total à concorrência”.²⁸

Constata-se que são diversificados os objetivos e as ações que marcam a atividade regulatória do Estado, a depender da política econômica adotada para os diversos setores abrangidos. Pode haver até mesmo a opção de não se regular ativamente determinado setor, aplicando-se, estritamente, a legislação de proteção à concorrência, visando, de forma específica, à repressão de condutas anticoncorrenciais ou ao controle de estruturas.

Para melhor compreender as minúcias inerentes à atividade regulatória é importante esclarecer as peculiaridades concernentes à privatização e sua relação com a regulação econômica. Di Pietro afirma que, privatização, abrange “medidas com o objetivo de diminuir o tamanho do Estado e que compreendem, fundamentalmente: i) desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico); ii) desmonopolização de atividades econômicas; iii) a venda de ações de empresas estatais ao setor privado; iv) a concessão de serviços públicos; v) contracting out (como forma pela qual a Administração Pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado)”²⁹.

É importante, ainda, estabelecer um paralelo comparativo entre privatização e regulação, tomando como parâmetro os aspectos supramencionados que compreendem a privatização. Ainda que ambos os institutos apresentem similitudes (estão relacionados com a própria

²⁸ ROQUE, op. cit. n. 25, p. 10.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2003, p. 17.

modernização do Estado na atualidade por meio das mudanças na forma e no conteúdo das suas relações com as empresas e a sociedade em geral), é na harmonização da principal diferença entre eles que se atêm o Direito Econômico, haja vista que ambos se manifestam como grandes desafios para a Administração Pública.

A maior diferença relaciona-se ao primeiro aspecto elencado por Di Pietro, se de um lado, a privatização remete ao fenômeno da desregulação, com a consequente diminuição da intervenção do Estado na economia, a regulação reflete o oposto, sendo o incentivo a medidas fiscalizatórias da atividade econômica.

O certo é que se amplia o exercício da atividade regulatória do Estado desde as últimas décadas do século passado prolongando-se ao século XXI. Todavia, não é prudente afirmar que a regulação e a consequente criação de agências reguladoras, com alto grau de especialização em seus respectivos setores, tenham o mesmo significado que o processo de privatização. Isso porque, conforme sublinha Sundfeld,³⁰ tomando-se o Brasil como exemplo, setores foram privatizados sem que o Estado se preocupasse em estabelecer disciplina regulatória específica. Por outro lado, autoridades regulatórias existem para setores que não foram objeto específico de privatização, como é o caso do setor financeiro em nosso País.

É constatável, todavia, que com a implementação dos programas de privatização, em países em que predominavam as empresas estatais prestadoras de serviços públicos, ampliou-se e ganhou força a atividade regulatória estatal.

A explicação está em que o Estado (ou empresa controlada por este), ao proceder à privatização, deixou de ser o prestador do serviço, tarefa agora a cargo da empresa privada. Justifica-se, então, a presença estatal por meio da disciplina regulatória, visando a assegurar a boa qualidade dos serviços, a sua universalização e a modicidade das tarifas em setores vitais para a coletividade, como é o caso do fornecimento de energia elétrica ou dos serviços de telecomunicações. Já no regime anterior, em que predominava o monopólio estatal nos diversos setores de serviços públicos, a atividade

³⁰ SUNDFELD, op. cit. n. 26, p. 19.

regulatória era pouco intensa, uma vez que, na prática, o prestador do serviço era o próprio controlador.

2.2 Surgimento histórico-político da atividade de regulação

Pode-se considerar que os princípios básicos que guiaram as iniciativas no âmbito da regulação econômica se fundamentam na análise tradicional do bem-estar, por essa razão será feita a seguir uma breve delineação sobre este tema. Para Chevallier³¹, com a teoria do Bem-Estar, viabilizou-se, para a doutrina econômica, um tratamento formalizado da intervenção do Estado na economia.

Existe consenso em estabelecer como marco inicial para a análise do bem-estar a publicação do livro *“The Economics of Welfare”*, de Pigou. Após esta obra, apareceram inúmeros estudos teóricos, que determinaram de modo marcante a análise da regulação econômica, sem falar em outras formas de atuação do Estado, tais como oferta de bens públicos, tributação, investimento em infraestrutura, etc.

Tendo como partida uma visão dominada pelo chamado comportamento individual privado, são apuradas as condições sob as quais o mercado, isto é, a livre relação entre demandantes e ofertantes atua no sentido de promover o bem comum. Esse comportamento individual privado acarreta falhas de mercado, que para Baldwin e Cave³², ocorrem quando os mecanismos de mercado, não regulados pelo Estado e deixados livremente ao seu próprio funcionamento, originam resultados econômicos não desejáveis ou ineficientes do ponto de vista social. Tais falhas são geralmente provocadas pelas imperfeições do mercado, dentre as quais se destacam as externalidades.

Assim, partindo do pressuposto de que ocorrem externalidades sempre que a atuação econômica de um agente possa gerar um custo, ou um benefício sem que esse agente venha a arcar com este custo, ou que venha a ser remunerado pelo benefício. Nessa perspectiva, surgem as externalidades em decorrência da carência de um mercado que estabeleça a alocação deste

³¹ CHEVALLIER, Jacques. Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*. Paris: L.G.D.J., n. 3, maio/jun. 1998, p. 689.

³² BALDWIN; CAVE, op. cit. n. 23, p. 26.

custo ou benefício. Quando isto ocorre, esses efeitos externos que poderiam ser mitigados ou otimizados socialmente, simplesmente não ocorrem. E o mercado, por si só, "falha" em sua tarefa de proporcionar situações ideais nos termos das condições supramencionadas.

Nas décadas que se sucederam a implementação do Estado de Bem-Estar Social se estabeleceram os marcos da interferência econômica do Estado, e que estes seriam por meio de impostos, subsídios, restrições ou promoções da produção, entre outros, no intuito de promover um nível superior de bem-estar social. Tendo como pressuposto a atuação perante os monopólios naturais.

Portanto, até esse momento (décadas de 30, 40 e 50) a regulação se restringia ao controle dos monopólios naturais, carecendo de uma atuação perante as externalidades. Por outro lado, a regulação econômica era um campo limitado, pouco sujeito à contestação. Dessa forma, a criação de sistemas e organizações regulatórias e a instrumentação de sistemas administrativos de regulação pode ser analisada através de processos decisórios políticos, que de forma ampla organizam a vida da sociedade humana ao longo da história.

Mais recentemente, a regulação passou a designar as ações e as atividades do governo que de alguma maneira, afetam as operações das empresas privadas e a vida dos cidadãos particulares. A regulação da modernidade é fruto do longo processo histórico de consolidação e de formação dos Estados nacionais como resultado do relacionamento entre nações da comunidade política e econômica internacional. Assim, a regulação econômica desdobrou-se em dimensões distintas, e intimamente relacionadas ao âmbito interno das nações.

No âmbito interno, a consolidação de Estados nacionais estabeleceu uma relação de reciprocidade entre a burocratização da entidade pública e o reconhecimento legal e prático dos membros da comunidade política do respectivo país.

Os sistemas regulatórios resultam da trajetória histórica de construção da cidadania e do respectivo Estado democrático de direitos. A construção desses modelos regulatórios combinou atributos políticos, econômicos e culturais peculiares a cada sociedade, gerando sistemas, organizações e

administrações regulatórias também peculiares.

Na atualidade, o papel das agências reguladoras, como disciplinadoras da atividade econômica das empresas privadas, visa o interesse público, encontrando-se profundamente enraizado na construção da democracia e do Estado de Direito. Ao longo da história, como destaca Sampaio³³, criou-se dois âmbitos de regulação econômica, acarretando a definição de agências reguladoras com funções distintas: as que disciplinam a defesa da concorrência e das condutas anticompetitivas (legislação antitruste); e aquelas que regulam as atividades mais específicas e complexas dos serviços públicos de infraestrutura econômica.

As mudanças regulatórias no conjunto peculiar dos serviços públicos de infraestrutura econômica foram iniciadas no Reino Unido e nos Estados Unidos na década de 70, constituindo um processo mundial de reestruturação do Estado da segunda metade de século passado para o XXI. A década de noventa e a larga difusão dessas mudanças nas economias e sociedades do planeta originaram a criação de novas agências reguladoras por todo mundo.

Todavia, as transformações das economias dos países capitalistas avançados proporcionariam uma revisão radical e sistemática dos marcos teóricos da regulação econômica.

2.3 Teorias de regulação econômica

Considerações sobre as teorias relacionadas ao desenvolvimento da regulação econômica demonstram importância na medida em que introduzem aspectos que serão desenvolvidos ao longo dos capítulos vindouros. Assim, ao apresentar as principais teorias de regulação econômica elucida-se como se deu a evolução do comportamento regulatório do Estado e, principalmente, qual a relação de cada uma destas teorias com as falhas de mercado.

As teorias que se seguem não se encontrem sistematizadas, desse modo, numa única obra jurídica, sendo importante ressaltar que foram destacadas as principais teorias sobre regulação econômica que estão relacionadas ao trabalho desenvolvido.

³³ SAMPAIO, Gustavo José Marrone de Castro. O Estado Regulador. 2007. 129p. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 53.

A primeira dessas teorias é a do Interesse Público, e se atêm a analisar como os interesses da sociedade se conflitam com os interesses das empresas. Esta teoria visa promover uma atuação regulatória de modo a se restringir o abuso de poder de monopólios, e a posição dominante de mercado das empresas. Esta remete a um conceito jurídico para designar empresas que dominam parte significativa de mercado relevante. No Brasil, apresentam posição dominante de mercado as empresas que possuem parcela de vinte por cento de mercado relevante, conforme o §3º do art. 20 da lei 8.884/94 (lei de criação do CADE).

A segunda teoria discutida é a da Falha Regulatória que descreve como a regulação do Estado tende a ser influenciada por diversos fatores externos à Administração Pública de modo a dificultar o alcance do interesse público. Uma teoria que pouco avança na solução de falhas de mercado, mas alerta para o fato de que a atuação regulatória estatal não é ideal, e introduz ampla discussão sobre como essa atuação pode ser afetada pelas empresas reguladas.

Na teoria Econômica da Regulação se expande a concepção de que a atuação regulatória é falha, e influenciável por diversos grupos de interesse, surgem então, as falhas de governo como consequência da intervenção política na atuação regulatória, tornando o cenário regulatório, ainda mais complexo. Nesse contexto, desenvolveu-se a necessidade da atuação regulatória independente pelas agências reguladoras perante o poder político.

Se de um lado a teoria Econômica da Regulação tenta separar a influência política e as falhas de governo, da regulação econômica e as falhas de mercado. A teoria da Escolha Pública (TEP) se atêm à analisar como o comportamento político influencia a atuação regulatória das agências reguladoras. A TEP utiliza da teoria do autointeresse (*self interest theory*) para descrever que os diversos agentes econômicos agem conforme o próprio interesse, o que se reflete na regulação econômica como um todo.

Com a teoria dos Custos de Transação percebeu-se que não se deve analisar a regulação econômica através fenômenos isolados como se as falhas de governo (Teoria da Escolha Pública) não se relacionassem com as falhas de mercado (Teoria Econômica da Regulação). Assim, a teoria dos Custos de Transação analisa a regulação econômica através da interação entre os

agentes políticos, as agências reguladoras e os diversos grupos de interesse.

A partir dos delineamentos traçados pelas teorias de regulação econômica conclui-se quão complexo é o panorama regulatório. E como cada uma dessas teorias se relaciona com os capítulos que se seguem.

2.3.1 Teoria do Interesse Público

A teoria do interesse público (Public Interest Theory) é a mais antiga das teorias da regulação. Como destaca Sampaio³⁴, esta teoria defende que a regulação surge como resposta ao conflito entre agentes econômicos privados e o interesse público.

O mesmo autor aduz que em se verificando a presença de falhas de mercado e o abuso de poder econômico o governo é convocado a intervir na economia de forma a limitar o controle de atividades econômicas em prol do interesse público. O desenvolvimento da regulação, por conseguinte, significa sobrepor o interesse público ao interesse privado dos agentes econômicos.

A regulação, portanto, deveria manter a produção em grande escala alcançada pelas grandes corporações, coibindo, contudo, seus abusos, corrigindo ineficiências ou práticas que desequilibram o mercado.

Nesse sentido, por exemplo, num cenário em que “a economia de escala torna os monopólios naturais necessários ou apenas possíveis, a regulação funcionaria como um reorganizador do mercado em defesa do bem-estar da coletividade, contestando as altas rentabilidades e os preços abusivos”³⁵.

Nessa linha de abordagem, segundo Calixto Salomão³⁶, a Escola do Interesse Público pode ser identificada, ainda que não completamente, com a Escola do Serviço Público, liderada por Duguit, que fora acompanhado por Jeze, Bonnard, Rolland e De Laubadère, entre outros.

Para eles, tanto a Escola do Interesse Público como a Escola do Serviço Público, em sua concepção mais moderna, preconizam, de forma similar, a regulação estatal dos serviços considerados, por suas características, como de interesse público.

³⁴ SAMPAIO, op. cit., p. 65.

³⁵ SAMPAIO, op. cit. n. 33, p. 71.

³⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica: princípios e fundamento jurídicos. São Paulo. Malheiros, 2000, p. 15.

As premissas dessas teorias, contudo, são divergentes. A Escola do Interesse Público parte de duas premissas econômicas básicas: a primeira, de que o mercado é extremamente frágil e por isso inapto a operar de forma eficiente sem algum tipo de regulação estatal. A segunda, de que a regulação estatal tem um baixo custo para a sociedade. A Escola do Serviço Público, a seu turno, parte da própria noção de serviço público, da natureza da atividade envolvida e de sua imprescindibilidade para a coletividade.

Os críticos da Escola do Interesse Público focam justamente as citadas premissas econômicas para discordar dessa concepção. Posner³⁷ afirma que as pesquisas não vêm demonstrando que a regulação esteja diretamente ligada a uma eficiente atuação do Estado, assim como já teria sido verificado que a regulação não teria um baixo, mas sim, um alto custo para a sociedade.

2.3.2 Teoria da Falha Regulatória

A Teoria da Falha Regulatória (“Regulatory Failure” ou “Perverted” Public Interest Theory) tem ligação direta com a Teoria do Interesse Público. O desenvolvimento da regulação, necessariamente, levaria à deturpação de seus fundamentos de interesse público, o que poderia ser verificado por vários critérios empíricos, tais como a falta de eficiência, a ausência de democracia no processo decisório e a burocracia interna dos órgãos reguladores.

A deturpação do interesse público se daria por meio dos chamados “modelos de influência”, que seriam basicamente de três tipos: o instrumental, o estrutural, e o da captura.

O modelo instrumental foca as explicações sobre a deturpação do interesse público em fatores pessoais, como troca de profissionais entre as indústrias e as agências, e as relações entre os profissionais das indústrias e das agências.

O modelo estrutural, por sua vez, volta-se à estrutura das agências, que por serem compostas, em seus cargos mais elevados, por indicações políticas, estão sujeitas à influência dos regulados na determinação dessas indicações. A lógica desse modelo é simples: as grandes empresas reguladas são

³⁷ POSNER, Richard A. Theories of Economic Regulation. The Bell Journal of Economics. The RAND Corporation, vol. 5, 1974, p. 335-336.

usualmente grandes doadoras de recursos para campanhas eleitorais e, sendo assim, sua influência sobre os políticos seria voltada para a criação de regulamentações favoráveis a seus interesses.

Por fim, o modelo da captura é o mais conhecido de todos os chamados “modelos de influência”. A Teoria da Captura utiliza elementos de ambos os modelos acima descritos, e afirma, em suma, que as agências são capturadas pelos entes regulados. A implicação fundamental da captura das agências seria o favorecimento da indústria regulada por meio de suas normatizações, em desfavor da sociedade.

Deve-se observar que a Teoria da Captura ganhou diferentes formas. Uma dessas formas foi conferida pelos neomarxistas. E pode ser resumida no seguinte silogismo: as grandes corporações no capitalismo controlam as instituições da sociedade, e, entre essas instituições, está a regulação. Bentley³⁸ é responsável por interessante versão sobre a Teoria da Captura, centrando-se em evidências da importância de grupos de interesse nos processos administrativos e legislativos.

O paradigma dos estudos da captura é o modelo de ciclo de vida das agências criado por Bernstein³⁹. Segundo o autor, quatro períodos poderiam ser identificados no ciclo de vida das agências: i) gestação; ii) juventude; iii) maturidade; iv) velhice.

Durante o período de gestação, ocorreria a formação de grupos que demandariam a criação de regulamentações para atender aos seus interesses. As agências iriam surgir como meio de realizar uma composição entre os diversos interesses reivindicados, com ênfase na regulação de curto prazo.

O período da juventude, por sua vez, seria caracterizado por uma posição agressiva das agências. Nesse período, as agências sofreriam de certa falha de experiência regulatória, com mão-de-obra ainda não especializada, somando-se a isso a falta de objetividade na regulação. Em um terreno conflituoso, as agências passariam a testar seu poder de polícia, opondo-se às indústrias reguladas, organizadas e experientes, perdendo gradativamente o suporte público e político.

³⁸ BENTLEY, Arthur Fisher. *The process of Government: a study of social pressures*. Chicago. University of Chicago Press, 1988, p. 74.

³⁹ BERNSTEIN, Marver H. *Regulator: business by independent commission*. Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 73.

O período de maturidade seria marcado também pela falta de suporte público e político das agências. Nesse período, as agências alcançariam uma posição de mediadora da regulação, diminuindo a utilização do poder de polícia e aproximando-se das indústrias reguladas, passando apenas à afirmação de precedentes criados, usualmente favoráveis às reguladas.

No período da velhice, as agências passariam a adotar uma postura passiva e burocrática, buscando a manutenção do *status quo* e, por conseguinte, a continuação da utilização de precedentes, estabilizando-se como protetoras das indústrias reguladas. As agências teriam, ainda, problemas com a manutenção de verbas governamentais, tornando-se cada vez mais dependentes das indústrias reguladas em relação à mão-de-obra especializada. Ademais, as agências falhariam em acompanhar as alterações tecnológicas e econômicas das indústrias. Escândalos ou crises levariam, então, a um retorno do ciclo ao seu início, fechando-se o modelo de Bernstein.

Posner⁴⁰, criticando a teoria da Falha Regulatória, afirma, basicamente, que não se pode comprovar que a indústria seja o único grupo de interesse capaz de influenciar a regulação, como também não há explicações para situações em que as indústrias reguladas entrem em conflito de interesses entre si. Afirma, ainda, que essa teoria ignora dados empíricos que comprovam que, em diversas situações, os interesses defendidos na regulação são, inegavelmente, públicos. Como se verá, a Teoria Econômica da Regulação propõe-se a solucionar, ao menos em parte, essas críticas.

2.3.3 Teoria Econômica da Regulação

O que se poderia chamar de Teoria Econômica da Regulação foi inicialmente desenvolvido por Stigler⁴¹, em cujos estudos propõe que a regulação seja analisada similarmente a uma *commodity*. Sendo assim, a regulação estaria sujeita às forças da oferta e da demanda, no caso, a demanda de grupos de interesse e a oferta dos reguladores.

⁴⁰ POSNER, Richard A. Taxation by regulation. The bell journal of economics and management science. Santa Monica. The RAND corporation. v.2, 1971, p. 26.

⁴¹ STIGLER, George J. Teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo et al. (Coord.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. 34 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 20.

No começo dos anos 70, iniciou-se uma inflexão crítica em relação à regulação econômica realizada pelo Estado. A teoria começou a identificar as falhas de governo. Em 1971, Stigler, da Universidade de Chicago, publicou um artigo com a tese central de que a “regulação é adquirida pela indústria e é desenhada e operada primariamente para o seu benefício”⁴².

À primeira vista, pode-se visualizar a similaridade entre a Teoria da Falha Regulatória, já descrita, e a Teoria Econômica da Regulação, ora em discussão, visto que ambas insistem que a regulação vem para servir a interesses particulares.

Deve-se ressaltar, contudo, que a Teoria Econômica da Regulação admite a captura das agências por quaisquer grupos de interesses e não somente por parte das indústrias, o que já a diferencia da Teoria da Falha Regulatória.

De fato, observando-se atentamente, percebe-se que os pressupostos dessas teorias são absolutamente divergentes. Procura-se por meio da Teoria Econômica da Regulação, aplicar conceitos econômicos ao comportamento político, em parte fundados no trabalho de Downs⁴³.

No seu livro, Downs assume que os políticos, assim como quaisquer indivíduos da sociedade, são movidos muito mais pela maximização de seus próprios interesses do que pela gama de interesses considerados públicos, o que resulta no raciocínio lógico, conforme explica Peltzman⁴⁴, de que grupos de interesse podem influenciar a regulação.

A conclusão de Peltzman decorreu de severas críticas a teoria da Captura realizadas por Posner⁴⁵. Segundo este autor, não se apresenta qualquer motivo para caracterizar a interação entre agência e empresas por meio da metáfora da captura. Isso porque a teoria não apresenta qualquer razão que explique por que o mercado regulado deveria ser o único grupo de interesse capaz de influenciar as agências. Grupos de consumidores, por exemplo, teriam forte interesse em “capturar” a agência. Da mesma forma, não

⁴² STIGLER, George J.; FRIEDLAND, Claire. What can regulators regulate? The case of electricity. The bell journal of economics and management science. Santa Monica. The RAND corporation. v.5, 1962, p. 61.

⁴³ DOWNS, Anthony. An economic theory of democracy. New York: Harper & Row, 1957, p. 43.

⁴⁴ PELTZMAN, Sam. The economic theory of regulation after a decade of deregulation. Brookings papers on economic activity – microeconomics. Washington: Brookings Institution, 1989, p. 38.

⁴⁵ POSNER, op. cit. n. 37, p. 336-337.

se sugere por que as empresas são capazes de capturar apenas as agências que estejam estabelecidas e nunca advogar pela criação de uma agência que irá promover seus interesses, ou por que o mercado que seja suficientemente forte para capturar a agência estabelecida e domesticá-la não poderia, antes disso, impedir a criação da agência.

Stigler e Friedland⁴⁶, corroborando com esse pensamento, em artigo que precedeu a Teoria Econômica da Regulação, compararam os efeitos da regulação e da desregulação do setor de energia nos EUA de 1907 a 1932, demonstrando a ineficácia da intervenção do Estado na economia pela ausência de benefícios mensuráveis para a coletividade.

No mesmo sentido, Demsetz⁴⁷, em seu artigo que também precedeu a Teoria Econômica da Regulação, propõe a realização de leilões como forma de garantir o interesse público na prestação dos serviços, sugerindo que a regulação, da forma como era implementada, serviria tão-somente para garantir o interesse da indústria.

Em suma, a Teoria Econômica de Stigler molda-se em dois custos básicos no desenvolvimento do modelo regulatório: a informação e a organização. Por essa Teoria, os grupos de interesse de menores custos tenderiam, naturalmente, a ser favorecidos.

Segundo Stigler, há duas visões alternativas largamente empregadas para a regulação da indústria. A primeira é que a regulação é instituída fundamentalmente para a proteção e benefício, ou do público como um todo, ou para algumas parcelas do público em desvantagem na sociedade. Sob esse ponto de vista, os custos da regulação são compensados por algum objetivo social. A segunda visão é essencialmente de que o processo político carece de uma explicação racional: a política é o imponderável, mistura de forças de diversas naturezas, às vezes, compreendendo ações de grande virtude moral e, na maioria das vezes, de ações da mais baixa venalidade (de quem se vende).

Sendo assim, os grupos numericamente grandes tenderiam a ser desfavorecidos por meio da regulação, tendo em vista uma maior assimetria de

⁴⁶ STIGLER; FRIEDLAND, op. cit. n. 42, p. 69.

⁴⁷ DEMSETZ, Harold. Why regulate utilities? The bell journal of economics and management science. Santa Monica. The RAND corporation. v.11, 1968, p. 19-32.

informações dentro desses grupos, bem como a maior dificuldade de organização.

Deixa-se de lado a visão do Estado como um ente benevolente. O Estado é retratado como uma fonte potencial, por um lado, de ameaça ou, por outro, de recursos para toda atividade econômica na sociedade. Estava, então, iniciado o processo à linha de estudos que se convencionaria chamar Teoria Econômica da Regulação.

Não obstante a tendência ao favorecimento de certos grupos, é importante notar que na Teoria Econômica da Regulação, como já dito, admite-se a captura por diversos grupos de interesse, não se restringindo à indústria regulada.

Peltzman⁴⁸ observa que nenhum grupo de interesse captura com exclusividade o órgão regulador. Os grupos seriam beneficiados desde que tivessem características apropriadas para recompensar o regulador, assim, uma vez que os consumidores pudessem oferecer votos, ou mesmo dinheiro, em troca de favorecimento, estes também poderiam ser beneficiados.

Acerca da Teoria Econômica da Regulação, Posner⁴⁹ busca contrastar esta teoria com a Teoria do Interesse Público e também com a Teoria da Falha Regulatória.

Posner concluiu pelo insucesso de todas essas teorias sem explicar, devidamente, o fenômeno da regulação, mas observou que a Teoria de Stigler seria a mais promissora de todas em fundamentar pesquisas futuras acerca do tema.

Insta observar que Posner critica a falta de subsídios empíricos que dêem sustentação à Teoria de Stigler. Segundo ele, os estudos já realizados fundamentariam apenas a forma mais bruta de influência de grupos de interesses na regulação, referente aos preços regulados, não existindo trabalhos que demonstrem reais indícios de gastos públicos para a criação de regulação, que favoreceria interesses de grupos específicos da sociedade.

De acordo com Posner, à primeira vista, a teoria inicialmente proposta por Stigler parece uma versão mais refinada da Teoria da Captura. Entretanto, a Teoria Econômica da Regulação rejeita o inexplicado e, frequentemente, falso

⁴⁸ PELTZMAN, op. cit. n. 44, p. 40.

⁴⁹ POSNER, op. cit. n. 37, p. 339.

pressuposto do propósito virtuoso e probo da legislação; admite a possibilidade de “captura” por outros grupos de interesse, além das empresas reguladas. E substitui a metáfora “captura” por uma terminologia mais neutra de oferta e procura.

O Estado conta com um recurso básico que, em princípio, não é compartilhado nem mesmo com o mais poderoso dos seus cidadãos: o poder de coagir. Esse poder cria possibilidades de uma indústria utilizar o Estado para aumentar sua lucratividade. No entendimento de Stigler⁵⁰, são quatro as principais práticas que uma indústria pode obter do Estado: i) subvenção direta em dinheiro; ii) controle sobre a entrada de novos concorrentes, reduzindo a concorrência; iii) políticas que afetem produtos substitutos e complementares, reduzindo possibilidade do surgimento de produtos substitutos ou incentivando indústrias complementares como, por exemplo, subsídios para aeroportos que se refletem em ganhos para as companhias aéreas; e iv) fixação de preços para alcançar taxas de retorno mais competitivas, formando uma espécie de cartel oficializado pela regulação governamental.

A Teoria Econômica da Regulação passou a incluir a dimensão política na análise da formulação das políticas regulatórias porque, por sua natureza, a regulação necessariamente implica em uma redistribuição de renda, pois gera custos para alguns grupos e benefícios para outros. Nesse sentido, a regulação pode ser vista como um bem econômico para o qual existe um mercado com oferta e demanda em que grupos ofertam regulação e outros grupos disputam regulação favorável a seu bem-estar.

No modelo, a oferta de regulação seria feita pelos legisladores, que por sua vez são modelados como maximizadores de apoio político para a próxima eleição⁵¹, isto é, “políticos, como o resto de nós, são vistos como maximizadores do interesse próprio”⁵². Dessa forma, Stigler formula uma função-objetivo do agente regulador em que sua utilidade deriva de seu orçamento e dos votos dos eleitores, superando a deficiência da Teoria da Captura que não demonstrava as motivações do regulador. No outro lado da

⁵⁰ STIGLER, op. cit. n. 41, p. 25-26.

⁵¹ MUELLER, Bernardo. Regulação, informação e política: uma resenha da teoria política positiva da regulação. Revista Brasileira de Economia de Empresas, Brasília, v. 1, n. 1, 2009, p. 12-13.

⁵² PELTZMAN, op. cit. n. 44, p. 41.

atividade regulatória, existe a demanda por regulação, que pode ser das indústrias reguladas ou de outros grupos de interesses.

A tese, portanto, é que a ação regulatória é resultado da interação de interesses privados, orientados exclusivamente pela busca de benefícios. As indústrias reguladas querem se proteger da concorrência e outros agentes buscam benefícios, criando uma demanda regulatória. Os reguladores, em contrapartida, criam uma oferta de regulação em troca de apoio político.

Tratar-se-ia, então, de um verdadeiro comércio regulatório, totalmente estranho a qualquer ideia de interesse público. O mais interessante, no entanto, é que, utilizando a teoria desenvolvida por Mancur Olson em “A Lógica da Ação Coletiva”⁵³, Stigler teorizou que os grupos que tivessem menores custos de organização e maiores ganhos potenciais *per capita*, reduzindo o custo de obtenção e disseminação de informação, seriam os grupos que teriam probabilidade de ter sucesso em influenciar o processo regulatório, e, por consequência, os maiores demandantes por regulação.

Desenvolvendo a proposta original de Stigler, Posner⁵⁴ afirma que a Teoria Econômica da Regulação está baseada em dois pontos: i) o poder coercitivo do governo para fazer regulação é um produto que pode ser alocado pela lei da oferta e da procura; ii) a Teoria dos Cartéis pode ser usada para identificar as curvas de oferta e procura. A concepção da regulação como produto chama a atenção para o fato que a regulação será fornecida para os indivíduos ou grupos específicos que derem mais valor para ela. Essa concepção também chama atenção para fatores relacionados aos custos de obter regulação. A Teoria dos Cartéis ajuda a clarear o aspecto dos benefícios e dos custos.

A análise desenvolvida por Posner sugere que, apesar das características que predispõem o mercado a uma cartelização privada bem-sucedida, pode-se também, ajudá-lo a obter regulação governamental favorável, uma característica que desencoraja a cartelização privada (um grande número de agentes cuja cooperação é necessária para criar e manter um cartel) encoraja a regulação. Um grande número de agentes tem grande poder eleitoral (indústrias e seus empregados) e uma alta assimetria de

⁵³ OLSON, Mancur. A lógica da Ação Coletiva. 1. ed. São Paulo: Edusp, 1999.

⁵⁴ POSNER, op. cit. n. 37, p.341.

interesses que encorajam a participação em uma coalizão em busca de regulação, o que não é favorável para a formação de cartéis privados, tendo em vista que um grande número de participantes aumenta os custos de formação e manutenção dos cartéis.

A Teoria Econômica da Regulação, então, poderia ser usada para explicar a grande frequência de legislação protecionista para áreas de agricultura, trabalhista, de regulamentação de profissões, em que a cartelização privada dificilmente se viabilizaria. Entretanto, Posner⁵⁵ aponta que a teoria ainda não estava refinada a ponto de predizer em quais indústrias a regulação seria criada por demanda dos produtores.

Modelos subsequentes estabelecem parâmetros de análise mais sofisticados. Como destacado anteriormente, Peltzman⁵⁶ aperfeiçoou a Teoria Econômica da Regulação com a noção de que nenhum interesse econômico captura de forma exclusiva o corpo regulatório. Dessa forma, desenvolve-se um modelo em que os legisladores tomam decisões de regulação para maximizar a votação majoritária. O modelo atribui uma função para os políticos na formação dos grupos de interesse e por estabelecer uma função-objetivo do regulador em função de apoio político. A hipótese é que o agente regulador procura conquistar o máximo de apoio possível de ambos os grupos: dos consumidores, mantendo a tarifa tão baixa quanto puder, e da indústria, garantindo o maior lucro possível.

Outra importante contribuição é de Becker⁵⁷, com uma visão de que a riqueza da indústria (recursos dos produtores e dos consumidores) é a principal moeda política a ser distribuída da maneira que mais beneficie o regulador. Essa visão fornece uma ligação entre a Teoria Econômica da Regulação, com sua ênfase na distribuição, e na abordagem normativa, com sua ênfase na eficiência.

O argumento central é de que a perda de bem-estar social ocasionada pelas medidas de regulação é uma limitação às políticas regulatórias ineficientes. A razão é simples: conforme o regulador afasta os índices de

⁵⁵ POSNER, op. cit. n. 37, p. 343.

⁵⁶ PELTZMAN, Sam. Towards a more general theory of regulation. *Journal of Law and Economics*. v. 19, n. 2, 1976, p. 236-237.

⁵⁷ BECKER, Gary S. A theory of competition among pressure groups for political influence. *Quarterly Journal of Economics*, 1983, p. 392-393.

produção do nível de eficiência, a perda de bem-estar social aumenta numa taxa crescente.

A perda de bem-estar é o ganho do ganhador menos a perda do perdedor em decorrência da intervenção. Essas perdas e ganhos estimulam os grupos de interesses. Dessa forma, perdas de bem-estar crescentes devem progressivamente enfraquecer os ganhadores em relação aos perdedores. O que acaba por servir como limitação do aumento indefinido das atividades regulatórias⁵⁸.

É importante mencionar que a análise positiva avança no sentido de que uma política para a regulação deve ser definida por meio do conceito da “remediabilidade”, qual seja: “uma política para a qual não existe nenhuma alternativa superior viável que possa ser implementada com ganhos líquidos é presumida como sendo eficiente”⁵⁹. O conceito não é convergente com as prescrições da análise normativa, pois mesmo quando uma forma é superior à outra, sua implementação pode não ser politicamente possível.

2.3.4 Teoria da escolha pública

Outra linha de argumento desenvolvida acerca do fenômeno regulatório da década de 70 foi a Teoria da Escolha Pública (TEP)⁶⁰. O argumento básico é que, seja no mercado, seja na política, os indivíduos comportam-se da mesma maneira, movidos pelas mesmas motivações, o interesse próprio (self-interest theory). Assim, as políticas públicas não seriam conduzidas por motivações alheias ao interesse pessoal dos envolvidos (políticos, burocratas, lobistas) em nome de alguma entidade abstrata da dimensão do interesse público⁶¹.

A TEP estuda os processos de decisão política numa democracia, utilizando instrumentos analíticos da economia, fundamentalmente os conceitos de comportamento racional e autointeresse da ação humana. Portanto,

⁵⁸ FIANI, Ronaldo. Teoria da regulação econômica: estado atual e perspectivas futuras. Rio de Janeiro: UFRJ, 1998, p. 23. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/teoria_da_regulacao_economica.pdf>. Acesso em 20 jul. 2010.

⁵⁹ WILLIAMSON, Oliver Eaton. The Politics and Economics of Redistribution and Efficiency. Oxford University Press, 1996, p. 192.

⁶⁰ Em inglês “Public Choice Theory - PCT”. No Brasil muitos estudos sobre a teoria da escolha pública são desenvolvidos, e já é conhecida comumente pela sigla “TEP”.

⁶¹ SALGADO, Lucia Helena. Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional. Brasília: IPEA, 2003, p. 13-14.

constitui uma abordagem interdisciplinar da relação entre economia e política. Ocupando-se com as decisões feitas por indivíduos, integrantes de um grupo ou organismo coletivo, que afetam a todos os integrantes da coletividade.

Um dos principais objetivos dos trabalhos desenvolvidos com base nessa teoria tem sido determinar como se efetivam os processos políticos e seus efeitos na economia, evidenciando a estreita relação dos resultados econômicos com as regras e procedimentos para a tomada de decisões no âmbito político. Niskanen⁶², com o lançamento do livro, “Burocracia e o governo representativo”, estabeleceu parâmetros balisadores da TEP.

Os burocratas foram apresentados como maximizadores de orçamento. O primeiro pressuposto é que os burocratas são indivíduos racionais que buscam a obtenção de maiores salários, oportunidades de promoção, além de prestígio e poder. Esses fatores dependem do tamanho do orçamento do *bureau*.

O segundo é de que os burocratas conhecem as preferências dos políticos por serviços burocráticos, mas os políticos não têm meios para obter a informação precisa sobre o custo real do serviço burocrático. Com o monopólio da informação técnica, os burocratas detêm poder para obter um orçamento maior do que o necessário.

O autor apresenta um modelo de monopólio bilateral, com burocratas e governo, sendo que o governo é um comprador de políticas regulatórias da burocracia. A tese de Niskanen⁶³ não é facilmente compatível com a teoria da regulação, que não trata os burocratas como protagonistas nas atividades governamentais.

O modelo de política e democracia da escolha pública é bastante simples. Presume-se que a política seja um sistema que consiste em quatro grupos de tomadores de decisões (eleitores, políticos, burocratas e grupos de interesses). Presume-se que indivíduos sejam maximizadores racionais de utilidade que buscam benefícios do sistema político, cada um com um objetivo distinto, quais sejam: os políticos buscam votos; os burocratas buscam segurança no trabalho e orçamentos; grupos de interesses e eleitores buscam

⁶² NISKANEN, William A. *Bureaucracy and representative government*. Chicago; New York: Aldine Atherton, 1971.

⁶³ NISKANEN, op. cit. p. 87.

mais riqueza e renda⁶⁴.

A Teoria da Escolha Pública procura fornecer modelos positivos realistas da política e tenta achar métodos de fazer escolhas coletivas que tenham características normativas desejáveis. Ela avalia, então, os problemas da relação entre representantes e representados e preocupações com comportamento estratégico centrais para governos representativos democráticos, e para o funcionamento das burocracias. A análise normativa especifica condições desejáveis para procedimentos de escolha coletiva e procura processos decisórios que satisfaçam essas condições.

As instituições e regras políticas são centrais para a TEP, estruturando o comportamento no jogo político, como uma forma das pessoas buscarem reduzir a incerteza e levar adiante seus interesses pessoais. O ponto importante é que as instituições coletivas têm boas e más consequências para o bem-estar individual e comum.

Segundo essa linha de estudo, os processos políticos ocorrem dentro de um quadro institucional estabelecido, repleto de incentivos perversos, com informações caras e tendenciosas, tornando a escolha coletiva economicamente ineficiente. As políticas democráticas, em consequência, não são realmente o governo do povo, mas, em vez disso, são uma competição intensa por poder mediante votos entre políticos competindo entre si. Dessa forma, como afirma Mitchell:

nessa competição, os políticos acham altamente racional provocar confusões, atuar, inventar mitos, fazer rituais, esconder e distorcer informações, estimular o ódio e a inveja. Os eleitores, em contrapartida, acham altamente racional serem racionalmente ignorantes, serem governados por ideologias e se absterem da participação política individual. Portanto, na escolha coletiva, todos são exonerados de responsabilidade⁶⁵.

Portanto, a Teoria da Escolha Pública assume grande importância na regulação econômica na medida em que analisa os fenômenos regulatórios relacionando-os com fenômenos políticos, e tenta descrever comportamentos de agentes na busca do autointeresse e como isso pode vir, ou não, a coincidir

⁶⁴ MITCHELL, William C; SIMMONS, Randy T. Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p. 103.

⁶⁵ MITCHELL; SIMMONS, op. cit. p. 124.

com o interesse público e desenvolvimento social-econômico.

2.3.5 Teoria econômica dos custos de transações

Da latente necessidade de reconhecer que a realização de transações no mercado implicava em certos custos, Ronald Coase⁶⁶, assevera que estes deveriam ser incluídos nas diversas análises, o que os economistas até então, não haviam feito. Nesse sentido, reconhece-se importante papel a ser desempenhado pelas empresas no sistema econômico.

A partir de Coase, tem se desenvolvido, entre os economistas, um interesse muito amplo naquilo que poderia ser chamado de “a nova economia institucional”. Algumas peculiaridades da microteoria prevalecente, a história econômica, os sistemas comparativos, a economia do trabalho, a economia dos direitos de propriedade e a organização industrial têm importância no pensamento neo-institucional.

Para explorar os problemas do enfoque neoclássico de escolha racional em sua relação com as instituições, conforme entendimento de North⁶⁷, é preciso analisar ao menos dois aspectos da conduta humana: i) a motivação; e ii) a leitura do meio (forma de ver o mundo). Considerando esses dois fatores, torna-se mais fácil perceber que a conduta humana é mais complexa do que propõe a função utilitária individual dos modelos econômicos tradicionais. Assim, a teoria das instituições de North é construída com base na teoria da conduta humana combinada com a teoria dos custos de transação.

Dessa forma, nos dizeres de Williamson⁶⁸, uma transação é definida como o evento que ocorre quando “um bem ou serviço é transferido através de uma interface tecnologicamente separável”. Os custos transacionais podem ser considerados como o dispêndio de recursos utilizados para planejar, adaptar e fiscalizar as interações entre os agentes econômicos, uma vez que por causa das condutas oportunistas destes (assimetria, omissão e/ou distorção de informações) há a possibilidade do surgimento de conflitos nas relações

⁶⁶ COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. *Economica*, New Series, v. 4, n. 16, out./dez. 1937, p. 386-387.

⁶⁷ NORTH, Douglass C. A transaction cost theory of politics. *Duke Law Journal*. 20º anuário de Direito Administrativo no tocante a agências, justiça econômica, e iniciativas privadas, Theoretical, 1990, p. 355-356.

⁶⁸ WILLIAMSON, op. cit. n. 59, p. 193.

contratuais. Nota-se que, uma vez que a abordagem dos custos de transação centra-se na coordenação de um contexto de incerteza, Williamson⁶⁹ conclui que, o problema da organização econômica torna-se um problema contratual.

O crescimento econômico, nos dizeres de Azevedo⁷⁰ ocorre devido aos custos de transformação. Havendo queda nos custos, há aumento na produção e conseqüentemente crescimento. Os custos de transformação são compostos por custos de produção e por custos de transação. Os custos de produção referem-se aqueles normalmente considerados pela contabilidade, tais como matéria-prima, mão-de-obra e eficiência do processo produtivo.

Já os custos de transação têm como exemplo: a aquisição de informações relativas aos agentes; custos para a fiscalização dos contratos firmados; custos por comportamentos ineficientes por parte dos agentes; custos relacionados às quebras de regras (custos legais), incluindo nesses os custos de policiamento e incentivos dos contratos. De maneira geral, os custos de transação como fator importante para o processo decisório nas organizações.

Na teoria econômica dos custos de transação (ECT) toma-se como parâmetro fundamental a análise da empresa, mais precisamente, visando organizar o seu processo de produção ao optar por alternativas diferentes de como obter os insumos e serviços necessários no mercado, produzir internamente tudo ou adotar formas mistas, combinando as alternativas anteriores.

A produção moderna exige especialização a fim de obter eficiência. No entanto, gera-se transação entre os diversos agentes e a empresa. A transação tecnológica, tal como o contrato e o sistema jurídico, é imperfeita e quaisquer alterações são associadas com os custos de transação. Assim, conforme Azevedo⁷¹, os custos não são diretamente ligados à produção, mas surgem à medida que os agentes se relacionam entre si e problemas de coordenação de suas ações emergem.

O enfoque da teoria dos custos de transação está na busca da maximização de resultados eficientes, a partir do comportamento dos

⁶⁹ WILLIAMSON, op. cit. n. 59, p. 194.

⁷⁰ AZEVEDO, Paulo Furquim de. Competitividade: mercado, estado e organizações. São Paulo: Singular, 1997, p. 164.

⁷¹ AZEVEDO, op. cit. p. 166.

indivíduos dentro de uma organização e da forma como estes são coordenados.

É difícil estabelecer garantias ao perfeito funcionamento dessas atividades de não produção, muito menos, possibilidade de controle sobre elas. Como consequência direta emergem custos de transação.

Conforme Williamson⁷², a empresa configura-se como um nexo de contratos, e portanto, transações, que também apresentam custos de funcionamento. De fato, basta observar os gastos internos em uma empresa destinados ao controle e monitoramento das atividades de seus funcionários para se verificar a relevância dos custos de transação internos a essa empresa. O salário de supervisores, cartões de ponto e auditorias são alguns exemplos que mostram a preocupação da empresa, e que se traduzem em custo econômico, com a adequada execução de seus contratos internos.

Uma vez estabelecido um contrato, em decorrência de eventual incompletude, a sua execução também implicará custos de transação. Um exemplo desse tipo de custo *ex-post* ao estabelecimento do contrato é o monitoramento das atividades previstas no contrato. Finalmente, a própria regulamentação e cumprimento das regras do jogo que limitam a transação, como, por exemplo, direito de propriedade, são também atividades custosas. Sob este ponto de vista, Azevedo⁷³, elenca os principais custos de transação como: i) elaboração e negociação dos contratos; ii) mensuração e fiscalização de direitos de propriedade, iii) monitoramento do desempenho, iv) organização de atividades; e v) custos de adaptações ineficientes às mudanças do sistema econômico.

O ponto de partida para a existência de custos de transação, na visão de Azevedo⁷⁴, é o reconhecimento de que os agentes econômicos são racionais (*rational choice*), porém limitadamente, assim como são oportunistas. De um lado, assumindo-se racionalidade limitada, os contratos serão intrinsecamente incompletos, na medida em que será impossível aos agentes prever e processar todas as contingências futuras relativas ao contrato. Consequentemente, alguns elementos de uma transação qualquer não são

⁷² WILLIAMSON, op. cit. n. 59, p. 196.

⁷³ AZEVEDO, op. cit. n. 70, p. 167.

⁷⁴ AZEVEDO, op. cit. n. 70, p. 169-170.

contratáveis *ex-ante* e isso implica renegociações futuras. Nestes termos, o oportunismo contempla que as partes podem se aproveitar de uma renegociação, agindo sem ética e, acabando por impor perdas à sua contraparte na transação.

Sinteticamente, pode-se dizer que a racionalidade limitada e o oportunismo constituem os pilares da economia dos custos de transação. O oportunismo é considerado por Williamson, como o "desvendamento incompleto ou distorcido de informações, especialmente a esforços calculados para enganar, deturpar, disfarçar, ofuscar, ou de alguma outra forma confundir"⁷⁵. O conceito de racionalidade limitada diz respeito ao comportamento que busca ser racional, porém o atinge de forma limitada apenas. Tal fato é resultado das limitações cognitivas das pessoas de receber, estocar, recuperar e processar informações.

Segundo Williamson⁷⁶, todos os contratos complexos seriam necessariamente incompletos, dado o pressuposto da racionalidade limitada. Assim, os agentes muitas vezes tomam decisões com base em informações incompletas e assimétricas em relação a seus parceiros de negócio. Em geral são essas assimetrias de informação que permitem o aparecimento de comportamentos oportunistas⁷⁷.

Para Williamson⁷⁸, as principais implicações dos pressupostos acima elucidados são que: i) contratos complexos mostram-se necessariamente incompletos; ii) a confiança entre as partes envolvidas não pode ser estabelecida simplesmente a partir da existência de um contrato, dado que todo contrato implica riscos; e iii) é possível criar-se valor adicionado com a elaboração de outras formas organizacionais que objetivem economizar a racionalidade limitada e salvaguardar as transações contra o exercício de oportunismo por parte dos agentes envolvidos. Disso decorre que as relações de mercado não se configuram, necessariamente, como as mais adequadas para a gestão das transações entre os agentes econômicos.

Nota-se que existem alguns mecanismos para que os agentes cumpram efetivamente aquilo que contrataram com seus pares nos negócios, como o

⁷⁵ WILLIAMSON, op. cit. n. 59, p. 195.

⁷⁶ WILLIAMSON, op. cit. n. 59, p. 365.

⁷⁷ Vide tópico 2.5.1 – Informação Assimétrica

⁷⁸ WILLIAMSON, op. cit. n. 59, p. 369-370.

oferecimento de incentivos e prêmios por resultados melhores. No entanto, não se pode deixar de lado que esses mecanismos acabem tendo também, um custo, o que, dependendo do caso pode ser maior do que as perdas decorrentes do comportamento oportunista. Sendo assim, os agentes devem manter um equilíbrio entre monitoramento, incentivo e comportamento oportunista.

As transações entre os agentes econômicos, segundo North⁷⁹, são caracterizadas basicamente por três fatores: incerteza, frequência e grau de especificidade dos ativos envolvidos. A função das instituições na sociedade é reduzir a incerteza, que é própria da interação humana, estabelecendo uma estrutura estável para a sociedade. North⁸⁰ aponta duas formas de incerteza, a primeira delas seria o risco: uma transação apresenta risco se existir uma probabilidade conhecida de ocorrência de um problema. A segunda é a incerteza propriamente dita, que corresponde aos distúrbios que afetam uma transação, mas que não estão associados a uma distribuição de probabilidade conhecida. A informação assimétrica e o comportamento oportunista são exemplos deste tipo de incerteza entre os agentes envolvidos na transação, que torna praticamente impossível a previsão da forma de atuação de um ou de outro.

Portanto, o estabelecimento de vínculos de reciprocidade, restrições contratuais à condutas das partes e as iniciativas de integração ao longo das cadeias produtivas são, muitas vezes, inovações organizacionais que buscam gerar ganhos de eficiência, e não práticas restritivas visando criar barreiras à entrada e poder de mercado.

A escolha da forma de gestão acontece sempre no sentido daquela que minimiza não somente os custos de produção, mas também os custos de transação. Altos custos de transação indicam que o mercado está sendo ineficientemente utilizado. Nesse sentido, todos os contratos (convencionais e não convencionais) podem ser vistos como uma forma de melhorar a eficiência, reduzindo os custos de transação. Dentro desse contexto, é comum instituições organizarem-se sob a forma de cooperação ou como estruturas de gestão diferenciadas com o objetivo de minimizar os custos transacionais.

⁷⁹ NORTH, op. cit. n. 67, p. 363.

⁸⁰ NORTH, op. cit. n. 67, p. 364.

As transações ocorridas entre as organizações envolvem, apenas transferência de direito de propriedade. Nesse sentido, a função de um contrato é de regular as transações, o que permite a diminuição do risco nas relações atuais e futuras.

Nesse sentido, é importante a compreensão do funcionamento das organizações e, para isso, a unidade fundamental de análise é a transação, por meio da qual as pessoas interagem na busca por bens e serviços.

É necessário entender como se dá a transação e qual o comportamento dos indivíduos que transacionam, dado que uma das principais tarefas da organização econômica é coordenar as ações dos indivíduos para buscar reduzir os custos de transação e, assim, promover o equilíbrio econômico desejado.

Existem, porém, situações em que o mercado não opera em condições de competição perfeita e dessa forma não é garantida uma situação de equilíbrio, essas situações são chamadas de falhas de mercado. A partir da análise de Stiglitz⁸¹ (1988), identificam-se seis grandes blocos de falhas de mercado, porém três fundamentais se destacam para compreensão dos custos de transação: o poder de mercado, as externalidades e a assimetria de informações.

O primeiro bloco engloba uma dificuldade a ser enfrentada na economia, a existência de competição imperfeita. Esta se dá quando algumas empresas detêm poder de mercado sobre outras, formando os chamados monopólios. O poder de mercado, segundo Williamson⁸², possibilita que em uma negociação, alguma ou ambas as partes estejam vulneráveis a atitudes oportunistas, visto que existe tendência à concentração de informações privilegiadas.

Outro bloco analisado por Stiglitz⁸³ diz respeito às externalidades: ações de indivíduos ou firmas geram sobre outros algum efeito indireto que não é captado pelo mecanismo de preços do mercado. Externalidades positivas acontecem quando uma ação individual ou de uma firma gera um benefício para terceiros. Já a negativa acontece quando uma ação gera um custo para outros agentes trabalhando individualmente. A externalidade ocorre também

⁸¹ STIGLITZ, Joseph. *Economics of the Public Sector*. National Bureau of Economic Research (NBER), Cambridge, mai. 1988, p. 89.

⁸² WILLIAMSON, op. cit. n. 59, p. 122-123.

⁸³ STIGLITZ, op. cit. n. 81, p. 93.

em uma produção de equipe na qual a produtividade de um indivíduo afeta a dos demais, dificultando o controle da remuneração individual por desempenho e incentivando o comportamento oportunista.

Além das externalidades, há ainda um último bloco relevante de falhas de mercado, que diz respeito à questão da informação assimétrica, que ocorre quando certa informação sobre dada transação é monopolizada por apenas uma das partes envolvidas, tornando difícil estabelecer uma troca justa em uma relação contratante/contratado. Por sua característica, esta falha está bastante relacionada ao poder de mercado, assim, quanto maior a concentração, maior a assimetria de informações e maior o poder de mercado.

Os aspectos discutidos acima indicam um cenário de funcionamento das organizações em ambiente diverso da competição perfeita. Na prática, sempre que houver custos em negociar, monitorar e coordenar o comportamento dos indivíduos, as transações tornam-se custosas e os mercados falharão em alcançar um equilíbrio eficiente.

Os custos de transação corresponderiam ao dispêndio de recursos econômicos com a finalidade de planejamento, adaptação e monitoramento das interações entre os agentes para que o cumprimento dos termos contratuais seja satisfatório para as partes e compatível com a sua funcionalidade econômica.

Em função da existência e importância desses custos de transação, há a necessidade de construção de estruturas de gestão que permitam lidar com a incerteza, reduzindo o comportamento oportunista e atenuando os custos de transação.

3 Falhas de mercado e seu papel na regulação

No estudo da regulação econômica é imprescindível a abordagem das falhas de mercado como aspecto determinante nas formas de regulação, assim como nos arranjos estruturais das agências reguladoras, na medida em que o objetivo central da regulação é limitar as falhas de mercado.

Assim, a análise de como as falhas de mercado se manifestam no panorama econômico acaba por estabelecer parâmetros dirigentes para a política regulatória, ou seja, ao identificar quais e como as falhas de mercado se apresentam é possível determinar a melhor de forma de regulação, assim como, estruturar os órgãos regulatórios de modo a alcançar máxima eficiência.

No trabalho em questão existe um enfoque evidente ligando à análise das informações assimétricas, como falha de mercado, e às consequências prejudiciais da má gestão informacional para a regulação econômica.

3.1 Evolução do conceito de mercado e o suposto equilíbrio dos mercados

Numa breve discussão sobre o conceito de mercado, relacionando-o com as chamadas imperfeições de mercado, ou falhas de mercado (market failures), tal como se apresentam na doutrina econômica, pretende-se alcançar uma maior compreensão de sua importância, adquirindo ferramentas úteis para a análise de mercado e sua influência na regulação econômica mundial.

Pode-se dizer que mercado é uma palavra utilizada por muitos, mas cuja conceituação padece de imprecisão. Partindo da análise etimológica, do latim *mercatus*⁸⁴, fazia referência ao lugar público onde eram encontrados os produtos, inicialmente, alimentícios.

Quando os economistas se apropriaram da palavra, num primeiro patamar, não se importaram tanto com o desenvolvimento de seu conceito, pois para muitos sua compreensão era de senso comum e de referência ampla. Para Weber⁸⁵, a palavra mercado permaneceu sendo utilizada, sem maiores distinções, seja para uma determinada forma de organização social, em que

⁸⁴ WEBER, Maximilian. História geral da Economia. São Paulo: Abril Cultural. Série "Os Pensadores", v. 37, 1974, p. 125.

⁸⁵ WEBER, op. cit. p. 136.

teoricamente deveria predominar a livre formação dos preços (economia de mercado), ou ainda, para designar o fluxo incorporado de oferta e procura de bens. A grande maioria dos economistas da Escola Clássica é o exemplo mais evidente dessa acepção. Aceitaram essa diversidade de significados e usaram a palavra quando se referia a qualquer dos três fenômenos, para Cournot:

Os economistas entendem por mercado não um lugar determinado onde se consumam as compras e as vendas, mas toda uma região em que compradores e vendedores se mantêm em tal livre intercâmbio uns com os outros que os preços das mesmas mercadorias tendem a nivelar-se fácil e prontamente⁸⁶.

Essa conceituação se encaixava muito bem na época em questão, ao qual se situa num período em que a Economia Política, como ramo autônomo do conhecimento e até como ciência, era incipiente. Portanto, os pensadores dessa época tinham como objetivo primordial a explicação e análise dos fenômenos socioeconômicos. Sem falar que o momento histórico era o de intensas transformações das relações entre feudos em que as relações mercantis impulsionavam a formação e consolidação dos Estados nacionais. Essa conjuntura guiava os esforços dos economistas clássicos aos problemas de gestão, tanto pública quanto privada. Dessa forma, as atividades relacionadas a finanças e tesouraria adquiriam predominância.

Nesse enredo, as questões de ordem prática atraíam maior atenção, em detrimento das de ordem teórica pura e simplesmente. Era assim que os precursores da então doutrina econômica (os economistas clássicos) voltavam sua atenção, pois estes possuíam formação teórica e prática muito distinta de nossos atuais economistas.

A atuação econômica desses pensadores não era o de construir modelos abstratos de análise, mas sim, o desenvolvimento e a aplicação de políticas concretas, envolvendo tributação, câmbio, atuação direta no comércio, entre outros. Entretanto, como a atuação prática acarretava reflexos que contribuía no âmbito teórico, as teorias vieram naturalmente como consequência de suas atuações na gestão da economia.

⁸⁶ COURNOT, Augustin. *Researches into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth*, Irwin: Illinois, 2007, p. 37.

Essas teorias cobririam a necessidade de dar amparo aos atos políticos relacionados à gestão monetária, flexibilização dos atos de comércio, à prática tributária, à análise dos preços etc. Atreve-se a dizer que a economia política decorre em sua essência da política econômica, ou seja, partiu-se da atuação prática para se amadurecer no aspecto teórico.

Conforme destaca Backhouse⁸⁷, no final do Século XIX, com o surgimento da Escola Neoclássica, não se alcançou a precisão necessária quanto ao conceito de mercado. Salienta-se que os méritos dessa escola se dêem na utilização sistemática da linguagem matemática na economia (argumento lógico) requerendo certo rigor formal. Para não se criar uma ideia errônea, não se pretende desmerecer as transformações introduzidas pela Escola Neoclássica, mas simplesmente evidenciar que o desenvolvimento teórico acerca do conceito de mercado se deu de forma contínua e lenta.

Foram necessários inúmeros estágios na doutrina econômica do Século XIX, no qual os problemas surgiam sem serem testados ou até cogitadas as possíveis consequências, e (com a escola Neoclássica) os fenômenos econômicos passaram a ser examinados de forma mais sistemática, baseando-se em modelos abstratos.

Salienta-se que os neoclássicos realizaram uma ruptura, alterando a trajetória proposta pelos clássicos. E nesse momento do desenvolvimento da economia, as novas ideias permearam a forma do pensamento econômico. Para Samuelson⁸⁸, como uma direta continuação do pensamento ricardiano⁸⁹. Se de um lado os neoclássicos não definiram mercado, por outro alcançaram grandes avanços no conhecimento sobre as chamadas estruturas de mercado.

Para Kalecki⁹⁰, com o início da revolução marginalista, encabeçada por

⁸⁷ BACKHOUSE, Roger E. The penguin history of economics. Londres: Penguin books, 2002, p. 176-177.

⁸⁸ SAMUELSON, Paul Anthony. Fundamentos da análise econômica. São Paulo: Abril Cultura. 1986, p. 147.op. cit. n. 88, p. 162.

⁸⁹ David Ricardo, junto a Adam Smith e Thomas Malthus, são os maiores representantes da teoria clássica, defendeu o liberalismo econômico. Sua teoria se baseou em como dois países podem se beneficiar em razão de um comércio livre entre eles. Tomou como exemplo o comércio entre a Inglaterra e Portugal. Estabeleceu os marcos iniciais para o comércio internacional.

⁹⁰ KALECKI, Michal. Crescimento e Ciclo das Economias Capitalistas. São Paulo: Hucitec, 1977, p. 109. William Stanley Jevons, economista político, um dos maiores representantes do marginalismo (marginal utility theory of value), seu livro, A teoria política da economia (1871), junto a trabalhos similares de Carl Menger e Léon Walras abriram um novo período do pensamento econômico.

Jevons no final do século XIX, a perspectiva de que o mercado viesse a apresentar estruturas diferenciadas ainda não foi discutida. Mas, antecipando a discussão sobre estrutura dos mercados, diz que um mercado só será teoricamente perfeito exclusivamente quando todos os comerciantes tiverem perfeito conhecimento das condições de oferta e procura, e da relação de troca consequente.

Percebe-se claramente que a teoria de Jevons visava descartar a ricardiana do valor, em seu lugar viria a teoria da utilidade marginal. Assim, formulou a lei da variação da utilidade, num gráfico no qual o grau de utilidade variaria com a quantidade do bem, e diminuiria na medida em que a quantidade aumentasse. Apesar de certas imprecisões, Jevons deu o primeiro passo na formulação de uma curva de demanda, e de um modelo de equilíbrio de mercados.

Ribeiro⁹¹ destaca que outro economista político, Marshall⁹², debateu-se com certas dificuldades analíticas, e por um caminho diferente, determinou o equilíbrio. Para isso, deve-se isolar um produto dentro do sistema econômico e determinar certas condições de equilíbrio desse mercado particular. Portanto, para o mesmo autor, considerando os preços dos fatores de produção utilizados pela indústria em questão; as funções de produção das empresas dessa indústria; e a curva de demanda do produto. Chegando a funções simples de oferta e procura, sendo possível determinar os preços e quantidades transacionadas em condições virtuais de equilíbrio do mercado.

Nesse rumo, Marshall construiu uma curva de demanda⁹³ a partir da variação do grau de utilidade nos termos da teoria de Jevons. Para isso, introduz uma simplificação, a de que a utilidade marginal do dinheiro é constante. Ainda que frágil, tal hipótese permitiu-lhe desenvolver uma curva de demanda negativamente inclinada.

⁹¹RIBEIRO, Gonçalo. Alfred Marshall – A teoria do valor: os três teoremas das teorias do valor. 2007. 415p. Dissertação. (Doutorado em Engenharia) – Instituto Superior de Engenharia de Coimbra, Coimbra, 2007, p. 85.

⁹² Alfred Marshall foi professor de economia política em Cambridge desenvolveu estudos sobre comércio internacional e problemas decorrentes do protecionismo. Apesar de certa influência de Jevons seu trabalho representou uma continuação dos estudos de John Mill, Adam Smith e David Ricardo.

⁹³ Curva de demanda é a relação entre preços e quantidades. Graficamente, ela tem declividade negativa por que a preços elevados, o consumidor compraria somente uma pequena quantidade de X, mas a preços baixos, você compraria mais de X.

Esses apontamentos servem principalmente para demonstrar a complexidade concernente à problemática do equilíbrio dos mercados. Como conclusão da análise da teorização do equilíbrio dos mercados, percebe-se que os principais eventos econômicos da história humana não passam de uma sucessão de desequilíbrios.

A dificuldade de estabelecer modelos aplicáveis à realidade é tremenda, pois é preciso conhecer tanto como os agentes econômicos se decidem em face da incerteza, como também a maneira em que os erros de previsão passados afetam as previsões para o futuro.

3.2 Falhas de mercado como justificativa para a regulação econômica

No dizer de Posner, “regulação econômica é a expressão que se refere a todos os tipos de impostos, subsídios, bem como o controle legislativo e administrativo explícitos sobre taxas, ingresso no mercado e outras facetas da atividade econômica”⁹⁴.

Até a década de 70, a teoria dominante sobre regulação era a Teoria Econômica da Regulação (TER)⁹⁵. Tal teoria considera que as falhas de mercado são as razões que levam à regulação de determinada atividade econômica, advogando que, em adotando medidas regulatórias, os agentes reguladores mitigariam ou eliminariam as ineficiências geradas pelas falhas de mercado. Até esse momento, a falha de mercado mais popular era o monopólio natural⁹⁶, que se apresenta quando uma empresa que tem capacidade de produção para todo o mercado com um custo inferior ao que existiria se houvesse outras empresas, seguido, de longe, pelas externalidades. Hoje, as falhas de mercado são, além das que foram mencionadas, falhas de concorrência, bens públicos, mercados incompletos, falhas de informação, inflação, desemprego, entre outros. No mesmo sentido, pronuncia-se Feitosa, aduzindo que a regulação, nesse contexto, fundada nos teoremas do bem-estar, vinculou-se aos conceitos de:

⁹⁴ POSNER, op. cit. n. 37, p. 338.

⁹⁵ Vide tópico 1.3.3 – Teoria Econômica da Regulação.

⁹⁶ PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD Daniel L. Microeconomia. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002, p. 348.

(i) “falhas de mercado” (obstáculos à obtenção de um ótimo de Pareto pelo mercado, conquistando em razão da ponderação das noções econômicas de equilíbrio parcial ou geral); (ii) de “externalidades” (quando a atividade de um agente econômico, por não estar regulada, gera um custo que o agente econômico não vai arcar ou um benefício pelo qual esse agente não será remunerado – aspecto negativo ou positivo das externalidades); e (iii) de “monopólio natural” (quando a demanda pode ser regularmente atendida por um único ofertante). A regulação, durante esse período, reduzia-se basicamente aos casos dos monopólios naturais e das situações de externalidades, com a finalidade de estabelecer uma distribuição equitativa de bem-estar⁹⁷.

A análise normativa da regulação “vê a formulação e a implementação de políticas como um problema técnico, ou mesmo como um problema de controle de engenharia”⁹⁸. Mesmo ao tentar incluir limitações de informação, externalidades, risco, etc. a abordagem normativa é uma simplificação que segrega as instituições políticas e econômicas, sugerindo políticas que levariam a bons resultados se implementadas sem alterações pelo processo político.

Dessa forma, a abordagem da TER procura fundamentar quando a regulação deve surgir e a forma que ela deveria assumir para maximizar o Bem-Estar Social. Essa análise, portanto, proveria explicação técnica para instrumentalizar uma regulação voltada para o interesse público. Assim, essa abordagem vincula-se a uma linha de pensamento influenciada pela teoria do interesse público, segundo a qual, a regulação é instituída com o propósito de defender o interesse público contra perdas de Bem-Estar associadas às falhas de mercado.

Essa teoria pressupõe que os legisladores e reguladores são entes maximizadores do Bem-Estar Social, buscando corrigir as falhas de mercado⁹⁹. Referem à regulação econômica como aquelas intervenções cujo propósito é melhorar o funcionamento do mercado quando existam falhas de mercado¹⁰⁰.

A lógica econômica tradicional para a regulação de falhas de mercado diz respeito aos problemas e à maximização da eficiência em mercados

⁹⁷ FEITOSA, op. cit. n. 10, p. 201.

⁹⁸ MUELLER, op. cit. n. 51, p. 7.

⁹⁹ MUELLER, op. cit. n. 51, p. 11.

¹⁰⁰ Um dos trabalhos mais influentes para a justificativa da intervenção governamental foi Welfare Economic and the Theory of the State, de William Baumol em 1952 – um estudo que identificou falhas de mercado que deveriam ser corrigidas.

caracterizados por monopólios ou oligopólios¹⁰¹. Monopólios são comumente associados com ineficiências estáticas e dinâmicas. Do ponto de vista estático, os monopólios criam ineficiências, cobrando preços muito acima dos seus custos marginais que se traduzem em lucros extraordinários. Em termos dinâmicos, os monopolistas não têm incentivos para investir em inovação tecnológica e melhoria de seus produtos ou serviços o que restringe os ganhos de produtividade da economia.

Como os monopólios, as externalidades ganharam relevância na regulação econômica. Para Andrade¹⁰², a externalidade surge quando as empresas ou indivíduos realizam ações que levam em consideração somente os benefícios e os custos privados, e não os custos e benefícios sociais. O benefício privado corresponde somente ao benefício do indivíduo que consome o bem ou serviço. O benefício social leva em consideração o impacto desse consumo para todos os indivíduos da sociedade.

Quando o benefício social é maior do que o benefício privado, a externalidade é definida como positiva. Um exemplo é de um indivíduo que cuida do jardim da sua casa, beneficiando não somente ele mesmo, mas outros moradores da vizinhança. A externalidade negativa, contrariamente, é caracterizada quando os custos dos produtores ou vendedores, chamados de custos privados, não são totalmente internalizados. Esses custos, então, são distribuídos e absorvidos pela sociedade. A degradação ambiental é um tipo de externalidade negativa na medida em que o subproduto gerado pela atividade econômica, ao ser consumido pela sociedade, provoca a deterioração dos fatores de produção dos demais agentes econômicos e há perda de Bem-Estar dos indivíduos.

No entanto, com a expansão da atuação do Estado na economia, surgiram outras justificativas para a regulação econômica. Além das tradicionais falhas relacionadas aos monopólios e às externalidades, questões como assimetrias de informação e insuficiente provisão de bens públicos foram

¹⁰¹ PINDYCK; RUBINFELD, op. cit. n. 96, p. 404-405. O monopólio é caracterizado quando há um único produtor de um determinado produto. O oligopólio existe quando apenas algumas empresas são responsáveis pela maior parte significativa ou por toda a produção de um determinado produto. As barreiras à entrada como, por exemplo, economias de escala, acesso a patentes e tecnologia, obtenção de reputação, são as principais razões para a manutenção do monopólio ou do oligopólio.

¹⁰² ANDRADE, Eduardo de Carvalho. Externalidades. In: ARVATE, Paulo Roberto; BIDERMAN, Ciro (Org). Economia do setor público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 23.

acrescentados como justificativas para a atuação regulatória do Estado. No primeiro caso (à assimetria de informação) é importante apontar que os modelos de competição de mercado se apoiam no pressuposto da informação perfeita em que os consumidores, ao tomarem sua decisão, conhecem o que precisam saber sobre a qualidade de um produto, preço da concorrência etc. Evidentemente, esse pressuposto não é realista porque “obter informações tem custos, os produtos podem ser complexos ou seus efeitos somente serem sentidos em longo prazo ou, ainda, há efeitos colaterais desconhecidos”¹⁰³.

A assimetria de informação também permite o surgimento do risco moral e da seleção adversa. O risco moral ocorre quando as ações das partes do contrato não são diretamente observáveis, e não podem ser objeto de negociação e não podem ser incorporadas ao contrato. A seleção adversa se refere à situação na qual um lado do mercado não pode observar a qualidade ou tipo dos bens no outro lado do mercado. Ambos são problemas de ação oculta¹⁰⁴. Um exemplo de um mercado com tais características é o mercado de seguros de saúde, no qual o segurador não sabe qual a conduta do segurado ou suas condições de saúde.

No segundo caso, a insuficiente provisão de bens públicos também se traduz em importante falha de mercado que recorrentemente é utilizada como justificativa para a intervenção do Estado na economia. Na formulação de Samuelson¹⁰⁵, os bens públicos possuem a característica da não-rivalidade que faz com que o consumo de um bem público por um indivíduo não reduza o consumo por outra pessoa, isto é, o custo de fornecer o bem público para um consumidor adicional é zero, pois todos podem se beneficiar do mesmo bem sem reduzir o seu valor para os outros.

Outra característica dos bens públicos é a não exclusividade, que significa que esse bem não pode ser mantido fora do alcance de qualquer membro de um grupo uma vez que tenha sido fornecido para o grupo, isto é, se o bem está disponível para uma pessoa, estará automaticamente disponível

¹⁰³ DIERKENS, Natalie. Information Asymmetry and Equity Issues. *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, Nova Iorque, n. 6, p. 27-38, Jun. 1991, p. 32.

¹⁰⁴ VARIAN, Hal Ronald. *Microeconomia: princípios básicos*. Rio de Janeiro: Campus, 1994, p. 655.

¹⁰⁵ SAMUELSON, op. cit. n. 88, p. 162.

para os demais. Os exemplos mais comuns de bens públicos para a regulação econômica são a defesa nacional, a iluminação pública e a proteção policial.

Outro poderoso argumento para a intervenção do Estado na economia é a distribuição de renda desigual. Os mercados recompensam as pessoas de acordo com sua contribuição à produção de bens e serviços que os consumidores gostariam de adquirir. Há dois argumentos contra a recompensa meramente baseada no mercado: falhas de mercado e injustiça. As falhas de mercado envolvem, por exemplo, a competição imperfeita e a assimetria de informação. A injustiça está ligada ao sentimento de que as capacidades das pessoas não foram conquistadas. Dessa forma, a sociedade deveria restringir os padrões de vida muito mais altos de pessoas com maior capacidade inata¹⁰⁶.

A intervenção do Estado na economia também é lembrada como instrumento para assegurar a estabilidade da economia como um todo. A economia passa por flutuações conhecidas como ciclos econômicos. Os governos não intervinham na economia para combater ciclos econômicos até que Keynes publicou o livro *Teoria Geral do Emprego, Interesse e Dinheiro*. Esta obra publicada após o impacto da Crise de 29, sendo que seu argumento central era de que os mercados tinham falhas que só poderiam ser corrigidas pela atuação governamental. A proposta era a de que o governo deveria produzir políticas anticíclicas, por meio de instrumentos fiscais, para manutenção do pleno emprego. Assim, quando a economia começava a declinar, o governo deveria reduzir impostos e aumentar seus gastos. Quando a economia começasse a apresentar crescimento, o governo deveria agir de forma contrária, aumentando impostos e reduzindo os gastos.

As regulações para minimizar as desigualdades de distribuição de renda e para assegurar a estabilidade da economia não são usualmente classificadas como atividades de regulação econômica. Isso porque, a primeira faz parte de uma atividade mais ampla de atuação governamental, vinculada a políticas sociais, ainda que algumas práticas regulatórias incluam subsídios com a justificativa de atenuar desigualdades sociais.

¹⁰⁶ MITCHELL; SIMMONS, op. cit. n. 64, p. 58.

É válido destacar que a perspectiva normativa incorporou um elemento importante na sua análise. A questão da assimetria de informação entre o regulador e o regulado. A assimetria de informação – que é uma falha de mercado – surge do fato que o regulador não tem todas as informações a respeito dos custos do regulado ou nível de esforço empreendido por ele.

Dessa forma, a regulação deveria buscar a devida eficiência regulatória (o *first best*), maximizando o equilíbrio entre consumidores e produtores, mas somente conseguiria atingir uma solução secundária (*second best*), tendo em vista as restrições decorrentes da assimetria de informação entre regulador e regulado¹⁰⁷.

Portanto, na linha da análise normativa, a regulação econômica vem para assegurar que o resultado da interação entre produtores e consumidores de determinado bem ou serviço seja eficiente na presença das falhas de mercado, tendo como resultado níveis de quantidade, qualidade e preço adequado.

3.3 Teoria da Utilidade Marginal como Justificativa da Intervenção do Estado

Desde o início da análise econômica de mercado sempre existiram questionamentos em relação aos efeitos do fluxo dos interesses próprios na sociedade. Essa perspectiva toma como partida uma visão macroeconômica com toda sua complexidade. Os primeiros economistas a se preocuparem com tal situação buscavam uma forma de coordenar e restringir esses efeitos, a solução mais viável foi a regulação econômica.

As ideias liberais do século XIX buscaram uma abordagem diferenciada e concluíram que liberdade no sistema ocasionaria uma harmonização natural do mercado, e que os comportamentos de interesses individuais seriam aglutinados pela autorregulação do mercado. Isso permitiria, em tese, o funcionamento do mercado com um mínimo de controle intervencionista do mercado.

A crise de 1929 veio para desdizer boa parte dos fundamentos de autorregulação do mercado. Percebeu-se que o mercado não conseguiria, de

¹⁰⁷ MUELLER, op. cit. n. 51, p. 16.

forma satisfatória, conter as falhas de mercado, assim como o governo seria uma ferramenta extremamente útil e necessária para preveni-las. A partir de análises preliminares, tornou-se possível a demonstração de potenciais falhas do sistema liberal. Abriu-se um leque de possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento de políticas governamentais intervencionistas.

Desses aspectos introdutórios, como destaca Backhouse¹⁰⁸, denotam-se os dois pontos de vista que proporcionaram a mudança de perspectiva no desempenho do mercado nos termos da revolução marginal. A primeira se deu em demonstrar um grande avanço na teoria das falhas de mercado, conseqüentemente de toda teoria liberal; a segunda, com uma visão ampla de possibilidades de atuação do Estado através de políticas corretivas, ou seja, o governo como forma de amenizar os efeitos das falhas de mercado.

O posicionamento dessa teoria é que é absolutamente necessário haver regras a serem seguidas na atuação interventiva do Estado. Tendo como objetivo impor limites na intervenção de modo a promover o bem comum, ou seja, com um posicionamento coletivo e independência suficiente para alcançar resultados.

Esse pensamento insere as primeiras ideias quanto a necessidade de agências reguladoras se regerem independente de qualquer poder político. Nos dizeres de Mill¹⁰⁹, a explicação dos limites dos poderes de atuação do Estado é um fenômeno social numa comunidade. Assim, ele estabelece que a liberdade de ação do Estado contra a vontade individual (o propósito para o qual o poder pode ser legitimamente exercido sobre qualquer membro da comunidade) se dá quando for para prevenir dano aos demais (à coletividade). Portanto, Mill defende que a liberdade individual seja plena quando não haja externalidades.

Por outro lado, caso haja externalidades (quase sempre existem), a situação é invertida, e onde houver a possibilidade de dano seja na esfera individual ou de ordem pública, a Sociedade deixa de ser regida pela liberdade para tomar lugar os ideais de legalidade e moralidade. Em razão dessa análise no âmbito sociológico, conforme o mesmo autor, ficam evidentes duas formas de atuação do governo: uma autoritária, no qual certas condutas são

¹⁰⁸ BACKHOUSE, op. cit. n. 87, p. 184.

¹⁰⁹ MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. São Paulo. Martins Fontes, 2000, p. 79-80.

determinadas e das quais não se pode fugir; e uma não autoritária, na qual o governo proporciona todas as informações e auxílios para que sejam tomadas decisões a partir dessa opinião. A diferença é que em uma situação é imposta e na outra estão disponíveis para a escolha e utilização.

Qual a principal lição apreendida da revolução marginal? Essa doutrina econômica veio para quebrar as ideias liberais e até neoliberais, e determinar a necessidade de uma intervenção estatal, assim como seus fatores positivos.

3.4 Falhas de Mercado

Weber¹¹⁰ faz uma análise econômica da sociedade considerando o governo como meio para alcançar o interesse público, assim como uma organização cuja função precípua é corrigir “falhas de mercado”. Em outras palavras, quando o livre funcionamento da economia de mercado não é capaz de resolver algum problema, o governo intervém na tentativa de saná-lo. Como o setor privado não é motivado em desenvolver mecanismos de infraestrutura pela baixa lucratividade, o governo os faz. Isso permite que os usuários se beneficiem, por exemplo, de uma estrada. Nessa perspectiva, o governo é um ente que complementa a iniciativa privada, e vice-versa.

No intuito de identificar as circunstâncias em que o governo pode suprir as carências do setor privado é preciso, inicialmente, identificar quais as principais características que distinguem o setor privado do setor público. Dentre as quais, Kettl¹¹¹ destaca: i) a legitimidade proveniente do processo eleitoral dos dirigentes das organizações governamentais seja direta, ou indiretamente; e ii) o poder de coerção, típico do ente estatal.

Nesse sentido, o governo possui motivações distintas das organizações privadas procurando atender a sociedade enquanto as empresas a necessidade de produzir lucro. Além disso, o governo tem instrumentos diferentes. Para Iorio¹¹², a coercitividade permite atos dos quais o setor privado

¹¹⁰ WEBER, op. cit. n. 84, p. 164.

¹¹¹ KETTL, Donald F. The Global Revolution in Public Management: Driving Themes, Missing Links. *Journal of Policy Analysis and Management*. Wiley Interscience, v. 16, out. 1997, p. 456.

¹¹² IORIO, Ubiratan J. Falhas de Mercado versus Falhas de Governo. *Direito Administrativo em Debate*, Rio de Janeiro, ago. 2008. Disponível em:

não dispõe. A devida compreensão de quais os pontos fortes e fracos do governo e do setor privado é o que permite identificar a devida delimitação das funções de cada um numa economia capitalista em regime democrático. Necessita-se de um governo que estabeleça em lei as regras de convivência e que garanta o cumprimento dessa lei por meio do Poder Judiciário e do aparato de repressão policial e de punição aos infratores.

Uma série de práticas empresariais abusivas ocorre quando não há livre concorrência entre empresas na venda e produção de algum serviço ou produto¹¹³, o que acarreta a formação dos chamados monopólios e oligopólios como uma consequência inerente ao desenvolvimento econômico, e dessa forma, proporcionando prejuízo aos consumidores. Nessa perspectiva, as empresas detentoras do poder de mercado (expressão que remete ao grau de influência dos agentes de mercado na sociedade) passam a produzir em menor quantidade e estabelecendo uma elevação forçada dos preços aos consumidores. Diferentemente seria se estivessem em um sistema concorrencial¹¹⁴.

Na consecução dos interesses públicos, os governos devem estabelecer mecanismos de controle do poder de mercado dos oligopólios e monopólios. Esse tipo de controle, no Brasil, é exercido pelo CADE, e no art. 20, Caput e §3º, define-se poder dominante de mercado como a situação na qual determinada empresa ou grupo empresarial detêm parcela significativa do mercado de determinado produto, e conseqüentemente, poder de influenciar no preço ou na produção.

Para Possas¹¹⁵, políticas com mecanismos de controle do poder de mercado podem ser implementadas de várias formas: i) agências reguladoras (serviços essenciais estratégicos e lucrativos); ii) agências de defesa concorrencial; iii) estatização da produção (serviços essenciais de base com baixa atratividade lucrativa); ou iv) desenvolvimento de legislação que promova a concorrência, como exemplo, permitir ao usuário de telefone celular mudar de

<<http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com>> Acesso em 10 jan. 2009.

¹¹³ O fenômeno da cartelização e controle artificial do preço de produtos e serviços são duas práticas empresariais abusivas bastante comuns nesse cenário.

¹¹⁴ POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. ago. 2009. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/gr/pdfs/os_conceitos_de_mercado_relevante_e_de_poder_de_mercado.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2009, p. 8.

¹¹⁵ POSSAS, op. cit. p. 10-11.

companhia sem a necessidade de alterar o seu número.

Os governos devem escolher entre prestar serviços públicos (como os de água e esgoto) por meio de companhias estatais, ou por meio de concessões a empresas privadas. Assim, elaboram contratos em busca do maior benefício ao consumidor.

Entre as diversas falhas de mercado, pode-se destacar a ocorrência de externalidades negativas. Estas ocorrem quando as atitudes de um indivíduo ou grupo acarretam consequências negativas para terceiros. Quando tais ações geram consequências positivas, tem-se uma externalidade positiva.

A maior razão para que a existência de externalidade venha a proporcionar a necessidade de intervenção do governo reside no fato de que seus causadores (empresas, população, etc.) não se preocupam com as consequências geradas pela externalidade negativa, ou até, com o benefício gerado pela externalidade positiva. São movidos pela perspectiva egoística dos próprios interesses sob a ótica do capitalismo. Então, apenas lhes interessa os custos e benefícios próprios.

Seguindo esse pensamento, existe uma tendência ao desenvolvimento de ações geradoras de externalidade negativa para além do moralmente permitido (trata-se de um conceito indeterminado, mas é objetivamente mensurado pela linha tênue entre aquilo que é susceptível de punição pelos entes de fiscalização), e de externalidades positivas aquém do “ótimo social”¹¹⁶. Expressão, também, conhecida como “Ótimo de Pareto”, e é caracterizado pelo ponto em que o Bem-Estar é maximizado sendo que ninguém poderá melhorar a sua situação sem que alguém seja prejudicado. O conceito de maximização de utilidade é empregado comumente na literatura econômica.

Outra importante falha de mercado a ser corrigida pela ação do governo é a desigualdade de renda e a pobreza. O mercado privado é um excelente sistema para se produzir bens e serviços de qualidade e ao menor custo possível¹¹⁷, mas esse sistema é incapaz de lidar com os problemas gerados por essa desigualdade. Cabe ao governo realizar políticas que proporcionem à população menos privilegiada condições de sair da pobreza. Assim, serviços

¹¹⁶ DUXBURY, Neil. Signalling and Social Norms. Journal of Legal Studies. Oxford, 2001, p. 390.

¹¹⁷ CAVALCANTI, José Carlos. O risco da privatização das telecomunicações no Brasil. Revista de economia política, v. 14, n. 2, abr./jun. 1994. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/pdf/54-8.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

públicos de educação, saúde e assistência social têm por finalidade lidar com essa falha de mercado.

Outras tantas falhas de mercado, que justificam a intervenção do Estado, poderiam ser aqui analisadas, mas prefere-se destacar a assimetria de informação, que será analisada em tópico posterior. As situações aqui descritas são suficientes para estabelecer a principal ideia dessa seção: todo gestor público, antes de dar início a um novo programa ou atividade, deve se perguntar qual é a falha de mercado que determinada política se propõe a sanar.

Deve-se ressaltar que em várias ocasiões o impulso inicial de uma política pública decorre, preponderantemente, do *lobby* de determinado grupo da sociedade. Este grupo vem a se beneficiar daquela movimentação política, e muitas vezes, essa atitude não está voltada para o saneamento de uma falha de mercado. Por exemplo, constroi-se uma ponte desnecessária porque a empreiteira possui influência política junto ao Governo para construir a ponte, situação na qual o interesse público resta comprometido.

3.4.1 Assimetria de informação

Entre todos os problemas enfrentados na regulação, seja na setorial ou ainda na multissetorial, a assimetria de informações entre a agência reguladora e a empresa regulada é dos mais preocupantes. Regulação setorial ou multissetorial remetem ao arranjo estrutural das agências reguladoras, seja quando existe uma agência reguladora por setor da economia (unissetorial), seja quando se cria uma agência reguladora para atuar em diversos setores da economia (multissetorial). A temática do arranjo e forma de atuação das agências reguladoras é um dos assuntos centrais do presente trabalho e receberá o devido tratamento no quarto capítulo.

Para que a regulação estatal atue de forma a alcançar a transparência da empresa e a prestação do serviço de forma eficiente são necessárias informações minuciosas sobre as atividades econômico-financeiras das empresas. Inquestionavelmente, a forma de obtenção de tais informações com o melhor custo benefício é angariando-as das próprias empresas reguladas, por serem detentoras das informações com as quais se pode avaliar sua saúde

financeira.

Por outro lado, essa maneira de conseguir informações pode acarretar outras consequências, como a chamada “captura do regulador”¹¹⁸. Essa falha de mercado se apresenta quando determinada empresa alimenta as agências reguladoras com informações imperfeitas de modo a criar uma realidade artificial para que a agência reguladora desconheça a verdadeira situação econômico-financeira da empresa.

A pior das consequências da captura do órgão regulador é que pode acarretar a perda de credibilidade da agência, e indiretamente gera o aumento dos custos e diminuição da eficácia da regulação.

A busca de informação é um procedimento oneroso para o órgão regulador, e na maioria dos casos, não é do interesse dos regulados ceder tais informações. Afinal, qual empresa gostaria de compartilhar informações muitas vezes sigilosas e que denotem possíveis fraquezas de determinada instituição? Ademais, as formas como os órgãos reguladores lidam com essa informação pode acarretar sérios problemas para a empresa.

Para a análise do conceito de assimetria de informação e captura, parte-se da aceção de que a justificativa tradicional para a atuação regulatória é a necessidade de corrigirem falhas de mercado (assimetria de informação, externalidades negativas, etc.). Possivelmente, o maior dos dilemas na temática de regulação nos dias de hoje seria a de como a regulação demonstra ser bem sucedida em seus objetivos (prevenir falhas de mercado). É evidente que a regulação implica em custos (custos de regulação¹¹⁹) diretos e indiretos. Custos diretos de regulação remetem a quantia pecuniária despendida para o exercício da regulação, na manutenção da agência reguladora, pagamento de funcionários, etc. Já os custos indiretos remetem, na maioria das vezes, a eventual abdicação de receita decorrente do abrandamento de punições aos

¹¹⁸ BREGMAN, Daniel. Algumas questões sobre a captura regulatória. Seminário internacional de regulação econômica: Reestruturação e regulação do setor de energia elétrica e gás natural. Rio de Janeiro, ago. 2008. Disponível em: <www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/seminariointernacional/2006/artigos/pdf/Daniel_Bregman.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2009. A falha de mercado “captura do ente regulador” se apresenta quando a agência reguladora é totalmente inócua na atuação regulatória ou fiscalizatória, compromete a própria existência da agência reguladora. Manifesta-se com mais frequência quando se utiliza do “outsourcing government regulation”, tratado com maiores detalhes em momento posterior.

¹¹⁹ FIANE, Ronaldo. Uma abordagem abrangente da regulação de monopólios: exercício preliminar aplicado a telecomunicações. Revista de Planejamento e Políticas Públicas, n. 19, jun. 1999, p. 29.

entes regulados em troca de informações.

Entretanto, estabelecer esse paralelo é de tamanha complexidade na prática, por que a estimação de boa parte destes custos, ainda mais os indiretos, é muito difícil. E muitos deles são imprecisos, acarretando uma avaliação prévia falha, e com isso, aspectos políticos determinam as formas de implementação da política regulatória.

O ente regulado tem pleno conhecimento das atividades que exerce, etapas produtivas e análise financeira. Por outro lado, o regulador não tem plena compreensão de tais informações. Na prática, boa parte das decisões do regulador depende do dossiê fornecido pelas empresas reguladas. Assim, a agência reguladora fica à mercê da empresa para a produção dessas informações, não dispondo de instrumentos para aferir quão transparentes os entes regulados estão procedendo. Esse fenômeno é conhecido no direito regulatório como *Outsourcing Government Regulation*, traduzindo ao vernáculo pátrio, seria como prover a regulação estatal com informações externas (informações fornecidas pelos entes regulados ou por terceiros).

Dessa forma, a criação de um modelo de regulação equilibrado para sanar a assimetria de informação é imprescindível para estabelecer formas com que a empresa venha a ser transparente. Portanto, enviando informações confiáveis com as quais o regulador possa exercer com eficiência seu papel, produzindo efeitos positivos para a sociedade, consumidores e também para seus investidores.

Em razão dessa imperfeição de mercado¹²⁰ o ente regulador é obrigado a recorrer a outra forma para obter as informações. Entretanto, essas medidas têm certo custo, tendo em vista que os órgãos reguladores necessitam de robusto aparelhamento de modo a reduzir as assimetrias de informações quanto aos aspectos econômicos, técnicos e financeiros das empresas, ainda mais em relação ao atual sistema de regulação setorial. É necessário ressaltar que os problemas concernentes à assimetria de informações dificilmente serão eliminados¹²¹.

Portanto, é importante que o regulador elabore as bases de sua atuação,

¹²⁰ Expressão utilizada como sinônimo para “falha de mercado”.

¹²¹ O autor do presente trabalho assume uma perspectiva pessimista sobre as falhas de mercado, na medida em que estas tendem a ser perenes, ainda que mitigadas em certos momentos. Tal perspectiva é compartilhada pela doutrina jus-econômico por Calixto Salomão.

para causar certo impacto aos agentes envolvidos¹²². Isto será alcançado se houver a convergência de medidas pelo regulador, demonstrando que sua função é exercida de forma séria e eficaz.

Considerando as formas de organização interna para a atividade da regulação, são várias as formas assumidas pelas entidades que a exercem. Para Hicks¹²³, exemplos tradicionais desses arranjos são as Comissões de Utilidade Pública (PUC's), os Departamentos ministeriais, etc. Nessas diversas formas de organização podemos apurar um fator inerente às diversas formas, que é a presença de três pólos (na maioria dos casos) na relação regulatória, quais sejam, empresas reguladas, o Estado e a agência reguladora, situação excepcionada apenas quando o setor é exercido por um monopólio de empresa pública¹²⁴.

A regulação entre órgão regulador e empresas reguladas se evidencia, na maioria dos casos, num contrato de concessão. E com base nos dois agentes principais, percebe-se a necessidade de harmonizar interesses conflitantes pelo regulador, dado que ele deve atender aos interesses da sociedade, assim como assegurar direitos inerentes aos contratos de concessão das empresas reguladas. Derivam-se alguns problemas dessa última situação, como na possibilidade de existirem desvios tanto em favor de grupos de pressão, assim como em favor das empresas reguladas.

Num aspecto que vai além da questão do conhecimento técnico, a assimetria afeta de forma considerável essa relação regulado-regulador, pois não há como o regulador conhecer as minúcias da atividade de uma empresa. Essa situação torna a atividade regulatória quase insustentável¹²⁵. Resta um questionamento feito inicialmente por Coase¹²⁶, como o ente regulador fará

¹²² O ente regulador é visto, em certas circunstâncias, como uma instituição cuja função é legitimar as atitudes dos entes privados (percebe-se esse fenômeno quando a agência reguladora não exerce corretamente seu papel), em detrimento da sua função precípua de promoção da estabilidade e desenvolvimento econômico.

¹²³ HICKS, John. A crise na economia keynesiana. São Paulo: Vertice, 1974, p. 96.

¹²⁴ Quando na situação envolve empresa pública ocorre um comprometimento da função regulatória, pois para o Estado cria-se um conflito de interesses. Num primeiro momento, o interesse da sociedade e a necessidade de desenvolvimento e manutenção do equilíbrio econômico, em conflito com o interesse de busca da lucratividade e sucesso do empreendimento público. Percebe-se claramente, nessa situação, o Estado atuando em sua perspectiva pública e ao mesmo tempo privatística.

¹²⁵ O pensamento neoliberal se aproveita desse fenômeno para empreender severas críticas ao modelo intervencionista regulatório.

¹²⁶ COASE, op. cit. n. 66, p. 389.

com que a empresa cumpra seus objetivos sociais sem o devido controle e conhecimentos plenos das atividades exercidas por este? Essa situação limita a efetividade das ações do regulador acarretando efeitos distintos daqueles esperados.

Essa situação se mostra mais relevante quando um número significativo de empresas buscam novas formas de valorização do capital através da internacionalização e diversificação de suas atividades. Essa manobra de diversificação dificulta a identificação e análise das informações técnicas, econômicas e financeiras relacionadas aos contratos celebrados na atuação de determinada atividade ou serviço público. Tal procedimento (internacionalização e diversificação de atividades) tem se tornado cada vez mais frequente, o que é uma tendência natural de empreendimentos bem sucedidos em expansão. O pior cenário para a regulação é quando aliam-se processos de internacionalização com empresas multiutilitárias, definido também como “multi-monopólio”¹²⁷.

Nesses casos, a melhor solução é estabelecer a separação contábil das empresas, no intuito de tentar identificar subsídios cruzados¹²⁸ que viessem a trazer elementos de uma competição desleal, e conseqüentemente, abusos de preços em mercados pouco flexíveis nesse aspecto.

Neste sentido, devemos aprofundar a discussão das consequências da informação assimétrica, destacando os aspectos determinantes levantados na doutrina sobre o tema e concernente à regulação econômica.

3.4.1.1 Interferência da informação assimétrica na regulação econômica

É evidente que a informação é uma variável fundamental dentro das

¹²⁷ ABICALIL, Marcos Thadeu. A natureza econômica dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Texto fornecido pela ESAF, oriundo do Curso de Gestão Urbana e Municipal, promovido pela ESAF, WBI, IPEA e CEF. ago. 1999. Disponível em: <<http://www.eg.fjp.mg.gov.br/vgestaourbana/cursos/papers2000compacto/01texto2000c.html>> Acesso em 19 dez. 2008, p. 5.

¹²⁸ Uma política de subsídios é utilizada quando setores específicos da economia apresentam dificuldades, e assim o Governo pode realizar medidas como redução de impostos para reduzir os custos de produção, ou ainda, elevar a cobrança sobre produtos importados. Acontece que o Governo pode vir a promover esses subsídios em mais de um setor ou em mais de uma fase produtiva, assim, empresas que atuam em mais de um setor ou em mais de uma fase produtiva, e em razão dessa gestão estratégica acabam por se beneficiar dos subsídios mais de uma vez, o que configura os subsídios cruzados.

relações econômicas, ainda mais, num ambiente concorrencial. Nas decisões estratégicas das empresas a informação sempre foi uma variável prioritária, pois o conhecimento sobre a própria empresa e sobre suas competidoras define as estratégias a serem tomadas. Para as agências reguladoras, a informação proveniente das empresas reguladas é ainda mais importante, na medida em que pode elucidar uma forma de atuação regulatória mais eficiente. Mas qual é o custo de obtenção das informações relevantes?

É conveniente às empresas colocar em sigilo as informações a seu respeito, para que suas concorrentes não venham a se beneficiar dessas informações (na hipótese de vazamento de informação pelo agente regulador). Nessa perspectiva, cada empresa tentaria resguardar as informações que dizem respeito a sua estrutura de custos, pesquisa e desenvolvimento, capacidade financeira e outros aspectos que possam influenciar nas estratégias de suas concorrentes.

A disposição das informações se relaciona diretamente à formação de estratégias de cada empresa. Em diversos modelos tradicionais na economia havia a ideia de que as empresas¹²⁹ tinham conhecimento quase pleno a respeito de seus concorrentes. Essa hipótese se revelou muito aquém do que acontecia na realidade em ambientes competitivos.

Assim, a inserção da assimetria de informações num ambiente em que os agentes se comportam de forma estratégica faz com que variáveis diversas entrem em jogo. Não apenas o que os agentes sabem, mas o que eles imaginam que os seus concorrentes sabem.

No âmbito da regulação, o controle da informação¹³⁰ é determinante, pois é através dela que as agências reguladoras poderão tomar ações que visem, em tese, estimular a empresa regulada a operar de forma eficaz e promovendo o equilíbrio da economia.

A necessidade do conhecimento da estrutura de custo das empresas é mais importante a cada dia, acarretando ao processo regulatório um custo elevado, e muitas vezes impreciso. É comum nos contratos de concessão que

¹²⁹ COASE, op. cit. n. 66, p. 391.

¹³⁰ SERRANO, Estrela. O espaço público e o papel do Estado na sociedade global da informação. Escola Superior de Comunicação Social. Lisboa: editora do Instituto Politécnico de Lisboa, 2006. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/serrano-estrela-espaco-publico-estad.pdf>>. Acesso em: 14 de jan. 2009.

as empresas reguladas devam disponibilizar todas as informações que o regulador necessite e requisite, sempre que este deseje. Entretanto, a presença dessa cláusula dificilmente eliminaria a assimetria de informações entre regulador e a empresa regulada, pois ainda que o regulador tenha acesso a todas as informações contábeis (quando até estas podem ser maquiadas)¹³¹, estas não refletem de forma precisa as possíveis decisões de atuação das empresas.

O estudo e a inserção da informação assimétrica na teoria econômica trouxeram novas perspectivas de como as chamadas falhas de mercado podem ser enfrentadas através de mecanismos de controle externos ao mercado, buscando o aumento de Bem-Estar da coletividade. As maiores problemáticas das informações assimétricas, exaustivamente trabalhadas, pela doutrina são: a seleção adversa; e o risco moral.

3.4.1.2 A seleção adversa

Problema derivado do custo de acesso à informação. A seleção adversa se manifesta quando a seleção do produto a ser demandado se dá de forma ineficiente, e assim, adversa. Ocorre em razão da assimetria de informação entre aqueles que ofertam e os que demandam determinado produto¹³².

Um exemplo evidente desta falha de mercado se apresenta na medida que uma agência de seguros não poderia se basear na taxa média de incidência de acidentes para estabelecer uma tabela de preços. Dessa forma, a seguradora acabaria realizando uma *seleção adversa* de consumidores e, dentro de algum tempo, poderia vir até a se prejudicar. Com isso, inúmeros potenciais consumidores deixariam de participar do mercado, pois teriam que desembolsar um preço muito alto em relação ao risco de necessitarem da utilização do seguro. No intuito de evitar essas consequências, a seguradora estabelece o preço considerando o custo de ocorrência do acidente entre os

¹³¹ O exemplo mais recorrente na hipótese de adulteração de balancetes contábeis com comprometimento direto sobre a regulação é o caso da ENRON. Até pouco tempo antes da deflagração do escândalo, essa empresa era tida como uma das mais sólidas nos EUA.

¹³² ALVES, Sandro Leal. Entre a proteção e a eficiência: evidências de seleção adversa no mercado brasileiro de saúde suplementar após a regulação. II Prêmio SEAE – 2007. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE/arquivos/monografias_2007/tema_2/profissionais/1_lugar_tema_2.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2009.

consumidores mais propensos.

Sob a ótica contratualista, a origem da *seleção adversa* advém de comportamentos oportunistas decorrente de assimetria de informações numa fase pré-contratual. Portanto, uma parte depende de informações precisas e íntegras relativas à natureza da outra, o que não ocorre tanto quanto deveria. Dessa forma, certas informações são omitidas no momento da definição do contrato.

Portanto, a *seleção adversa* advém da assimetria de informações entre os agentes econômicos. E para evitá-la é necessária a utilização de mecanismos que visem à redução dessas assimetrias. Segundo Williamson¹³³, dois seriam os mecanismos básicos de diminuição de assimetrias para amenizar o oportunismo pré-contratual: i) varredura (*screening*): apresenta-se quando a informação assimétrica é descoberta pela iniciativa da outra parte. Assim, diz respeito ao acesso de informações pela compra delas de um terceiro que por alguma razão teve acesso. Funciona da seguinte forma: aqueles que almejam informações proporcionam incentivos de maneira a atrair somente os que possuam a informação desejada; e ii) sinalização (*signaling*): trata-se da emissão de sinais e fornecimento de informações por parte de determinado agente que a detém, nesse caso é necessário certo grau de confiabilidade no agente que a forneceu.

Deve-se ter em mente que quaisquer tentativas de mitigar a assimetria informacional, inclusive a *seleção adversa*, os custos serão elevados. Ainda que a atuação vise à melhoria da qualidade e do fluxo de informações.

Assim, o órgão regulador deve elaborar soluções criativas, muitas vezes inusitadas, para alcançar no menor custo possível informações íntegras com as quais poderá estabelecer suas políticas de controle.

3.4.1.3 O risco moral (moral hazard)

Se de um lado o problema da *seleção adversa* reside em assumir riscos diferenciados entre os agentes econômicos, por outro lado, o caso do risco moral está baseado nas ações dos agentes. Estas acabam por influenciar esse

¹³³ WILLIAMSON, Oliver Eaton. The Economic Institutions of Capitalism. New York: Free Press, 1985, p. 113.

risco. Assim, o que está em questão neste aspecto é a *moral* dos consumidores, que ao assumirem certos comportamentos vêm a aumentar ou diminuir a probabilidade na ocorrência do evento em questão.

Dessa forma, a assimetria informacional se apresenta na medida em que o usuário, para proveito próprio, não compartilha as informações íntegras e plenas com os demais agentes. Risco moral, portanto, seria o não compartilhamento voluntário de informações imprescindíveis para a relação entre agentes econômicos¹³⁴.

Toma-se como exemplo a indústria automobilística na venda de carros. Diversos consumidores que comprarem um carro terão comportamentos distintos quanto ao cuidado com o bem adquirido, essa situação modificará a probabilidade de ocorrência de falhas ou problemas nos veículos deles.

Com isso, ao estabelecer a garantia do veículo por determinado tempo, será considerada a forma de cuidado com o qual cada consumidor teve com o produto. Para elucidar a questão, toma-se como exemplo um frequente problema em carros que é o desgaste da engrenagem da caixa de marchas, ou seja, determinado consumidor exercendo o direito de garantia do veículo que com pouco tempo de uso apresentava problemas ao trocar de marchas, ao se averiguar que o problema se deu pelo uso indevido do produto pelo consumidor (mesmo alegando ter utilizado o produto de forma devida - configuração do risco moral) não poderá exercer seu direito à garantia.

As seguradoras procuram discriminar seus usuários segundo suas ações e a influência que estas têm sobre a possibilidade de danos, mas o conhecimento dessas ações é oneroso. Por esta razão, os consumidores vão ter que compartilhar com parte do risco não assumido pela indústria automobilística. A existência de um manual de uso e formas de conservação do produto é distribuído no sentido de estabelecer condições que se não forem cumpridas eximem ou mitigam a responsabilidade da empresa, forçando os consumidores a serem cautelosos no uso de seus bens.

Na esfera contratual, o risco moral resulta de comportamentos oportunistas posteriores à elaboração do contrato, decorrendo muitas vezes

¹³⁴ MAIA, Ana Carolina; ANDRADE, Mônica Viegas; OLIVEIRA, Ana M. H. Camilo. O risco moral no sistema de saúde suplementar brasileiro. Associação Nacional dos Centros de Pós-graduação em Economia – ANPEC. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2004/artigos/A04A099.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2009.

também de um comportamento imprevisto ao longo da execução do contrato. Assim, a informação assimétrica não se refere a características desconhecidas aos agentes, mas a um comportamento oportunista, do qual a outra parte não detinha meios para conhecê-lo no momento de sua elaboração.

4 Formas de atuação regulatória

Neste capítulo, serão apresentados os elementos essenciais e as principais dificuldades inerentes aos modelos de regulação, notadamente, com enfoque nos problemas de ação coletiva, os quais decorrem do receio dos agentes econômicos em atuarem de forma conjunta para obter melhores resultados regulatórios. Um aspecto recorrente para a devida compreensão desses problemas é a análise da independência das agências reguladoras, tanto da influência política como empresarial. A relutância na cooperação advém da suposição de que uma das partes terá maiores benefícios que a outra.

Essa interação é manifestada nos modelos de regulação na medida em que a relação entre os agentes econômicos na normatização ou execução regulatória classificam os modelos regulatórios. Daí parte a análise da regulação com subsídios exógenos, estes remetem a informações não produzidas pela própria agência reguladora, mas por outros agentes econômicos, seja terceiros na relação regulatória, como também os entes regulados.

Assim, os problemas de ação coletiva compõem os principais fenômenos desencadeadores de qualquer análise comparativa entre os modelos de regulação. Para tanto, serão apresentados o modelo tradicional de regulação, o de execução contratual, o de normatização contratual e a autorregulação, tomando como parâmetro o primeiro para realizar a comparação com os demais. Dessa forma, são discutidos elementos norteadores à regulação econômica e aspectos classificatórios pouco abordados.

4.1 Considerações propedêuticas sobre os modelos regulatórios

O mundo todo passa por mudanças significativas, principalmente sob o aspecto econômico, e, diversos são os seus reflexos e desdobramentos. Por um lado, as empresas seguem, de forma individual e quase sempre descoordenada, a busca por maximização dos lucros, em que a conquista de

novos mercados pode constituir a diferença entre estar vivo ou perecer.

A atuação do Estado em constante alteração, influenciada pelas necessidades advindas do capitalismo globalizado, é considerada cada vez mais incapaz de atender necessidades da população com a presteza e qualidade adequadas. Em decorrência desse fenômeno, um processo de desestatização foi desencadeado, fazendo com que o Estado deixasse de atuar em alguns setores, restando à iniciativa privada promover, subsidiariamente, a exploração de alguns serviços e atividades. Este afastamento do Estado pode se desenvolver de várias formas, a exemplo de concessão, permissão, privatização e terceirização. Nesta nova fase da atuação, o Estado adotou um sistema em que o governo exerce o papel de órgão fiscalizador, fomentador e incentivador, regulando a ordem econômica, de modo determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, no caso brasileiro, desde a previsão constitucional em seu título sétimo “Da ordem econômica e financeira”.

Em meio a dificuldades de atender as necessidades públicas e de exercer as atividades fiscalizatórias diante da iniciativa privada, a atuação do Estado pende, muitas vezes, a um forte intervencionismo, sob a justificativa de corrigir ineficiências do mercado.

Feitosa¹³⁵, acredita que as razões para a “crise que se abateu sobre as estruturas do Estado de Bem-Estar (...) com a retração do modelo assistencial de Estado” reside: “(i) nas mudanças ocorridas no sistema de produção (com a valorização dos setores técnico especializados); (ii) no desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação; (iii) na globalização da economia (potencializada pela evolução da informática); (iv) nas alterações ocorridas na sociedade civil; (v) na erosão do conceito clássico de soberania estatal; (vi) na diminuição de importância da política estatal *stricto sensu*”¹³⁶.

A reestruturação da economia, marcada por processos de privatização do setor público, aponta para a constituição das chamadas agências reguladoras numa sistemática ainda não inteiramente consolidada. Assim, o panorama regulatório no qual se inserem as agências reguladoras está em constante aperfeiçoamento. Fundamentalmente, buscando estabelecer novas

¹³⁵ FEITOSA, op. cit. n. 10, p. 207.

¹³⁶ FEITOSA, op. cit. n. 10, p. 207-208.

formas de convivência entre os setores público e privado, garantindo novos mercados para o capital privado e mantendo um controle razoável por parte do Estado.

Com o desenvolvimento desses mecanismos de interação entre o poder público e a iniciativa privada, com a retirada abrupta da atuação direta do Estado em setores estratégicos da economia, foram detectados problemas demonstrados, conforme entendimento de Peci¹³⁷, da seguinte forma: i) marcos regulatórios desequilibrados; ii) inexistência de instrumentos eficazes de controle; iii) correções meramente reativas, implementadas quando os problemas são detectados; e iv) esvaziamento das instâncias governamentais, inclusive Ministérios, que deveriam estabelecer e construir políticas de defesa da concorrência.

No processo de implantação das agências reguladoras, as atividades exercidas pelas diversas agências eram confundidas muitas vezes com as atividades de responsabilidade dos respectivos ministérios. Em outros momentos, as agências foram duramente criticadas por “excesso de autonomia” (falta de comprometimento com uma política governamental) e por se submeterem aos interesses da iniciativa privada. Com a análise da independência das agências reguladoras, existe a necessidade de estabelecer o equilíbrio entre a autonomia destas e a identificação das agências como institutos que consolidam a política regulatória.

De fato, alguns problemas ocorreram, principalmente, em razão da precariedade com que foram formadas algumas agências. A falta de definição das atividades e dos limites de atuação das agências, de pessoal próprio (a grande maioria dos funcionários possui contrato temporário de trabalho), de recursos definidos, causou boa parte dos problemas. Conforme entendimento de Marques Neto¹³⁸, algumas premissas devem ser considerados para uma atuação eficaz do órgão regulador. O autor destaca quatro necessidades básicas: i) possuir ampla autonomia técnica, administrativa e financeira, de modo a ficar, tanto quanto possível, imune às injunções político-partidárias, aos entraves burocráticos e à falta de verbas orçamentárias; ii) expedir normas

¹³⁷ PECCI, Alketa. Novo marco regulatório para o Brasil da pós-privatização: o papel das agências reguladoras em questão. São Paulo: Mimeo, 1998, p. 33.

¹³⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 37.

operacionais e de serviço, de forma a poder acompanhar o ritmo extraordinário de desenvolvimento tecnológico e o atendimento das demandas populares; iii) aplicar sanções com rapidez, respondendo aos reclamos da população e às exigências do serviço; iv) associar a participação destes usuários no controle e fiscalização do serviço.

Para a devida compreensão dos modelos regulatórios, assim como das agências reguladoras, é importante tecer considerações sobre a forma de atuação regulatória (tópico 3.1.1); e a estrutura organizacional das agências reguladoras (tópico 3.1.2). Ressaltando a imprescindibilidade de uma apresentação geral para promover a melhor compreensão desses aspectos na temática regulatória.

4.1.1 Formas de atuação regulatória

Diversas são as peculiaridades de cada setor da economia no tocante à atuação regulatória. Com isso, a forma de atuação da agência reguladora deverá se adequar às especificidades do setor da economia que está regulando. Nesse sentido, a forma de atuação regulatória da agência será determinada considerando o arranjo de dois aspectos determinantes.

Primeiramente, no que tange à normatização regulatória, quem ficará responsável pela elaboração de regras técnicas. Assim, é possível que a agência reguladora venha a contratar um terceiro, delegando a função de elaborar a normatização regulatória, ou ainda, elaborá-lo por si só, como será visto mais adiante.

O segundo aspecto é quanto ao ente responsável pela execução ou liquidação das normas regulatórias. E assim como o aspecto anterior, é possível que o ente regulador venha a delegar funções de execução da normatização regulatória.

Observando tais considerações, pode-se perceber que os aspectos determinantes remetem, respectivamente, ao poder administrativo regulamentar e de polícia. Portanto, quando a agência contrata um terceiro na relação regulatória para elaborar a normatização regulatória, ou exercer o poder de fiscalização, a agência estaria, simplesmente, delegando funções, seja do poder regulamentar (delega a função de estabelecer a normatização

regulatória), seja do poder de polícia (delega o dever de fiscalizar o cumprimento da normatização regulatória).

Como destaca Shapiro¹³⁹, da combinação desses dois aspectos (normatização e execução regulatória) são depreendidas quatro formas de atuação das agências reguladoras, quais sejam: i) modelo tradicional centrado nas agências reguladoras, que desempenham as funções de normatização e execução regulatória, sem qualquer ou com pouco apoio de terceiros; ii) modelo regulatório de execução contratual, no qual a agência reguladora delega a execução da normatização regulatória, mantendo a função de elaboração das regras técnicas; iii) modelo de normatização contratual regulatória, no qual a agência reguladora delega a função de elaboração da normatização regulatória a terceiros mantendo a de execução; iv) autorregulação, neste modelo de atuação regulatória, no qual são delegadas as funções de execução e elaboração da normatização regulatória.

4.1.2 Estrutura organizacional da agência reguladora

No tocante à estrutura organizacional da agência reguladora, importa saber se a sua atuação é singular ou em diversos setores da economia. Em outras palavras, analisa-se a agência reguladora no que concerne ao número de setores em que esta atua.

Em regra, para Ramos¹⁴⁰, as agências reguladoras se dividem quanto à estrutura organizacional, em: i) agências unissetoriais; ii) PUC (public utility commission) que remete a atuação regulatória, simultânea, em setores de utilidade pública; e iii) agências multissetoriais propriamente ditas (*stricto sensu*). Os dois últimos tipos são agências reguladoras multissetoriais que se materializam pela atuação em mais de um setor da economia.

As agências unissetoriais, ou simplesmente setoriais, são caracterizadas pela atuação singular em um único setor da economia. Assim, para cada setor da economia haveria uma agência reguladora. Tal estrutura costuma se

¹³⁹ SHAPIRO, Sidney A. Outsourcing Government Regulation. Duke Law Journal. Thirty-third annual administrative Law issue agencies, economic justice, and private initiatives, p. 388-433, nov. 2003, p. 390.

¹⁴⁰ RAMOS, Marcelo. Governança regulatória: experiências e contribuições para uma melhor qualidade regulatória. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Orgs.). Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório. Brasília: Anvisa, 2009, p. 200.

apresentar num cenário de privatizações, em países que não possuem agências reguladoras. Para Chamberlim e Jackson¹⁴¹, numa situação econômica de privatização abrupta, em que existe a necessidade urgente de criação da agência reguladora, costuma-se adotar o modelo unissetorial. A privatização foi ativamente praticada e promovida pelas administrações Ford, Carter e Reagan nos Estados Unidos, e pela administração Thatcher no Reino Unido. O interesse pelas privatizações no mundo emanou originalmente das iniciativas de desregulamentação proclamadas por essas administrações, que particularmente favoreciam a minimização do papel e das responsabilidades do Estado ou do setor público da economia, e assim transferiram essa responsabilidade ao setor privado. Esse processo foi iniciado no Chile de Pinochet na década de setenta e atingiu seu ápice na década de oitenta em países como o Reino Unido e os Estados Unidos. Foi estendido à América Latina na década noventa sendo incentivada pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e pelo Banco Mundial, uma estratégia recomendada pelo chamado Consenso de Washington que, segundo então diziam seus seguidores, aceleraria o crescimento econômico nos países que o adotassem.

Para Ramos¹⁴², as *Public Utilities Commissions* (PUCs) são agências reguladoras que se destinam a regular mais de um setor da economia, desde que estejam marcados por alguma característica comum. Relaciona-se a utilização de PUCs na atuação regulatória em setores de serviços essenciais, como água, luz e telefone. A justificativa para esse arranjo encontra respaldo na expressão britânica *same rights of way*, que remete à ideia de como tais setores, utilizando o mesmo caminho, facilitariam a gestão estratégica na atuação regulatória de fiscalização em razão da utilização de uma estrutura uniforme. Por exemplo, instalações urbanas subterrâneas seriam utilizadas paralelamente para abrigar os fios telefônicos, a rede elétrica e dutos hídricos, evidentemente, cada serviço individualmente agrupado. É importante destacar que se trata de uma espécie de agência multissetorial, tendo em vista que atua em mais de um setor.

¹⁴¹ CHAMBERLIN, John R.; JACKSON, John E. *Privatization as Institutional Choice*. Journal of Policy Analysis and Management, p. 586-604, 1984, p. 592.

¹⁴² RAMOS, op. cit. n. 140, p. 201.

Para Dutra¹⁴³, as agências multissetoriais *stricto sensu* remetem à atuação regulatória simultânea na maioria dos setores da economia, através de uma “superagência”. Tomando como parâmetro a realidade regulatória brasileira, percebe-se que essa forma de estrutura é comum na esfera estadual. Enquanto as agências federais caracterizam-se por seu modelo unissetorial, as agências reguladoras estaduais apresentam modelos multissetoriais. Como exemplo, destaca-se a ARPB, a agência reguladora da Paraíba, que atua em diversos setores da economia em nível estadual.

Neste momento do trabalho, seria prematuro estabelecer uma análise comparativa entre os modelos de estrutura das agências reguladoras, mas as observações mencionadas são importantes para estabelecer uma conceituação básica na análise da atuação regulatória. Destaca-se ainda, que cada um desses modelos tem sua importância didática, e a adoção de qualquer um deles decorre, não apenas, de decisão econômica, mas também política.

4.2 Características das agências reguladoras

Ainda que não exista um modelo obrigatório capaz de uniformizar as agências reguladoras, posto demandarem tratamento específico em cada lei de criação, que define suas peculiaridades de acordo com o setor da economia a ser regulado, há algumas semelhanças que caracterizam as agências reguladoras. Entre elas merece destaque a autonomia e a especialidade técnica¹⁴⁴.

Na verdade, a ideia central que fundamentou a criação das agências reguladoras pelo mundo foi a instituição de um ente administrativo “especializado e impermeável às injunções e oscilações típicas do processo político”¹⁴⁵ que, como se sabe, influenciam sobremaneira as decisões dos órgãos da Administração. Para tanto, foi concebido um tipo de entidade dotada de acentuado grau de autonomia face à Administração central, ainda que a ela vinculada.

¹⁴³ DUTRA, Pedro. A superagência. Revista de pesquisas estratégicas Paulino Soares de Sousa, Juiz de Fora, v. 7, n. 3, p. 15-22, nov./dez. 2002, p. 17.

¹⁴⁴ MAURANO, Adriana. A função normativa das agências reguladoras. São Paulo: Scortecci, 2006, p. 86.

¹⁴⁵ DI PIETRO, op. cit. n. 29, p. 115.

Assim, para realizar suas atividades, as agências reguladoras gozam de autonomia administrativa, financeira e técnica. A autonomia administrativa implica na capacidade de autogestão, no que lhe é peculiar e singular dentro dos limites da lei de criação. Justen Filho observa que “um pressuposto essencial para a configuração de uma entidade autônoma consiste na existência de competências exclusivas, determinadas legislativamente, de modo a excluir o poder jurídico ou político de outro órgão para determinar as hipóteses em que caberá sua atuação”¹⁴⁶.

Outra forma de garantir a autonomia das agências é o modo de nomeação de seus dirigentes, os quais exercem mandato fixo, com impossibilidade de demissão *ad nutum* pelo Chefe do Poder Executivo. Para melhor garantir a autonomia das agências, a escolha desses dirigentes deveria ser feita com base em critérios meritocráticos previstos em lei, a fim de diminuir a ingerência política das nomeações.

Advirta-se, contudo, que não basta conferir estabilidade aos dirigentes de uma agência para que ela automaticamente passe a ser independente, pois é sério o risco de, ao se retirar as agências do âmbito de influência política, e acabar por submetê-las à influência das empresas reguladas.

A autonomia técnica, por sua vez, está ligada ao princípio da eficiência. Refere-se à especialização de cada agência em relação à sua atribuição técnica. Este grau de especialização técnica das agências, empregado em suas decisões, fundamenta não só a criação da própria agência, como também boa parte do poder normativo a ela conferido.

Moreira Neto conclui, pois, que as agências possuem quatro garantias fundamentais relacionadas à independência administrativa, sem as quais “qualquer ente regulador que se institua não passará de uma repartição a mais na estrutura hierárquica do Poder Executivo, pois estará impossibilitado de executar a política legislativa do setor, como se pretende que deva fazê-lo”¹⁴⁷. Para o autor, são elas: “i) independência política dos gestores, que decorre da nomeação para o exercício de mandatos a termo; ii) independência técnica-decisional, que permite o emprego da discricionariedade técnica e da

¹⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 399.

¹⁴⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A independência das agências reguladoras. Boletim de Direito Administrativo, jun./jul. 2000, p. 417.

negociação, sem ingerência política; iii) independência normativa, privilegiando o ponto de vista técnico; e iv) independência gerencial, financeira e orçamentária, que garante a autonomia de gestão com meios próprios”¹⁴⁸.

Para Aragão¹⁴⁹, por mais que seja garantida a independência não se deve esquecer que cada agência reguladora é um dos componentes que integram a política regulatória. Assim, concluir, sem a devida ressalva, pela independência irrestrita das agências reguladoras leva a simplificações que desconsideram questões de ordem pragmática, a exemplo da necessidade de integração entre as leis e diretrizes editadas pelo Poder Legislativo e as medidas implantadas pelas agências.

Além da autonomia e suas consequências diretas, é necessária a devida especialização técnica de cada agência em relação às suas atribuições. A principal justificativa para se defender certo grau de discricionariedade para as agências reguladoras decorre da necessidade de especialização técnica considerando as decisões que serão tomadas por estes órgãos. Na verdade, a especialização explica boa parte do poder normativo das agências.

A ideia de especialidade técnica e sua relação com decisões discricionárias é bastante controvertida, na medida em que “quanto mais técnica for uma decisão, menos discricionariedade haverá”¹⁵⁰. Além disso, a necessidade de se verificar se os atos regulatórios são feitos com base em critérios puramente técnicos constitui o principal argumento em defesa de um acompanhamento rígido sobre estas decisões.

4.3 Funções das Agências Reguladoras

As agências reguladoras são competentes para regular e fiscalizar as atividades econômicas em sentido amplo, isto é, serviços públicos e atividades econômicas. A fiscalização é inerente à qualidade de órgão público e é salutar que seja feita por órgão descentralizado, pois é exigida fiscalização muito mais ativa do que a tradicionalmente realizada pelo Poder Público, dada a relevância dos setores regulados.

¹⁴⁸ MOREIRA NETO, op. cit. p. 418.

¹⁴⁹ ARAGÃO, op. cit. n. 19, p. 168.

¹⁵⁰ MAURANO, op. cit. n. 144, p.92.

Além das competências administrativas comuns, em que a atuação da agência não se diferencia muito de qualquer outra entidade da Administração indireta, merecem destaque as funções específicas a elas atribuídas pela legislação. Assim, as agências exercem sua autoridade por meio de funções de natureza executiva e normativa. Maurano¹⁵¹ elenca, ainda, uma terceira função, a judicante, entretanto, o presente estudo se atém às duas primeiras, de cunho regulatório.

4.3.1 Função Executiva

As funções desempenhadas pelas Agências Reguladoras assemelham-se às atribuições dos órgãos da Administração Pública direta, no exercício do poder de polícia estatal. Por meio dessas funções, as agências reguladoras concedem, permitem e autorizam serviços e uso de bens públicos, expedem licenças, autorizam reajuste e revisão ordinária e extraordinária de tarifas de serviços públicos para manter o equilíbrio econômico e financeiro das concessões. Para Motta¹⁵²:

todas as agências reguladoras exercem minuciosa função administrativa, recebendo, do legislador, amplos instrumentos, quer no campo fiscalizatório, quer no preventivo, estando a matéria delineada em todos os diplomas legais. Caracteriza-se, em sentido amplo, a função administrativa das agências reguladoras na exigência de condutas previamente estabelecidas em lei, quer por parte das empresas prestadoras, quer por parte dos usuários.

Concomitante à atividade fiscalizatória, as Agências Reguladoras detêm o poder de sanção. No entanto, cabe salientar que a finalidade da atividade regulatória estatal não é a aplicação das sanções, mas, “a obtenção das metas, pautas e finalidades que o legislador elegeu como relevantes de serem alcançadas”¹⁵³. O poder de sancionar é o meio para se atingir tais finalidades.

4.3.2 Função normativa

A função normativa se relaciona com a própria competência regulatória,

¹⁵¹ MAURANO, op. cit. n. 144, p.96.

¹⁵² MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Agências Reguladoras. São Paulo: Manole, 2003, p. 187.

¹⁵³ RAMOS, op. cit. n. 140, p. 202.

exteriorizando-se pela edição de normas gerais e abstratas, ou por via de normas concretas e individualizadas. Assim, como meio de efetivação de sua autonomia decisória, a especialização necessária, e certa distância em relação aos órgãos políticos fazem com que as agências reguladoras possuam o poder de editar normas concernentes à atividade cuja regulação lhes é atribuída.

Este poder normativo foi conferido, desde o início, às agências reguladoras, pois em se tratando de aspectos técnicos, seria quase impossível para o Poder Legislativo chegar a minúcias relacionadas à adequação de determinadas medidas. Ao Legislativo cabe estabelecer parâmetros claros para a atuação da agência, definindo o chamado “marco regulatório” a partir do qual ela deve exercer suas atividades.

Para Baldwin e Cave, marco regulatório é “o conjunto de normas (estabelecidas pelas agências reguladoras), leis e diretrizes (estabelecidas pelo Poder Legislativo) que regulam o funcionamento dos setores nos quais agentes privados prestam serviços de utilidade pública”¹⁵⁴. Este é o conceito *lato sensu* de marco regulatório na medida em que este seria constituído tanto de normatizações, quanto de leis e diretrizes. A concepção *stricto sensu* está ligada às leis e diretrizes estabelecidas pelo Poder Legislativo.

A função normativa gera controvérsias na doutrina. Para Maurano, a função normativa “estaria usurpando a competência do Poder Legislativo, colidindo com o princípio da separação dos poderes e o da legalidade”¹⁵⁵. Por outro lado, defende-se que a função normativa se situa no campo da delegação legislativa inerente ao poder regulamentar da administração pública.

Ainda que possa ser considerada uma terceira função das agências reguladoras, as duas discutidas até então, assumem maior importância para o trabalho, na medida em que delineam os contornos das formas de atuação das agências reguladoras quanto a eventual delegação ou concentração dessas duas funções.

4.4 Regulação governamental com subsídios exógenos e as formas de regulação

¹⁵⁴ BALDWIN; CAVE, op. cit. n. 23, p. 78.

¹⁵⁵ MAURANO, op. cit. n. 144, p.95.

No que tange à regulação, os governos têm, cada vez mais, se baseado em atitudes privadas para alcançar finalidades públicas, e isso não se restringe ao fornecimento de serviços públicos, mas também na criação e implementação de políticas de regulação. Se de um lado, essa forma de atuação tem o potencial de aprimorar o desempenho regulatório, por outro, pode também causar falhas (decorrência direta das falhas de mercado) altamente prejudiciais. Um dos exemplos mais notórios, foi o escândalo financeiro da ENRON¹⁵⁶, que publicava balanços contábeis adulterados, de forma progressiva e paulatina, escondendo a real situação financeira da empresa.

Essas falhas de política regulatória ressaltam a importância do entendimento de onde e quando o envolvimento com entes privados tende a contribuir para alcançar os objetivos dessas políticas, assim como quando não tendem para tal resultado. No entendimento de Shapiro¹⁵⁷, as decisões de políticas públicas de confiarem em meios privados num contexto regulatório é uma decisão de fazer ou comprar (make-or-buy)¹⁵⁸. Assim, na tomada de decisões, uma agência deve determinar quando produzir e implementar políticas regulatórias internamente (no âmbito da própria agência), ou envolver agentes privados nessas funções. Analisando as variáveis relacionadas, a agência deve escolher pela aquisição de subsídios exógenos para regulação (buscar informações dos agentes privados). Partindo, então, de uma análise dos custos de transação, desenvolve-se um cenário que indicará a melhor escolha.

A teoria econômica dos custos de transação¹⁵⁹ destina-se a saber como os agentes econômicos superam problemas de ação coletiva, evitando que agentes ineficientes se beneficiem de um melhor desempenho alheio. Nessa situação, retratam-se os aspectos básicos analisados pela teoria dos custos de transação, a exemplo, de contratos incompletos e comportamento oportunista, e como esses fatores determinam a natureza dos institutos econômicos.

¹⁵⁶ Cf. n. 137.

¹⁵⁷ SHAPIRO, op. cit. n. 139, p. 391.

¹⁵⁸ Uma decisão de fazer ou comprar (make-or-buy) decorre dos estudos de Oliver Williamson com o objetivo de entender quando agentes econômicos se envolverão em situações contratuais complexas para adquirir produtos ou serviços, e quando eles os irão produzir internamente. É assim que manifesta uma decisão make-or-buy.

¹⁵⁹ Cf. tópico 1.7 – Teoria Econômica dos Custos de Transação.

Ao observar que um negócio pode reduzir os custos envolvidos na negociação através de uma decisão de fazer ou comprar, Ronald Coase¹⁶⁰ percebeu que agentes econômicos racionais escolhem a opção que lhes proporcionam o custo de transação mais baixo. Desde Coase, desenvolve-se a ideia de como os custos de transação determinam a extensão para a qual as empresas negociarão através de transações simples de mercado, em arranjos contratuais mais complexos ou integração vertical (participação em diversas etapas de produção) com o objetivo de identificar as propriedades das transações.

Assim, a regulação governamental com ou sem subsídios exógenos (apoio de entes privados) aliada a uma análise de custos de transação é o que define qual a forma de atuação regulatória é mais desejável pela agência reguladora, como se verá adiante. Da relação entre a agência reguladora, o Poder Legislativo e as empresas privadas surgem problemas de ação coletiva.

4.4.1 Problemas de ação coletiva

Os problemas de ação coletiva são os que advêm da busca de objetivos por mais de uma pessoa ou entidade. O trabalho inicial sobre ação coletiva na perspectiva econômica foi a obra “The nature of the firm” de Ronald Coase ao introduzir o conceito de custos de transação. Trata-se de um problema que apresenta reflexos em muitas áreas científicas, interessando para este estudo a que se restringe à perspectiva econômica. Neste âmbito, a teoria da ação coletiva se vincula à provisão de necessidades públicas através da colaboração de dois ou mais agentes econômicos, e do impacto dessa relação no comportamento de determinado grupo. As situações que englobam as ações coletivas normalmente são referidas como “escolha pública”¹⁶¹.

Como os agentes econômicos, agentes políticos enfrentam problemas. Assim, tanto as instituições econômicas quanto as políticas foram criadas para mitigar tais problemas. Nos dizeres de Douglass North, “instituições políticas constituem antes de mais nada acordos sobre cooperação entre políticos. Eles

¹⁶⁰ COASE, op. cit. n. 66, p.386-387.

¹⁶¹ Termo traduzido diretamente do termo técnico “public choice”.

reduzem as incertezas pela criação de uma estrutura estável de troca”¹⁶². North denota a necessidade de cooperação no âmbito político, que em razão dessa situação os problemas de ação coletiva tendem a afetar de forma mais aguda as decisões políticas e a escolha de políticas públicas para a regulação.

Os problemas de ação coletiva afetam muito mais os agentes políticos que os agentes econômicos. Isso ocorre em razão da dificuldade em mensurar o que está sendo trocado nas negociações políticas. North, explicando essa perspectiva, se pronuncia da seguinte forma:

Afinal a separação básica entre o governo e a economia tem sempre, confirmada mesmo entre os mais libertários, deixado um resíduo de atividades a serem realizadas pelo governo, devido à inerente dificuldade que surgiu a partir dos atributos de bem público, free riding [falha de mercado tratada na doutrina jus-econômica por seu termo em inglês não sendo necessária sua tradução] e informações onerosas de certos tipos de atividade (...) Aqueles que podem ser facilmente manipulados por negociação individual ou por pequeno grupo não precisa ser colocado na agenda pública (...) Assim, o processo de seleção é aquele em que os problemas de alto custo de transação dirigem-se para o governo.¹⁶³

A magnitude dos custos de transação no âmbito político tem uma importância para a ramificação da avaliação normativa dos diferentes arranjos institucionais. No entendimento de Shapiro¹⁶⁴, uma estrutura existente não deve ser condenada por suas ineficiências a menos que uma alternativa superior apareça para solucionar os problemas de custo de transação. No contexto governamental, muitas respostas, aparentemente, ineficientes, podem ser entendidas como consequências de amarras impostas por vários custos de transação ou como tentativas de mitigá-los. Em suma, o fato das instituições governamentais aparentarem certa ineficiência não significa que exista uma alternativa mais eficiente.

Além do mais, o fato da maioria das atividades regulatórias ainda seja feita por servidores públicos sugere que esse arranjo institucional (agentes

¹⁶² NORTH, op. cit., n. 67, p. 384. Trecho original: “political institutions constitute ex ante agreements about cooperation among politicians. They reduce uncertainty by creating a stable structure of exchange.”

¹⁶³ NORTH, op. cit. n. 67, p. 361-362. Trecho original: “After all the basic separation between polity and economy has always, even amongst the most confirmed libertarians, left a residual of activities to be undertaken by government because of the inherent difficulty that arose from the public good attributes, free riding and costly information of certain types of activity (...) Those that can be readily handled by individual or small group bargaining don’t need to be placed on the public agenda (...) Thus the selection process is one in which the high transaction cost issues gravitate to the polity.”

¹⁶⁴ SHAPIRO, op. cit. n. 139, p. 399.

políticos influenciando diretamente a agência reguladora) é a forma mais eficiente de execução e normatização regulatória. Neste sentido, a análise da teoria dos custos de transação confirma essa conclusão, mais precisamente quando se apresenta um cenário regulatório em que as agências reguladoras estão intimamente ligadas aos agentes políticos, há uma interdependência umbilical na consolidação de políticas públicas para a promoção da regulação. No entanto, ao invés de criticar essa interdependência, analisam-se os problemas dessa interrelação para harmonizá-la, tornando-a mais eficiente.

Assim, em pesquisas concernentes à atuação regulatória das agências na implementação de políticas públicas, percebe-se um discurso reducionista sobre a eventual independência dessas instituições que tende a comprometer a regulação em si. É importante salientar que o presente estudo não se destina a analisar a realidade regulatória de determinado país, mas esclarecimentos pontuais por meio de exemplos possibilitarem maior compreensão do assunto.

A discussão sobre os problemas de ação coletiva devem ser tratados através dos reflexos no âmbito político e das agências reguladoras. É importante salientar que os problemas de ação coletiva “decorrem da não confluência de interesses entre os agentes políticos e as agências reguladoras”¹⁶⁵. Nesse sentido, passa-se a considerar esses problemas conforme essa perspectiva, e os reflexos no âmbito das agências reguladoras.

4.4.1.1 Problemas de ação coletiva no âmbito das agências reguladoras

Os problemas de ação coletiva no âmbito das agências reguladoras decorrem da não harmonização entre a normatização regulatória e o marco regulatório estabelecido pelo Poder Legislativo. Ao estabelecer leis e diretrizes regulatórias esse poder espera que as agências reguladoras as implementem conforme a *mens legislatoris*, com isso, elevam-se os custos de transação na relação. Estes são acentuados pela disparidade de interesses entre a *mens legislatoris* e os dirigentes das agências reguladoras, isso sob o enfoque da *teoria do autointeresse*. Cada agência deve determinar o tipo de diretriz institucional no qual se deve confiar para implementar as políticas públicas. Se

¹⁶⁵ RAMOS, op. cit. n. 140, p. 204.

o Legislativo almeja a maximização da própria eficiência política (os políticos desejam se perpetuar no poder através da reeleição), o que os representantes das agências reguladoras almejam?

Sob a perspectiva socioeconômica da teoria do *autointeresse* esses representantes têm os próprios interesses na busca por riqueza, estabilidade, e status político-social, os quais podem ou não se alinhar aos interesses do Poder Legislativo. Essa situação é o que representa a essência do problema de ação coletiva entre o Poder Legislativo e a agência reguladora. Em outras palavras, esse fenômeno reflete “o potencial que uma agência tem para tomar decisões diferentes das preferências legislativas”¹⁶⁶. Entretanto, nem sempre os representantes agem dessa forma sendo difícil mensurar a extensão desse fenômeno.

Na abordagem de assimetria de informações objetivou-se na discussão a possibilidade de fornecimento de informações íntegras pelos entes regulados, ou seja, terceiros na relação Poder Legislativo x Agência Reguladora. Para fins didáticos, presume-se que os representantes das agências reguladoras adotam as diretrizes do Poder Legislativo de modo a atingir os custos de transação mais baixos¹⁶⁷. Essa assunção é feita com o objetivo de saber quando é aconselhável envolver entes privados (não necessariamente empresas objeto da regulação) para a análise dos custos de transação. Nessa perspectiva, confiança nessas empresas em circunstâncias inapropriadas tende a promover o fenômeno anteriormente discutido (a agência tomando decisões sem harmonia com as preferências legislativas).

Conforme o entendimento de Shapiro¹⁶⁸, para uma análise holística da relação que envolve entes privados no fornecimento de informações e consequentemente na atividade regulatória, é imprescindível averiguar a tipologia dos modelos de regulação decorrentes desse arranjo. Nesse sentido, dois aspectos são considerados: (i) normatização regulatória; (ii) execução da normatização, diretriz e marco regulatório. Assim, conclui-se que o ente regulatório pode ser totalmente responsável pela normatização e execução nos

¹⁶⁶ BERNSTEIN, op. cit. n. 39, p. 90.

¹⁶⁷ Cf. tópico 1.3.5 – Teoria Econômica dos Custos de Transação. Ao assumir que a agência reguladora adota as diretrizes do Poder Legislativo, os custos de transação relacionados a fiscalização e monitoramento de desempenho são artificialmente eliminados.

¹⁶⁸ SHAPIRO, op. cit. n. 139, p. 400.

modelos regulatórios, ou ainda, que pode estar praticamente ausente na atuação regulatória como se verá a seguir.

Quadro 1: Formas de regulação

FORMAS DE REGULAÇÃO ¹⁶⁹			
Formas de regulação sob o enfoque governamental (agência reguladora estabelece a normatização regulatória)		Formas de regulação sob o enfoque privatístico (entes privados estabelecem a normatização regulatória)	
I. Modelo tradicional de agência reguladora.	II. Modelo regulatório de execução contratual.	III. Modelo de normatização contratual de regulação.	IV. Autorregulação

Na perspectiva tradicional (célula I), a agência reguladora estabelece a normatização regulatória e o adota executando tanto o marco regulatório (criado pelo Poder Legislativo) quanto as normatizações criadas por ela mesma, sem qualquer ou pouca participação da iniciativa privada.

Uma abordagem mais moderada (célula II), é quando a agência reguladora estabelece a normatização regulatória, mas contrata entes privados para executá-las. Essas são as duas abordagens pela qual a normatização regulatória é estabelecida pelo ente regulador.

Como alternativa para essas configurações, a normatização regulatória é estabelecida pelos entes privados, a primeira (célula III), presume a existência de uma agência reguladora que permite aos entes privados o estabelecimento da normatização regulatória o qual vêm ou não a ser adotado pela agência. Ou seja, a agência escolhe quais regramentos serão adotados, cabendo ainda a esta, executá-los. Por fim, a hipótese em que a agência reguladora confia na autorregulação do setor (célula IV), no qual, os entes privados estabelecem a normatização regulatória, assim como a executam. As três últimas espécies, de formas e graus diferenciados, envolvem a participação de entes privados na promoção da regulação.

¹⁶⁹ SHAPIRO, op. cit. n. 139, p. 401. Formas de regulação adaptadas do introduzido por Sidney Shapiro.

Na análise dos modelos de regulação econômica supramencionado, ressalvado o modelo previsto na célula I, uma agência depende da negociação com entidades privadas, as quais, em muitos casos representam as empresas que serão reguladas, para a normatização ou execução regulatória.

Ainda, conforme Shapiro¹⁷⁰, o que é certo é que os entes privados possuem um duplo interesse na determinação da política regulatória de determinado setor. De um lado, a agência reguladora pode contratar entidades privadas para conduzir inspeções, realizando, assim, o dever fiscalizatório das agências reguladoras. Por outro lado, a agência negocia com entidades privadas sobre a normatização regulatória, sendo comum para as agências firmarem uma medida que remete indiretamente ao endurecimento da normatização, em troca da redução de eventuais penalidades a serem impostas em razão da violação de regras de cunho regulatório.

Essa situação é muito favorável para o ente regulado, tendo em vista que se barganham vantagens temporárias (informações que são importantes naquele momento) por uma vantagem permanente (abrandamento das punições). E o ente regulador assume todo o risco da incerteza, afinal, como ter certeza se as informações encaminhadas pela empresa são íntegras e refletem as verdadeiras políticas empresariais desta?

Por fim, o modelo de autorregulação presume, tanto a normatização regulatória, como a execução regulatória, com a mínima participação estatal na produção das regras (célula IV). Entretanto, não se deve falar em “ausência” da intervenção do Estado (mesmo na situação extrema prevista na célula IV da tabela), pois, por mais que não haja uma atuação direta na normatização e execução regulatória, o Estado participa através da implementação de políticas públicas, assim como, ainda cabe à agência fiscalizar como é feita a normatização e execução regulatória.

Na maioria dos casos em que se apresenta a autorregulação, remete-se a um esforço de eliminar a adoção de legislação regulatória. O exemplo mais gritante desses esforços se deu durante a administração Bush, nos Estados Unidos, quando escolheu medidas voluntárias para o controle de emissão de gases que promovem o efeito estufa, ou seja, cada indústria estabeleceria sua

¹⁷⁰ SHAPIRO, op. cit. n. 139, p. 402.

cota de emissão de gases estufa. Quando deveria optar por um controle mais rígido, *mandatory control*, por exemplo, estabelecendo metas de emissão a serem cumpridas.

O discurso até então desenvolvido, sugere que a confiança em agentes privados tende a ser menos efetiva sob o ponto de vista da agência reguladora. Para Tozzi, quando a agência reguladora “enfrenta comportamentos oportunistas, contratos incompletos e problemas *hold-up*”¹⁷¹, confiar em agentes privados aumenta o risco de não se produzir o resultado esperado pela agência reguladora”¹⁷². Assim como, o de comprometer a própria regulação.

Alguns dos modelos de regulação apresentam interação com agentes econômicos diversos para obter informações de modo a promover a política regulatória, com destaque para: a) Modelo regulatório de execução contratual (célula II); b) Modelo de normatização contratual de regulação (célula III); c) Autorregulação (célula IV).

Como o modelo tradicional de agência reguladora não apresenta interação entre o ente estatal e fontes exógenas para a regulação, não será abordada neste momento do trabalho. Ainda que esta espécie de regulação não apresente complexidades advindas da interação informacional com agentes econômicos não estatais, apresenta sua importância no presente estudo na medida em que servirá de paradigma comparativo com os outros modelos.

4.4.2 Modelo regulatório de execução contratual

As agências reguladoras interagem com fontes externas de informações pelo modelo de execução contratual, significa que é possível envolver entes privados na execução da normatização regulatória, o que pode ser feito de duas maneiras. Na primeira (contratação de entes privados), a agência pode contratar agentes privados para executar a normatização regulatória, ao invés de confiar nos funcionários públicos. Na segunda, a agência negocia com entes

¹⁷¹ A expressão “problemas *hold-up*” está sendo tratado no trabalho como “problemas de ação coletiva”.

¹⁷² TOZZI, Jim. Da necessidade de uma revisão regulatória centralizada. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Orgs.). Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório. Brasília: Anvisa, 2009, p. 268.

privados, para Shapiro¹⁷³, numa relação de condescendência ou aceitação.

Ambas as vias de relação com o ente privado podem produzir o mesmo resultado da regulação tradicional, embora, como destaca Tozzi¹⁷⁴ também possam levar a resultados diferentes. De qualquer forma, o resultado decorre, preponderantemente de um acordo entre a agência e o ente regulado que determina a amplitude da proteção regulatória. A análise da relação de aceitação regulatória em determinado setor é bastante complexa e a escolha entre as duas espécies do modelo de execução contratual depende, não apenas, das características inerentes a cada uma delas, mas também do grau de especialização do setor e do poder de influência das empresas reguladas.

4.4.2.1 Contratação de entes privados para execução da normatização regulatória

O gestor público racional pode envolver entes privados na execução regulatória se isso vier a reduzir os custos de transação da agência reguladora, se comparado aos custos gerados pelo modelo tradicional de agência (normatização e execução regulatória interna). Assim, considera-se que existem dois métodos de envolver entes privados nos processos de execução regulatória sendo diferenciadas as implicações da análise dos custos de transação de cada um.

Essa análise sugere que confiar nos funcionários públicos para normatizar a regulação estatal “envolve menos custos de transação para uma agência, ainda que entes privados tenham motivo lucrativo de ser mais eficiente que os funcionários públicos”¹⁷⁵. Assim, para que a agência venha a adotar esse modelo regulatório é imprescindível estabelecer uma análise comparativa de custos de transação com o modelo tradicional de agências reguladoras, e devendo adotar o modelo regulatório que incorrer em menores custos. Acontece que, Ramos, ao destacar que a normatização pelos funcionários públicos envolve custos de transação menores, ele desconsidera peculiaridades dos setores na medida em que pode se revelar mais

¹⁷³ SHAPIRO, op. cit. n. 139, p. 402

¹⁷⁴ TOZZI, op. cit. n. 172, p. 270.

¹⁷⁵ RAMOS, op. cit. n. 140, p. 205.

dispendioso para a agência reguladora impor a normatização regulatória do que discutir com os entes regulados por eventual endurecimento regulatório. Assim, via de regra, apenas através da análise comparativa de custos de transação entre os modelos e considerando as peculiaridades de cada setor, é possível deduzir qual modelo incorre na redução dos custos regulatórios. Entretanto, quando se analisa, isoladamente, a normatização que acarreta o endurecimento regulatório, a contratação de entes privados tende a ser menos custosa. Assim, por mais que possa se concluir pela redução dos custos de transação quando a agência vem a produzir as normatizações por ela mesma, essa assunção é relativizada quando se tenta executá-las.

Em tese, administradores privados têm melhores condições para atuar eficientemente do que administradores públicos. Para Estache e Martimont, “entes privados não são limitados por qualquer amarra burocrático-legal, o que acaba por aumentar o custo de prestação do serviço público”¹⁷⁶. Agentes privados gozam de maior incentivo para agir de forma mais eficiente em razão motivação do lucro que almejam alcançar. Com base nesses fatores, pode-se inferir que este é o motivo pelo qual as empresas privadas geralmente prestam serviços públicos de forma menos custosa do que entes públicos.

Por outro lado, não significa, necessariamente, que as agências reguladoras irão reduzir os próprios custos de transação em decorrência da contratação de entes privados para a promoção da normatização regulatória. Na realidade, pode ser até mais custoso para uma agência contratar entes privados do que utilizar a própria estrutura estatal “em razão de comportamentos oportunistas e eventual inadimplemento contratual”¹⁷⁷. No primeiro caso, uma agência ao decidir tomar decisões com a contribuição de entes privados, deve considerar como o fato de que os interesses de uma empresa privada podem influenciar o desempenho da agência. Assim, quando os objetivos da empresa estão devidamente relacionados com os da agência a regulação tende a ser eficiente.

Shapiro¹⁷⁸ assume que as agências irão atuar de forma racional ao contratar entes privados apenas quando os custos de transação forem

¹⁷⁶ ESTACHE, Antonio; MARTIMONT, David. Transaction Costs, Politics, Regulatory Institutions and Regulatory Outcomes. Regulatory Reform Discussion Paper, Washington, 1998, p. 148.

¹⁷⁷ ESTACHE; MARTIMONT, op. cit. p. 150.

¹⁷⁸ SHAPIRO, op. cit. n. 139, p. 402.

menores do que designar os servidores públicos para o mesmo trabalho. Destaca o autor que quando uma agência falha ao mensurar o desempenho do ente privado, não há como assegurar que os entes privados realizariam o serviço de forma consistente com os objetivos da agência. Assim, “a decisão de contratar empresas privadas pode refletir mais influência política do que análises de custo de transação”¹⁷⁹.

No que concerne a um eventual inadimplemento contratual, o custo da normatização regulatória por fontes exógenas, quando entes privados são contratados por uma agência, pode levar a adoção de comportamentos oportunistas.

Assim, tal situação é prejudicial na medida em que, ocorrendo o inadimplemento, se sucedem negociações e ajustes que acabam encarecendo a regulação como um todo. Para saber quando a contratação de entes privados trará benefícios ou malefícios é necessário que os objetivos a serem alcançados possam ser claramente especificados com antecedência, de modo que não haja necessidade de eventual revisão contratual, incorrendo em maiores custos de transação.

Williamson¹⁸⁰ exemplifica que seria mais fácil para o governo contratar serviço de coleta de lixo do que a gestão de penitenciárias, isso porque o primeiro não requer julgamentos discricionários pelo ente privado em circunstâncias nas quais é difícil especificar previamente como os funcionários deveriam agir diante de determinada situação.

De igual modo, contratação de entes privados para conduzir inspeções (exercício do poder de polícia) apresenta o mesmo problema. Os custos para o monitoramento se elevarão de uma maneira tal que seria impossível prever, num instrumento contratual, indicações objetivas de como os empregados desses entes privados deveriam resolver problemas que demandam decisões difíceis, considerando-se múltiplos fatores. Se uma agência falha com o devido monitoramento, não há garantia que o ente privado está atuando conforme os objetivos da agência reguladora.

Williamson demonstra a dificuldade de contratar entes privados para

¹⁷⁹ BODENHORN, Howard. Partnership and Hold-up in Early America. National Bureau of Economic Research (NBER), Cambridge, mar., 2002, p. 112.

¹⁸⁰ WILLIAMSON, Oliver Eaton. Hierarquies, Markets and Power in the Economy: An Economic Perspective. Industrial and Corporate Change. New York: Free Press.v. 4. 1995, p. 21-22.

prestar serviços públicos envolvendo limites racionais, em decorrência dos problemas de se estabelecer, em cada situação, o que deve ser feito. Nessa situação, “seria difícil, se não impossível, escrever um contrato que especificasse previamente o que uma empresa (...) deve fazer em cada caso, porque, na maioria dos casos, nem mesmo o governo sabe”¹⁸¹. Williamson conclui dizendo que “tamanho incompletude complica muito, e ainda vicia qualquer esforço em privatizar diversos setores”¹⁸². Para assegurar que os interesses do governo sejam implementados adequadamente, deve-se estabelecer negociação contínua com o contratado privado.

A parceria com entes privados para o aprimoramento da normatização regulatória “não é tão simples quanto uma concessão para coleta de lixo nem tão complicados como contratar uma empresa privada para conduzir política externa”¹⁸³. É importante destacar que muitos questionamentos sobre a execução regulatória inevitavelmente envolvem decisões discricionárias cujos parâmetros são difíceis de especificar previamente.

O custo de ajustes e fiscalização até certo ponto faz com que confiar em contratos com entes privados para aprimorar a normatização regulatória seja mais caro do que utilizar da estrutura estatal para as mesmas funções. Para Britto “tal situação é mais comum do que aparenta, especialmente nas situações com contratos de grande possibilidade de não ser adimplido conforme os interesses do governo”¹⁸⁴. Enquanto haja um custo de fiscalizar os funcionários públicos, estes têm menos incentivo para atuar de forma oportunista. Além disso, o custo comparativo da produção interna da normatização regulatória pode não ser significativamente mais caro uma vez que o governo leve em conta de que fontes exógenas para o aprimoramento na regulação requeiram que a agência reguladora tenha considerável perícia em fiscalizar o ente privado contratado. Imagina-se uma situação em que uma

¹⁸¹ WILSON, James Q. *Bureaucracy: What Government Agencies do and why they do it*. New York: Basic Books, 1989, p.112. Trecho original: “it would be difficult if not impossible to write a contract that specified in advance what the firm ... should do in each case, in large part because the government itself does not know.”

¹⁸² WILLIAMSON, op. cit. n. 180, p.26.

¹⁸³ WILLIAMSON, op. cit. n. 180, p.28. Acontece que nos Estados Unidos se discute a possibilidade de contratação de entes privados para atuar na política externa. Ainda que essa possibilidade seja remota, acarreta reflexões doutrinárias sobre o assunto.

¹⁸⁴ BRITTO, João. *Redes de Firms e Eficiência Técnico-Produtiva: uma análise crítica da abordagem dos custos de transação*. In: Encontro Nacional de Economia, 1994, Salvador. Anais do XXII Encontro Nacional de Economia, Salvador: ANPEC. 1994, p.129.

agência reguladora gastaria mais na contratação de especialistas em regulação do que se empregassem esforços na realização do referido serviço. Presencia-se a necessidade de uma decisão de fazer ou comprar.

Em razão do alto custo da execução pelo governo do serviço público, em razão do aparato burocrático, pode ser menos custoso empregar entes privados, tendo em conta o custo de uma efetiva fiscalização. Contratar entes privados é mais vantajoso se as agências reguladoras puderem encontrar maneiras de aprimorar o monitoramento do governo, sem custos adicionais. Por exemplo, se na eventual execução de serviço público pelo ente privado, a agência reguladora exigir relatórios rotineiros, essa medida poderia acarretar maior custo de contratação dos entes privados para a realização desses serviços. Para Estache e Martimont, “ainda que se estabeleça que os entes privados devam elaborar esses relatórios, caberá à agência reguladora determinar quando a informação relatada é precisa e íntegra”¹⁸⁵.

O último aspecto que determinará a viabilidade de contratação de entes privados para a execução de serviços públicos é quando estes reduzem os custos de transação para o governo. Isso se dá em razão da dicotomia entre as amarras burocrático-jurídicas que restringem a atuação do Estado, encarecendo-a, e a liberdade inerente aos entes privados. Assim, entes privados podem ser mais eficientes que o Estado por não partilharem as mesmas obrigações.

É importante destacar que os entes privados se encontram numa posição estratégica permitindo a redução dos custos de transação do governo. Se eles se submetessem às limitações burocrático-políticas que regem os órgãos públicos, a execução de serviços dificilmente seria menos dispendiosa.

Conclui-se que a agência reguladora deve criar mecanismos flexíveis para se adaptar a situações em que a contratação de entes privados seja economicamente viável, ainda que, via de regra, seja adotado um modelo diverso do regulatório de execução contratual. Assim, ponderando os prós e contras é importante que a contratação de entes privados para a execução da normatização regulatória seja utilizada como mecanismo acessório a qualquer modelo regulatório vigente.

¹⁸⁵ ESTACHE; MARTIMONT, op. cit. n. 182, p. 157.

4.4.2.2 Negociações executórias para promoção da normatização regulatória

Além da contratação de entes privados para a execução da normatização regulatória, o modelo regulatório de execução contratual apresenta outro mecanismo para efetivação da regulação que são as negociações executórias para promoção da normatização. Trata-se de prática padrão na maioria das agências. Isso ocorre quando o ente público negocia um acordo sobre a execução regulatória, deixando de aplicar determinada sanção em troca de benefícios na normatização regulatória. Shapiro exemplifica que uma agência reguladora estadunidense “reduzira multas de uma empresa, e em troca, esta concordara em implementar um plano de segurança em todas as suas instalações”¹⁸⁶.

Na situação descrita, há contrato entre a agência e o ente regulado, ao invés de imposição legal. Essa negociação apresenta vantagens estratégicas recíprocas, uma vez que a empresa deixa de pagar multas, em contrapartida, anui em cumprir o que for proposto pela agência reguladora. Sob a perspectiva dos custos de transação, ambos os exemplos acabam por reduzir o custo para o governo, posto obter melhor aceitação da política regulatória. Assim, acordos com as empresas reguladas possibilitam ao governo a obtenção de melhores resultados por menores custos alcançando o mesmo objetivo.

Assim, é preferível esse tipo de acordo à execução tradicional da política regulatória tradicional. No entanto cabe lembrar que a agência precisa atuar de boa-fé na negociação executória, e garantindo que o ente regulado aceite os termos. Shapiro¹⁸⁷ alerta para o fato de que esses acordos podem ser utilizados para diluir proteções regulatórias e proporcionar oportunidades para, na realidade, enfraquecer a normatização regulatória. De igual modo, as agências podem falhar em assegurar que as empresas cumpram os acordos com os quais haviam anuído.

Esses reverses apresentam grandes problemas para os beneficiários da regulação e instituições políticas responsáveis pela garantia de cumprimento

¹⁸⁶ SHAPIRO, op. cit. n. 139, p. 404. Trecho original: “reduce a company’s fines, for example, in return for which the corporation agrees to implement a safety plans to all of its plants”.

¹⁸⁷ SHAPIRO, op. cit. n. 139, p. 404.

das normas das agências. Ainda que os regulados atuem de boa-fé, o uso de acordos negociados de forma rotineira nem sempre será mais eficiente do que a atuação regulatória tradicional.

Entretanto, é difícil saber quando uma agência estará pronta para detectar se está lidando com uma empresa oportunista ou confiável. Mas, como afirma Shapiro, “estudos sobre aceitação regulatória sugerem que certos fatores fazem com que a empresa esteja mais susceptível a anuir voluntariamente com as diretrizes estabelecidas pelo ente regulador sem o incentivo de penalidades administrativas”¹⁸⁸.

No curto prazo, uma abordagem cooperativa parece apresentar melhores resultados quando os incentivos da aceitação de um ente regulado são aliados aos objetivos estabelecidos pela agência reguladora. Analisando os comportamentos oportunistas nas negociações, Dennison¹⁸⁹ destaca que quando uma agência reguladora realiza negociações executórias para a promoção da normatização regulatória, está lidando com uma entidade que busca o lucro e que, de modo oportunista, tenta se beneficiar da situação. Nesses casos, o que compromete ainda mais a atuação regulatória é que a agência reguladora não tem como prever, de forma precisa, que a afirmação de que a empresa estabelecerá, por exemplo, parâmetros superiores de proteção ambiental em compensação de multas impostas pelo ente regulador. Posto saber-se que os entes regulados estão em posição privilegiada para identificar meios eficazes de reduzir poluição.

Nesse contexto, a existência de informações assimétricas¹⁹⁰ pode acarretar comportamentos oportunistas pelo ente regulado porque este pode explorar seu acesso privilegiado à informação para a promoção dos seus próprios interesses. Como consequência, a agência reguladora deve arcar com o custo para a verificação do acordo proposto pelo ente regulado, apurando se as ações deste se coadunam com aquilo que lhe coube na negociação.

No que concerne ao eventual inadimplemento contratual, é importante destacar que este também aumenta o custo de transação da agência. Conforme dito anteriormente, constitui menor custo-benefício para a agência

¹⁸⁸ SHAPIRO, op. cit. n. 139, p. 407.

¹⁸⁹ DENNISON, Mark S. OSHA and EPA Process Safety Management Requirement: a practical guide for compliance. New York: John Wiley, 2006, p. 96.

¹⁹⁰ Cf. tópico 2.1.1 – Influência da informação assimétrica na regulação econômica.

contratar entes privados quando existem dificuldades em especificar adequada e previamente os objetivos ou parâmetros a serem alcançados pela atuação regulatória.

Para Dennison¹⁹¹, dois problemas decorrem dessa situação: o primeiro é que a agência e o ente regulado devem entrar em acordo quanto a aspectos pontuais de efetivo aprimoramento da normatização regulatória; o segundo é que devem concordar quanto à metodologia utilizada pela agência para apurar essas melhorias, tomando como base, por exemplo, as emissões de gases estufas anteriores em comparação às mensuradas depois de implementadas as medidas de redução.

Toda essa conjuntura é ainda mais complexa tendo em vista que a proposta envolve, por exemplo, a compensação de emissões de resíduos líquidos reduzindo-se emissões gasosas, ou seja, o ente regulado estabelece uma proposta que ao invés de pagar uma multa pela agressão ambiental de despejar resíduos líquidos não tratados, implementaria medidas para reduzir a emissão de gases estufa. Shapiro reitera tal complexidade, aduzindo que “em razão do baixo desenvolvimento tecnológico no tocante as implicações de tais compensações em longo prazo”¹⁹² seria arriscado promover essas medidas.

No mesmo sentido, Steinzor explica que “altos custos de transação são, na maioria dos casos, acionados pela complexidade das propostas, especialmente aquelas que introduzem variáveis como compensação entre poluentes, cobertura de poluentes não regulados, e a antecipação de requerimentos regulatórios futuros”¹⁹³. A autora conclui dizendo que essa complexidade leva os “participantes pressionados a concordar com parâmetros de desempenho muito inferiores ao que o projeto pressupõe – ou equivalente – em relação ao status quo”¹⁹⁴ do meio ambiente agredido.

Sinteticamente, as negociações executórias para aprimoramento da normatização regulatória criam uma oportunidade para que a agência venha a realizar ajustes regulatórios como parte do processo de execução de medidas de regulação, o que resulta num nível mais elevado de aceitação regulatória

¹⁹¹ DENNISON, op. cit. n. 195, p. 103.

¹⁹² SHAPIRO, op. cit. n. 139, p. 408.

¹⁹³ STEINZOR, Rena. Reinventing Environmental Regulation: The dangerous journey from command to self-control. *Revista de Direito Ambiental de Harvard, Cambridge*, v. 22, mai. 1998, p. 103.

¹⁹⁴ STEINZOR, op. cit. p. 103.

com custos de transação inferiores.

4.4.3 Modelo de normatização contratual de regulação

Neste modelo, a agência reguladora confia a entes privados para estabelecer as normas regulatórias que deverão ser adotadas pelo ente regulador. A ideia central é que a agência reguladora reduza os custos de transação atribuindo a tarefa de normatizar a um terceiro na relação regulatória (ente privado que não seja objeto da regulação). É importante destacar que esse modelo regulatório só será financeiramente viável se o desenvolvimento da normatização regulatória pelo terceiro incorrer em menor custo ou, no mínimo, em custo equivalente.

Nesse modelo regulatório os custos de transação estão relacionados a comportamentos oportunistas, inadimplemento contratual e problemas de ação coletiva¹⁹⁵. Para Olson¹⁹⁶, esses custos muitas vezes variam dependendo do fato da agência ter se utilizado de organizações privadas de normatização ou de negociações de normatizações regulatórias.

Em suma, o modelo de normatização contratual de regulação se manifesta de forma similar ao modelo anterior, inclusive no tocante aos problemas que influenciam os custos de transação. Entretanto, ao invés de se relacionar à função de execução da normatização, como no anterior, vincula-se à função normativa.

4.4.3.1 Organizações privadas de normatização

A função mais importante das agências reguladoras é a de normatização, estabelecendo os parâmetros técnicos para a atuação regulatória. Portanto, confiar a empresas privadas a normatização regulatória pode gerar diversas consequências negativas. Primeiramente, porque os entes privados tendem a incorrer em comportamentos oportunistas, posto que os objetivos deles, via de regra, não correspondem aos da agência reguladora. Além disso, qualquer transação entre uma agência e uma empresa privada

¹⁹⁵ Cf. tópico 3.4.1. Problemas de ação coletiva.

¹⁹⁶ OLSON, op. cit. n. 57, p. 76.

encarregada de normatização tende a ser incompleta porque é difícil para a agência especificar previamente os parâmetros para a normatização regulatória.

A consequência da confiança nos entes privados para normatizar acarreta um problema de ação coletiva. Essas empresas buscarão estabelecer as políticas regulatórias de modo a maximizar o próprio lucro. Ainda que se trate de uma empresa sem fins lucrativos, seus objetivos podem ser inconsistentes com os objetivos da agência. Posto que aquela pode ter objetivos diferentes das metas do ente regulador, assim como pode sofrer forte influência de empresas que almejam a maximização dos lucros.

Por exemplo, como destaca Dennison¹⁹⁷, nos Estados Unidos, o Congresso autorizou que agências deveriam dirigir sua atuação regulatória na busca pela melhor tecnologia disponível (best available technology) no mercado. Assim, uma organização ao buscar embasamento científico para desenvolver normas protetivas normalmente espera até que evidências científicas complementares sejam comprovadas, ou até chegar a alguma conclusão no tocante ao risco de determinado produto químico, então, após exaustiva avaliação científica do risco inerente a determinada substância é que se proíbe a sua comercialização. Entretanto, a utilização desse produto até a proibição proporcionou diversos danos à coletividade.

Além disso, representantes das indústrias tendem a dominar o processo decisório em muitas instituições não lucrativas, com isso, as normas produzidas acabam refletindo os interesses das indústrias. No entendimento do Hamilton:

Devido à orientação da indústria sobre as comissões técnicas, os custos e a complexidade de uma maior segurança quase certamente serão determinados por essas comissões, e não por um indivíduo cuja principal preocupação é a segurança ou a saúde. A profusão de decretos legislativos concernente a questões de segurança e saúde nas agências governamentais sugerem que para a maioria das pessoas o equilíbrio proporcionado pelo setor privado, muitas vezes não leva em consideração a saúde ou a segurança de forma satisfatória.¹⁹⁸

¹⁹⁷ DENNISON, op. cit. n. 195, p. 127.

¹⁹⁸ HAMILTON, Robert W. The law of corporations. St. Paul: West Group, 2000, p. 95. Trecho original: "Because of the industry orientation of most technical committees, the costs and complexity of increased safety or purity will almost certainly be weighted more heavily by these committees than by an individual whose primary concern is safety or health. The welter of

Assim, uma agência pode contratar um ente privado para escrever normas protetivas porque este tem menor custo de acesso a informações que do a agência. Conforme descrito no segundo capítulo, a existência de informações assimétricas acaba por acarretar comportamentos oportunistas pelo ente privado, o qual pode vir a explorar o seu acesso privilegiado a informações para atingir seus próprios interesses.

Em tais circunstâncias, a agência reguladora precisará contratar seus próprios especialistas para revisar o trabalho do ente privado. Essa medida pode fazer com que a regulação seja tanto ou mais custosa, do que a agência produzir, ela própria, a normatização regulatória. Dennison¹⁹⁹ destaca uma situação em que certa agência reguladora adotou a normatização escrita por uma empresa privada. Descobriu-se depois que essa normatização proporcionava proteção limitada para os trabalhadores em muitos casos, em razão da influência das indústrias sobre esses entes privados. Nessa situação, existe clara discordância entre estes e a agência no tocante ao parâmetro com o qual as normas protetivas devem ser estabelecidas.

No tocante ao inadimplemento contratual, os custos de transação da agência são aumentados na medida em que os entes privados se comportam de forma oportunista na feitura das normas regulatórias. Como os entes privados, os entes públicos são movidos por certa racionalidade, o que acarreta incompletude contratual entre partes. Na perspectiva da agência, o problema reside na adequada especificação dos objetivos e parâmetros da proteção regulatória almejada. Assim, na contratação de empresas para a normatização é importante especificar com clareza e objetividade os parâmetros de proteção regulatória de modo a evitar que o ente privado venha a escrever as normas regulatórias que não se relacionem com objetivos da agência reguladora.

Como destaca Glicksman²⁰⁰, determinar o nível adequado de regulação e qual a melhor forma de alcançá-lo requer decisões baseadas em informações incompletas e de resolução complexa em que se apresentem interesses

legislative enactments vesting issues of safety or health in the governmental agencies suggests that for most people the balance provided by the private sector often fails to accommodate health or safety considerations satisfactorily.”

¹⁹⁹ DENNISON, op. cit. n. 195, p. 139.

²⁰⁰ GLICKSMAN, Robert L. Risk regulation at risk: restoring a pragmatic approach. Stanford: Stanford University Press, 2002, p.104-105.

opostos. Nessas circunstâncias a normatização é desenvolvida por entes privados com informações imprecisas, a possibilidade de essas regras refletirem as expectativas da agência reguladora tende a ser pequena, podendo acarretar maiores custos de transação para a agência do que se tivessem sido estabelecidas pela própria agência.

No que concerne aos problemas de ação coletiva, quando uma agência firma parcerias com entes privados para que estes elaborem normatizações, aquela pode achar difícil modificar ou rejeitar tais normatizações quando é recomendável que o faça. Conforme o mesmo autor, a agência reguladora pode se encontrar nessa situação por duas razões. Primeiramente, confiar a entes privados a normatização libera a agência do desenvolvimento de nível técnico especializado para propor e redigir as normatizações. Ao mesmo tempo, a ausência ou minoração do corpo técnico especializado dificulta que o ente regulador fiscalize se os entes regulados estão respeitando a normatização criada pelo ente privado e adotada pela agência.

A segunda razão reside na possibilidade que uma empresa politicamente poderosa venha a influenciar os outros entes privados, fazendo com que a agência encontre empecilhos políticos para refazer a normatização estabelecida, inicialmente pelo ente privado, ainda que tenha a competência legal para fazê-lo. Quanto maior for a importância para a referida indústria direcionar a feitura das normatizações, maiores serão as doações para políticos, os lobbies, e as estratégias legais para proteger seus interesses.

Em situações assim, pode ser mais difícil para a agência firmar sua autoridade e independência para alterar normatizações estabelecidas por entes privados do que se tivesse confiado na própria normatização. Portanto, quando a agência reguladora se encontrar nessa posição, é aconselhável que a estimule e incentive o seu corpo técnico especializado para que possa regulamentar por conta própria.

4.4.3.2 Negociações de normatizações regulatórias

Negociações de normatizações regulatórias são menos vulneráveis a comportamentos oportunistas do que a contratação de organismos privados. Entretanto, esse modelo de regulação pode não ser recomendável em

decorrência do inadimplemento contratual. Ainda assim, essa abordagem apresenta menos problemas de custos de transação do que a normatização privada.

Se por um lado, o processo de decisão de organizações de normatização privada pode refletir interesses empresariais, a negociação regulatória envolve a participação de representantes de todos os interesses envolvidos. Enquanto cada participante tem seus próprios interesses, o resultado da negociação regulatória não será unilateralmente direcionado para o interesse de um determinado grupo porque emprega a regra da tomada de decisões por consenso.

Entretanto, as agências podem encontrar dificuldades na normatização regulatória em razão da necessidade de especificar previamente um conjunto de parâmetros de consolidação da política regulatória que acarretará decisões baseadas em informações incompletas. Como destaca Shapiro:

Uma agência não deveria utilizar a negociação regulatória em situações em que a negociação possa produzir um resultado que seja exógeno aos parâmetros da política que a agência considere razoável. Se a agência não puder especificar esses parâmetros com razoável especificidade, a agência pode ter que rejeitar os resultados da negociação regulatória²⁰¹.

A rejeição dos resultados da negociação regulatória acarreta maiores custos de transação para a agência reguladora. Para Funk²⁰², quando se inicia uma negociação regulatória, aquela não está completamente livre para dispensar os resultados, por duas razões: i) os membros que integram a negociação podem fazer pressão política para que a agência adote o que fora decidido; ii) Se a agência recusar a adoção das regras, ou no mínimo, partes significativas destas, acaba por desencorajar a participação de alguns participantes em futuras negociações regulatórias, pois estariam desperdiçando tempo e recursos para contribuições pouco importantes para a normatização

²⁰¹ SHAPIRO, op. cit. n. 139, p. 412. Trecho original: "An agency should not use regulatory negotiation in situations where the negotiation may produce a result that is outside of the policy parameters that the agency considers reasonable. If the agency cannot specify these parameters with reasonable specificity, the agency may have to reject the results of the regulatory negotiation".

²⁰² FUNK, William. When smoke gets in your eyes: regulatory negotiations and the public interest. EPA's Woodstove standards. Environmental Law Journal, New York, v. 18, 1989, p. 61-62.

regulatória.

O grau com que esse problema afeta a regulação é difícil de determinar. Como destaca o mesmo autor, “se a negociação regulatória for bem sucedida, ninguém contestará a regra porque todos os interessados foram representados na negociação e aprovaram o resultado”²⁰³. Portanto, o problema só existe até que a negociação regulatória produza uma regra inaceitável, que a agência reguladora por alguma razão não possa rejeitar. Esta poderá evitar esse resultado pela participação na negociação regulatória e escolhendo negociadores que promovam o consenso de modo a coincidir com os parâmetros da política regulatória.

Problemas de ação coletiva ajudam a explicar porque as agências fazem uso relativamente reduzido das negociações regulatórias, embora seja incerto determinar quando a negociação regulatória é a forma adequada de regulação. Ainda que a normatização interna possa ser mais vantajosa, é importante que se realize uma análise de custos de transação em cada setor para saber o meio de regulação mais adequado.

4.4.4 Autorregulação

A autorregulação seria a última alternativa ao modelo tradicional de agência reguladora e ocorre quando ao ente privado é permitido normatizar, e ao mesmo tempo, para executar as regras criadas. Neste modelo, manifestam-se os problemas de custos de transação, presentes, tanto no modelo regulatório de execução contratual, quanto no de normatização contratual de regulação. Porém, os custos de transação para a agência são maiores do que se a agência atuasse em qualquer dos modelos separadamente, tendo em vista que os custos são majorados em razão das fragilidades de cada modelo.

Conforme dito, no modelo de execução contratual e de normatização contratual, os custos de transação na autorregulação apresentam uma perigosa junção de comportamentos oportunistas, inadimplemento contratual e problemas de ação coletiva. Na maioria dessas situações, os custos de transação associados com essas características tendem a exceder qualquer

²⁰³ FUNK, op. cit. p. 66.

redução de custos de transação direto que a agência teria se empregasse a autorregulação. Este modelo tende a refletir o poder político da indústria regulada mais que o resultado da racionalidade do processo decisório de uma agência reguladora eficiente.

Para Fiani²⁰⁴, a primeira dificuldade é que o ente privado será influenciado pelo próprio interesse ao normatizar e ao executar o modelo regulatório. O problema se agrava nesse contexto porque o ente autorregulador terá a possibilidade de atuar de forma oportunista em ambas facetas da regulação. Assim, confundem-se os objetivos da regulação com os da empresa responsável pela autorregulação, independentemente quando sejam empresas com fins lucrativos, ou quando são influenciadas por elas.

Quando as organizações de normatização são dominadas por interesses corporativos produzem o mais baixo parâmetro de normatização regulatória, posto refletirem os interesses da indústria regulada.

No que concerne ao comportamento oportunista, uma atuação autorregulatória será influenciada pelo próprio interesse na feitura da normatização regulatória e sua execução. Para Fiane²⁰⁵, o problema é mais acentuado nesse contexto que no modelo de normatização contratual de regulação e do que o modelo regulatório de execução contratual porque a entidade autorregulatória tem a possibilidade de atuar de forma oportunista em ambos os aspectos, tanto na elaboração da normatização regulatória, como na execução do mesmo. Essa situação aumenta os custos de transação da agência reguladora se comparado a forma de regulação que se baseia na delegação de apenas um dos aspectos.

Para Britto, os custos de transação da agência remetem a “uma função diretamente relacionada a saber quando os participantes da autorregulação atuam de forma consistente com os interesses da agência reguladora”²⁰⁶. Acontece que, na maioria dos casos, entes privados têm interesses distintos dos da agência, particularmente quando aqueles são instituições que se pautam na maximização de lucro ou são influenciadas por empresas reguladas dessa natureza.

²⁰⁴ FIANI, op. cit. n. 58, p. 47.

²⁰⁵ FIANI, op. cit. n. 58, p. 49.

²⁰⁶ BRITTO, op. cit. n. 184, p. 136.

Nessa situação, a normatização regulatória produzida pelo ente autorregulador tende a refletir os interesses da indústria regulada. A menos que esses interesses sejam congruentes com os objetivos da agência, a autorregulação não produzirá normatização regulatória consistente.

Em síntese, a entidade de autorregulação tem a chance de atuar de forma oportunista no que concerne tanto a normatização quanto a execução regulatória. Isso faz com que a escolha por essa forma de regulação seja, no mínimo, moralmente questionável. A menos que a indústria regulada tenha grande incentivo para atuar de forma consistente com os interesses da agência.

Outro aspecto a ser abordado é a análise da hipótese de inadimplemento contratual. A agência tende a ter maiores custos de transação associados a essa forma de atuação regulatória. Nessa forma de atuação, assume-se que a agência revisou cuidadosamente a normatização regulatória que o ente autorregulador produz. Se não o fizer, a agência reguladora, muito provavelmente, falhará nos seus objetivos.

É inegável que a agência deve ser muito cautelosa na escolha pela autorregulação, tal decisão tende a aumentar, significativamente, os custos de transação se comparado a forma de regulação tradicional. Além de problemas decorrentes do comportamento oportunista e do inadimplemento contratual, existem problemas de ação coletiva. Esses problemas num cenário de autorregulação, como destaca Shapiro²⁰⁷, tendem a ser similares aos que ocorrem no modelo de normatização contratual de regulação. Ainda que o problema seja ainda mais grave no contexto da autorregulação.

Como se destacou anteriormente, tende a ser mais difícil para uma agência modificar ou rejeitar normatização gerada por entes privados do que produzir internamente a normatização (modelo tradicional). Quanto mais financeiramente valioso for para a agência adotar normatização escrita pelos entes privados, mais recursos serão destinados pela empresas reguladas a ações políticas para se alcançar esse resultado. Quando uma agência se encontra nesse cenário, é recomendável o desenvolvimento da normatização de forma interna (modelo tradicional).

²⁰⁷ SHAPIRO, op. cit. n., 139, p. 431.

5 Estrutura regulatória e agência multissetorial

Na regulação econômica, é importante o estudo do arranjo estrutural das agências reguladoras que juntamente com as formas de atuação regulatória completam o ciclo de análise dos principais elementos teórico-econômicos relacionados às agências reguladoras. Ao longo do presente capítulo, serão discutidas as vantagens estratégicas dos modelos unissetoriais e multissetorias diante dos comportamentos empresariais, com destaque para a internacionalização e especialização horizontal empresarial. Essas práticas empresariais dos últimos anos proporcionam desafios para a atuação regulatória o que influencia tanto as formas de atuação como o arranjo estrutural das agências reguladoras.

5.1 Funções da Atividade Estatal de Regulação

Para Calzolari e Scarpa²⁰⁸, entre as funções da regulação estatal, deve-se destacar, primeiramente, a de gerar volumes agregados de investimentos (inclusive em pesquisa e desenvolvimento) coerentes com as necessidades da economia. Em seguida, a função de proporcionar as condições institucionais compatíveis com a formação de arranjos eficientes em cada setor, permitindo assim, o uso consciente dos recursos da sociedade. A terceira função é a de que certas condutas empresariais contrariem o interesse público. Ademais, o atual panorama da economia não comporta a tradicional dicotomia “intervenção estatal x livre mercado”, mas apenas distintas modalidades de intervenção para lidar com estes desafios. Muito além dessa perspectiva, procura-se examinar as condições existentes em diversos setores assumindo aspectos globais de mercado para enfrentar as questões referidas anteriormente.

Para isso, Gazier e Cannac²⁰⁹, em seu livro *Lês autorités administratives indépendantes*, analisam as principais justificativas para a necessidade de uma atuação independente das agências reguladoras. Propõem três justificativas essenciais para a existência de independência das agências: i) oferecer

²⁰⁸ CALZOLARI, Giacomo; SCARPA, Carlo. Regulating a multi-utility firm. Centre for Economic Policy Research (CEPR), Londres, Discussion Paper n. 5516, 2007, p. 5.

²⁰⁹ GAZIER, François; CANNAC, Yves. *Lês autorités administratives indépendantes*. Paris, Conseil d'État, 1984, p.13.

garantia reforçada de imparcialidade das intervenções do Estado; ii) permitir maior participação de pessoas de origem e competência diversas, principalmente de especialistas em regulação; e iii) assegurar a eficácia da intervenção do Estado de forma rápida e que se adapte às necessidades do mercado. Neste trabalho, serão enfrentados os temas que demandam intervenção estatal, e estabelecem definições sobre indústria, setor e multissetor no âmbito da regulação no exercício da intervenção.

5.2 Indústria, Setor e Multissetor

No âmbito da regulação econômica, Sousa²¹⁰ conceitua indústria quanto às possibilidades de substituição no consumo e produção, ou seja, a atuação de determinada indústria é determinada em razão de seu público alvo (quem consome desse produto ou serviço), assim como a especialidade de sua produção.

Para que não reste dúvida, toma-se como exemplo a indústria de telefonia que num estágio inicial era distinta tanto da indústria de transmissão de ondas (quando aquela se restringia a oferecer serviços de telefonia fixa por meio de cabos), assim como da indústria de transmissão de dados. Hoje, com a especialização e a diversificação de serviços, essas indústrias reuniram-se no setor de telecomunicações, englobando tanto a transmissão de ondas, como de dados, alcançando novos serviços e consumidores. A especialização nesse setor é tamanha que dificulta a identificação isolada de uma única indústria. Por exemplo, quando se utiliza de um celular para acessar a internet, vislumbram-se as indústrias de telefonia e de transmissão de dados que, no caso, são inseparáveis (naquele serviço específico).

Assim, no âmbito da regulação pode-se definir cada indústria através de sua capacidade de mutabilidade, em serviços ou potenciais consumidores.

Setor seria o gênero no qual indústrias se relacionam em razão de uma confluência de atividades, ou seja, as possibilidades de substituição de produção e nicho de consumidores se relacionam, sendo congruentes. Assim, pode-se dizer que enquanto as condições de consumo ou de produção se

²¹⁰ SOUSA, Luiz Gonzaga de. Economia Industrial. Emvi, 2005. Disponível em: <<http://www.eumed.net/libros/2005/lgs-ei/index.htm>>. Acesso em: 22 out. 2010.

demonstrarem mutáveis, mutável será o conceito de determinada indústria e setor.

Por outro lado, a regulação multissetorial envolve indústrias e setores que podem não possuir uma relação de congruência das condições de produção e consumo. Sendo uma PUC (public utility commission) quando se relacionam setores congruentes, ou agências multissetoriais *stricto sensu* quando atuam em mais de um setor, ainda que não haja congruência entre os setores. É importante fixar esses conceitos como aspectos primordiais do tema tratado.

5.3 Surgimento e Natureza da Regulação Multissetorial

A regulação multissetorial pode ser compreendida como o funcionamento de uma única, ou poucas agências reguladoras, cuja responsabilidade é fiscalizar vários setores da economia, por exemplo, energia, água e telecomunicações. Como destaca Calzolari e Scarpa²¹¹, a primeira experiência em regulação multissetorial nos remete às *State Public Utility Commissions* nos Estados Unidos, conhecidas como PUCs, deve-se salientar, inclusive, que muitas dessas precederam as comissões federais de comunicação americanas, as quais são tidas como as mais antigas agências reguladoras do mundo no ramo das telecomunicações.

A origem das PUCs advém de uma associação ferroviária, intitulada Associação Nacional dos Comissários de Utilidades e Ferrovias²¹². Criada como uma instituição privada com finalidades regulatórias no âmbito das ferrovias que passou a acumular gradualmente os setores de energia, água e telecomunicações (setores de serviços essenciais).

Assim, surge um questionamento em relação ao processo histórico da regulação multissetorial. Qual seria a razão para se buscar funções adicionais à regulação de ferrovias? O que se pode perceber de forma geral é que as funções adicionais concedidas à regulação ferroviária apresentam um aspecto comum, que seria o fato de serem formas de comunicação e de infraestrutura.

²¹¹ CALZOLARI; SCARPA, op. cit. n. 208, p. 4.

²¹² Tradução do termo National Association of Railroad and Utility Commissioners (NARUC). A designação que foi alterada com o tempo para National Association of Regulatory and Utility Commissioners, permanecendo a mesma sigla.

Ou seja, num estágio inicial, o impulso que proporcionou a criação de agências multissetoriais foi justamente a necessidade de interligar setores de infraestrutura, pois com cada nova cidade ou agrupamento de pessoas surge a necessidade de proporcionar meios de transporte, energia e água.

Noutra perspectiva, como destaca Baldwin e Cave²¹³, a regulação multissetorial pode ter se desenvolvido em razão não de uma necessidade exógena ao mercado, mas sim, em razão de uma situação natural em que grandes empresas diversifiquem sua atuação em setores da economia, ainda que não haja certa convergência dos fatores de produção.

Isso ocorre quando sistemas regulatórios proporcionam vantagens da atuação dessas empresas em mais de um setor, esse fenômeno ocorre principalmente em setores de infraestrutura, particularmente, por se caracterizarem como investimentos de baixa lucratividade e de retorno a longo prazo. E essa estratégia empresarial (especialização horizontal) acabou por incentivar uma atuação multissetorial na medida em que a iniciativa privada criava o cenário ideal para essa situação. Se os órgãos reguladores não se adequassem a essa conjuntura, a própria regulação seria inócua.

5.4 Especialização horizontal e a necessidade de regulação multissetorial

Muitas empresas que atuam em setores altamente regulados frequentemente operam em mercados não regulados também (sem agência reguladora específica). Isto é particularmente frequente no caso das empresas prestadoras de serviços de utilidade pública, como água, gás, energia elétrica, resíduos, transportes e telecomunicações. Como destaca Sommer²¹⁴, o recente aumento de empresas multiutilitárias (que atuam em mais de um setor) é consequência de vários fatores, desde a onda de fusões das últimas décadas, ao processo mundial de liberalização e também alguns avanços tecnológicos decorrentes da fase atual da globalização, como exemplo, a possibilidade de utilizar sistemas de distribuição de energia elétrica para as telecomunicações.

O autor exemplifica a empresa Centrica, do Reino Unido, que opera na

²¹³ BALDWIN; CAVE, op. cit. n. 23, p. 137.

²¹⁴ SOMMER, Dirk. Multi-Utilities: Blurring Industry Boundaries. *Public Policy Journal*, Washington, v. 7, n. 10, p. 12-35, mai./jun. 2004, p. 16.

indústria de gás, transporte, eletricidade, e em alguns serviços em segmentos competitivos dos setores de energia, telecomunicações e serviços financeiros. A Vivendi e a Suez-Lyonnaise des Eaux, por sua vez, atuam nos setores de água, energia, resíduos, gás e telecomunicações, na França e em muitos outros países. A RWE, na Alemanha, e a Enel, na Itália, operam em mercados não regulados de energia e de telecomunicações. A Poste Italiane é um monopolista no setor postal e recentemente entrou no setor bancário, com estratégias de competição muito agressivas. Nos Estados Unidos um terço dos mais de duzentos fornecedores de eletricidade também oferecem serviços de telecomunicações. Além destes conglomerados, há também uma infinidade de empresas menores que foram incorporadas localmente, mas oferecem uma ampla gama de serviços em setores regulados e não regulados.

A atuação de agências reguladoras em mais de um setor da economia (multissetoriais), possuem diversas peculiaridades e diversas vantagens estratégicas. Como destaca Sommer²¹⁵, as razões para a existência das agências multissetoriais são várias, sendo que a principal delas gira em torno da palavra "sinergia", termo geral que indica como as economias se comportam diante da oferta de serviços horizontalmente diversificados, mas também a capacidade de uma empresa para captar clientes em outro mercado.

Assim, há motivos tecnológicos e comerciais que se manifestam muitas vezes em serviços que promovem certa conveniência aos consumidores, como por exemplo, a "conta única" para um pacote de serviços de utilidade pública. O que poderia parecer um argumento favorável à diversificação horizontal, acaba incorrendo em desafios regulatórios. Atividades conjuntas por uma empresa multiutilitária pode tornar mais difícil para os reguladores desempenharem eficientemente suas tarefas, produzindo preocupações no âmbito da política de concorrência.

Uma empresa que opera em setores competitivos pode repartir os custos dentro de suas atividades para que os clientes cativos de setores monopolizados estejam pagando por atividades da empresa em outros mercados competitivos. Além disso, a permissão para que uma empresa utilize parte dos seus ativos para competir em segmentos não regulados pode

²¹⁵ SOMMER, op. cit. p. 22.

proporcionar vantagem sobre seus rivais, ou pode alavancar uma posição monopolista para obter acesso mais fácil aos clientes em mercados competitivos, esses aspectos são considerados prejudiciais à concorrência leal. A multiutilitária também pode tirar proveito dos reguladores setoriais (unissetoriais) que não coordenam as suas políticas.

No tocante a serviços de utilidade pública, percebe-se que as agências que atuam em mais de um setor promovem e incentivam ambientes competitivos, assim como tendem a alcançar melhores resultados na atuação regulatória. Para Severinov²¹⁶, é recomendado operar o chamado "unbundling", ou seja, separação dos ativos e pessoal pertencente a cada setor. Essa operação no âmbito da regulação em nível macroeconômico, é a separação dos ativos e pessoal para a análise dos setores da economia de forma independente. Essa separação permite melhor organização das informações inerentes a cada setor.

Entretanto, é importante não confundir essa separação, que ocorre no âmbito da agência multissetorial, com a separação voltada à atividade empresarial que remete à desvinculação da infraestrutura à determinada empresa. Por exemplo, uma empresa de telecomunicações que necessita de infraestrutura para exercer sua atividade, para tanto, controí torres de transmissão de sinal para celular, quando ocorre o *unbundling* empresarial, as torres de transmissão construídas por determinada empresa passam a ser utilizadas por quaisquer outras empresas. De um lado, é promovida a concorrência na medida em que outros agentes econômicos podem ingressar no mercado ou expandir seus serviços sem necessitar de maiores aportes pecuniários, pois utilizaria da infraestrutura já implantada. Por outro lado, a depender como seja implementado o *unbundling* empresarial, as empresas podem concluir que essa operação é uma forma de estatização do setor. Outro revés aparente é a diminuição do investimento em infraestrutura, pois haveria o aproveitamento exaustivo da infraestrutura existente. Cada uma dessas operações regulatórias (*unbundling* multissetorial e o empresarial) possui suas peculiaridades e consequências específicas. Para este trabalho importa a separação (*unbundling*) da atuação da agência multissetorial.

²¹⁶ SEVERINOV, Sergei. Optimal Organization: Centralization, Decentralization or Delegation? 4. ed. Durham: mimeo, Duke University, 2003, p. 52.

A importância da separação da atuação da agência multissetorial (unbundling multissetorial) decorre da necessidade de melhor gestão dos custos de regulação e da influência exercida pelas informações assimétricas. Primeiramente, quando a agência reguladora não estabelece uma organização sistemática, por meio do “unbundling”, a análise de custos da regulação tende a ser ainda mais imprecisa. Num cenário em que a agência unissetorial estiver diante de uma empresa (especializada horizontalmente) que atua em mais de um setor, oferecendo o chamado multiproduto, certamente enfrentará o problema de informações assimétricas, em decorrência da gestão informacional deficiente. Essa empresa multiproduto se apresenta, normalmente, por meio do controle acionário de diversas empresas menores, ou ainda por meio de um acordo entre empresas. Baron e Myerson²¹⁷ aduzem que essa situação seria o maior obstáculo enfrentado pela regulação econômica, qual seja, conhecer os custos envolvidos, tanto da agência reguladora no estabelecimento da política regulatória, como também os custos das empresas reguladas.

Em um documento conjunto emitido pela OFWAT²¹⁸, a falta de informações sobre os custos das atividades das várias empresas, que atuam em diversos setores (especializadas horizontalmente), foi tida como a primeira questão a ser devidamente acautelada para a promoção da regulação eficaz desse tipo de empresa.

Atente-se, assim, para um conflito entre os benefícios potenciais da multi-utilidade e o custo regulatório potencial dessas empresas. É importante analisar aspectos correlatos ao conflito de escolha na regulação, conhecido pela expressão *trade off*²¹⁹ entre a eficiência técnica das economias de escopo²²⁰, na diversificação de multiserviços e a eficiência do processo

²¹⁷ BARON, David P.; MYERSON, Roger B. Regulating a Monopolist with Unknown Costs. *Econometrica*, Econometric Society, v. 5, n. 21, p. 897-953, 1982, p. 912-913.

²¹⁸ OFWAT – Office of Water Services.

²¹⁹ Trade-off é uma expressão que define uma situação em que há conflito de escolha. Ele se caracteriza em uma ação econômica que visa à resolução de problema mas acarreta outro, obrigando uma escolha. Ocorre quando se abre mão de algum bem ou serviço distinto para se obter outro bem ou serviço distinto.

²²⁰ As economias de escopo são conceitualmente semelhantes às economias de escala. Considerando que a economia de escala, para uma empresa, refere-se à redução do custo médio (custo por unidade) associado com o aumento da escala de produção para um único tipo de produto. Economia de escopo se refere à redução do custo médio de uma empresa em produzir dois ou mais produtos. As economias de escopo tornam a diversificação de produtos

regulatório, segundo o qual o funcionamento de uma empresa multiutilitária (multiproduto) gera opacidade sobre suas próprias contas. Nessas empresas, verifica-se potencial redução de custos, que poderia ser vantajosa para o consumidor final, num cenário em que a economia dos custos são transferidos aos preços. Convém lembrar que, para as empresas, É evidente que um dos objetivos da especialização horizontal é a economia de custos.

O fato é que os valores dessa economia geralmente são desconhecidos pelo ente regulador (até mesmo o multissetorial), de modo que a decisão de diversificar acarreta assimetrias de informação, entre o regulador e a empresa multiutilitária, com consequências potencialmente gravosas. A integração de diversos setores aumenta a complexidade de organização da empresa e, como de costume, a empresa estaria em posição melhor para avaliar o nível exato de economias de escopo. Assim, a especialização horizontal da empresa traz um elemento adicional de incerteza (os valores da economia de custos da especialização horizontal das empresas) para o regulador, o que aumenta a complexidade de suas tarefas.

Myerson²²¹ enfatiza que o regulador não é o único agente afetado por informação assimétrica nas economias de escopo, porque as empresas rivais no setor competitivo podem estar em condição semelhante. Na verdade, quando a diversificação multiproduto é permitida, as empresas enfrentam um novo concorrente potencialmente mais eficiente, porque os custos não são devidamente conhecidos. Como o objetivo principal da especialização horizontal é diminuir os custos, a empresa multiproduto ingressa no mercado com custos inferiores ao dos demais concorrentes.

Neste contexto, a estratégia mercadológica da empresa multiutilitária no setor regulado, como o preço utilizado e a quantidade oferecida de produtos, são importantes fontes de informação sobre as economias de escopo para os concorrentes no mercado regulado. Calzolari e Scarpa²²² destacam que o marco regulatório de determinado setor acaba por transmitir informações relevantes para os mercados não regulados e que os incentivos concedidos à

eficazes se forem baseadas no uso comum e recorrente do know-how do proprietário ou um ativo indivisível físico de suas tarefas.

²²¹ MYERSON, Roger B. Incentive Compatibility and the Bargaining Problem. *Econometrica*, Econometric Society, v. 7, n. 4, p. 61-102, 1979, p. 65.

²²² CALZOLARI; SCARPA, op. cit. 208, p. 7.

empresa multiutilitária para divulgar informações ao regulador são afetados por suas atividades no mercado regulado. Nos dizeres desses autores:

Notadamente, sabemos que os efeitos da externalidade informacional dependerá muito do tipo de concorrência existente no mercado não regulado. Em especial, quando as empresas competem em quantidades, a empresa multiutilitária é negativamente afetada pela informação para o mercado não regulado, podendo induzir facilmente o regulador à revelação de verdadeiras economias de escopo, reduzindo assim, distorções no setor regulado. Ao anunciar um baixo nível de economias de escopo para obter regulação branda, a empresa multiutilitária obtém o efeito de compensação por induzir as empresas rivais a expandirem sua produção no mercado livre. Ao contrário, ante a concorrência de preços, a externalidade favorece o utilitário multi-modo e seu aumento de lucro, sendo o regulador obrigado a usar uma política uniforme de regulação que seja independente do nível efetivo de economias de escopo²²³.

Vê-se, portanto, que é necessário analisar se uma empresa do mercado regulado deve ser autorizada a realizar a diversificação horizontal, permitindo, assim, que um novo multiutilitário venha a competir em outros mercados. De um lado, o multiutilitário se utiliza da especialização horizontal em detrimento da separação das atividades em diversos setores que pode vir a ser obrigatória. Por outro lado, como discutido acima, a tarefa do regulador se torna mais complexa porque a dimensão exata das economias de escopo, geralmente, são informações particulares da empresa, o que reduz a eficiência da regulação.

Se o regulador conhecia o nível de especialização horizontal das empresas multiproduto, a integração seria certamente desejável porque as empresas rivais poderiam simplesmente avaliar o nível de redução de custos das economias de escopo das empresas multiproduto, inspecionando a quantidade e o preço que têm sido estabelecido pelo órgão regulador²²⁴. A

²²³ CALZOLARI; SCARPA, op. cit. 208, p. 8-9. Traduzido pelo autor. Texto original: "Notably, we show that the effects of this informational externality will very much depend on the type of competition occurring in the unregulated market. In particular, when firms compete on quantities, the multi-utility is negatively affected by the informational externality to the unregulated market and the regulator can more easily induce truthful revelation of scope economies thus reducing the distortions in the regulated sector. Announcing a low level of scope economies to obtain lenient regulation, the multi-utility obtains the countervailing effect of inducing the rival firms to expand output in the unregulated market. On the contrary, with price competition, the externality favors the multi-utility so that its profit increase, and the regulator may be constrained to use a uniform regulatory policy which is independent of the effective level of scope economies."

²²⁴ O estabelecimento de preços está relacionado diretamente a uma espécie de regulação que é a regulação de preços (price regulation), que promove uma atuação mais direta na economia.

análise é mais sutil quando o nível das economias de escopo está relacionada a uma informação privada da empresa multiutilitária.

Como destaca Myerson²²⁵, quando a integração gera (ou reforça) uma assimetria de informação é preciso considerar alguns efeitos adicionais. Primeiro, o regulador deve permitir que a empresa conserve algumas vantagens a fim de induzir à revelação de informações. Em segundo lugar, como discutido em capítulo anterior, a extração de informações íntegras pode ser difícil para a política regulatória de modo a gerar preços uniformes para diferentes níveis de informações, com considerável redução na eficiência na alocação de recursos pela agência reguladora. Finalmente, o mercado não regulado será permeado por assimetria de informações, a menos que a política regulatória forneça informações para as empresas rivais.

Neste caso, é pouco previsível saber se a empresa multiutilitária acarreta benefícios ou não para determinado mercado. Isto é ainda mais verdadeiro se o número de concorrentes ativos no mercado não regulado puder ser afetado pelas decisões da empresa multiutilitária. Se a agência reguladora permitir este tipo de diversificação pode afetar a estrutura mercadológica da indústria regulada.

Portanto, revela-se que a integração horizontal e o agrupamento multiutilidade de atividades trazem problemas informacionais para o regulador e para os concorrentes no mercado. Isso vale para as empresas numa competição tanto no fator quantidade quanto no preço.

Alguns trabalhos, a exemplo de Brauetigam e Panzar²²⁶ e Brennan e Palmer²²⁷, abordaram os problemas e a necessidade de diversificação horizontal das empresas reguladas, principalmente, a análise de eventuais subsídios cruzados para os diversos setores. Mais recentemente, Sappington²²⁸ analisou o desvio de esforço do regulador para atividades não

Relaciona-se com mais frequência a indústrias que fornecem produtos que tendem a um processo de cartelização. Por exemplo, o fornecimento de combustíveis em postos de abastecimento veicular.

²²⁵ MYERSON, op. cit. n. 221, p. 74.

²²⁶ BRAEUTIGAM, Ronald; PANZAR, John C. Effects of the change from rate-of-the-return to price cap regulation. *American Economic Review*. v. 83. n. 2. 1993, p. 12-19.

²²⁷ BRENNAN, Timothy; PALMER, Karen. Comparing the Costs and Benefits of Diversification by Regulated Firms. *Journal of Regulatory Economics*. vol. 6. n. 2, p. 115-136, 1994, p. 119.

²²⁸ SAPPINGTON, David E. M. Regulating Service Quality: A Survey. *Journal of Regulatory Economics*, p.12-25, 2005, p. 15.

reguladas em conjunto com a capacidade das empresas para realizar gastos desnecessários, discutindo a conveniência da diversificação. Para esse autores, há riscos e benefícios potenciais da diversificação. No entanto, as análises enfatizam o papel dos subsídios cruzados e da repartição do esforço, enquanto se consideram as questões informacionais relacionadas com a dimensão das economias de escopo gerada pela política regulatória. Assim, é importante para o ente regulador hangariar o máxima de informações íntegras para saber o nível de especialização horizontal e qual a economia de custos das empresas de modo que a política regulatório alcance seus objetivos.

Conclui-se que diante de uma agência reguladora unissetorial, uma empresa especializada horizontalmente se beneficia de vantagem indevida perante seus concorrentes, fato que distorce a concorrência e pode ser prejudicial para os consumidores. Num cenário em que não há especialização horizontal o problema das informações assimétricas se apresenta com grande intensidade, esse problema é intensificado exponencialmente quando se inserem no mercado as empresas multiutilitárias, o que afeta tanto as empresas rivais quanto o ente regulador.

5.5 Agências multissetoriais no controle da informação assimétrica

Ao longo deste trabalho, discutem-se aspectos importantes para a devida compreensão do que é necessário para a criação de uma agência reguladora eficiente. Cabe indagar sobre qual modelo de regulação seria mais eficiente para o atual panorama econômico da sociedade, o multissetorial ou o setorial. O fato é que essa questão é polêmica e muitos complicadores envolvem a problemática. Não se trata de indagação simples porque é preciso conhecer as consequências decorrentes de cada modelo estrutural regulatório, com suas vantagens e desvantagens, ponderando os prós e os contras em cada caso.

Este trabalho não pretende fornecer respostas definitivas a essa questão, mas ousa querer incrementar a discussão acerca de políticas e temáticas concernentes à regulação, propondo elementos objetivos para a análise da estrutura regulatória. Cabe alertar, de antemão, que os efeitos da aplicação de determinado modelo de regulação será diferente em cada país,

não podendo afirmar, assim, que haveria uma única fórmula a ser utilizada em lugares distintos.

Entretanto, é possível determinar formas de aproximação entre diversos setores tendo em vista a gama de estratégias corporativas utilizadas pelas empresas no estágio atual da economia de mercado. Nesse contexto, diante de situações de difícil solução para a teoria econômica tradicional, novas abordagens teóricas têm ganhado espaço na doutrina econômica, com destaque para as que tratam de questões contratuais. Como salientam Brennan e Palmer²²⁹, tais abordagens almejam a inserção de questões até então pouco consideradas pelas teorias regulatórias tradicionais, como: i) o não adimplemento contratual em função da incerteza no âmbito da teoria da imprevisibilidade de situações futuras; ii) a atuação dos agentes de mercado que adotam comportamentos oportunistas; e iii) a crescente importância das agências reguladoras visando à diminuição das incertezas e direcionando a melhor forma de atuação para os demais agentes.

Merece destaque a teoria do *agente-principal*²³⁰, desdobrando um pouco essa classificação tenta-se viabilizar a ideia dos incentivos na economia. Essa teoria tem o problema de não esclarecer o ponto básico quanto aos determinantes dos limites de cada empresa. Nessa perspectiva, estabelecem-se relações com as problemáticas relativas à assimetria de informações e aos direitos de propriedade.

Esse ramo da teoria dos contratos designa a interrelação entre dois agentes econômicos, sendo um principal e outro, secundário. O agente secundário dispõe de um leque de possíveis comportamentos, cujas ações afetam a relação entre as partes, sendo dificilmente acessíveis pelo agente principal. Este tipo de relação coloca em tela o problema de assimetria de informações entre o agente secundário e o principal, por isso, importa à compreensão do processo regulatório.

Para uma análise holística, o principal agente econômico deve estabelecer algum mecanismo de compensação que ensejaria a motivação de outro agente econômico a agir de acordo com os interesses sociais almejados

²²⁹ BRENNAN; PALMER, op. cit. n. 233, p. 124.

²³⁰ Esta teoria considera a existência de dois atores, sendo denominados principal e agente. Ambos se relacionam por meio das transações de mercado. O principal é um ator cujo retorno depende da ação de um agente ou de uma informação que é propriedade exclusiva deste. Essa relação introduz dois problemas sobre como devem se organizar as empresas e sua relação com o mercado afetando, inclusive, os padrões de investimento e de determinação dos níveis de emprego de recursos. Trata-se do risco moral e da seleção adversa.

pelo Estado (principal agente econômico). O maior impasse nessa situação, para a teoria dos contratos, é a dificuldade em monitorar o esforço dos agentes econômicos envolvidos em uma transação. Muitos complicadores na elaboração dos contratos são derivados desse dilema. Por isso, desenvolveram-se modelos de incentivos baseados no desempenho de cada empresa. Como destaca Myerson²³¹, na elaboração de um esquema de incentivos, as partes envolvidas enfrentam o *trade off*²³² entre incentivos ideais e repartição de riscos ideais.

Ainda que se admita a vigência do contrato apenas entre as partes sem consequências externas imediatas, a relação e o adimplemento dos dispositivos contratuais se encaixam em contexto de informação assimétrica, pois o órgão regulador dispõe de um conjunto imperfeito de informações sobre a empresa.

Caso tais informações se relacionem à estrutura de custos da empresa regulada, o ente regulador detém uma base de conhecimentos de confiabilidade condicionada às informações prestadas pela empresa. Nessa questão reside a problemática da captura do regulador²³³ pela empresa regulada. Com isso, o poder de regulação das agências será mitigado de forma significativa, tendo em vista que estas tomarão suas decisões baseando-se em informações maquiadas ou no mínimo imperfeitas.

Por mais que o regulador tente reduzir esse problema estruturando alguns mecanismos que levem a empresa regulada a fornecer corretamente as informações necessárias, na maioria dos casos, os interesses da empresa em demonstrar uma saúde financeira ao mercado sobrepõem quaisquer incentivos dos órgãos reguladores.

É evidente que o regulador tem pleno conhecimento de sua situação com relação à assimetria de informações, e deve evitar a configuração de uma situação de captura regulatória. Levêque²³⁴ levanta três problemas que passam

²³¹ MYERSON, op. cit. n. 221, p. 79.

²³² Cf. n. 225.

²³³ Esse fenômeno regulatório ocorre quando determinada empresa alimenta as agências reguladoras com informações imperfeitas de modo a criar uma realidade artificial para que a agência reguladora desconheça a verdadeira situação econômico-financeira da empresa. A pior das consequências da captura do órgão regulador é que pode acarretar a perda de credibilidade da agência, e indiretamente gera o aumento dos custos e diminuição da eficácia da regulação.

²³⁴ FRANÇOIS, Levêque. *Economie de la réglementation*. La Découverte, Paris, 2004, p.48-49.

a ser enfrentados pelo regulador sob essa perspectiva: i) aumento do desempenho técnico das empresas reguladas (reduzindo custos); ii) alocação ineficiente de recursos; e iii) minimização dos efeitos distributivos da repartição das rendas entre produtores e consumidores.

Entretanto, tais problemas acabam se tornando contraditórios, dentre outros aspectos, o caráter incompleto dos contratos é o principal deles. Conforme a corrente adotada por Levêque²³⁵ as principais perspectivas teóricas desenvolvidas se basearam no ideário de que os contratos abrangeriam quaisquer eventuais conflitos entre os agentes econômicos.

Analisando a assimetria de informações na perspectiva contratual percebe-se que a principal consequência é a redução da possibilidade na elaboração de contratos que tentem prever as mais diversas circunstâncias contratuais. Tais impasses causam danos ainda maiores em ramos da economia que passam por períodos de reforma setorial e estrutural, como a própria teoria da regulação.

5.6 Falhas da regulação setorial frente a comportamentos empresariais oportunistas

Muitos são os fatores concernentes à regulação econômica que favorecem as empresas reguladas e a assimetria informacional é seguramente a maior delas. No intuito de exercer uma regulação eficiente, visando alcançar a manutenção do serviço de forma constante com preço e qualidade razoáveis, sustentando um mercado competitivo, é preciso dispor de um vasto leque de informações. Para conseguí-las existem certos custos, os chamados custos de regulação, e é essa necessidade que determina a atuação das agências reguladoras.

Para que haja melhor entendimento sobre a influência dos comportamentos empresariais na escolha da estruturação das agências reguladoras é necessário conhecer as estruturas de arranjo unissetorial e multissetorial.

O sistema de regulação unissetorial (modelo brasileiro federal de

²³⁵ FRANÇOIS, op. cit. p. 53-54.

regulação) é aquele em que existe um órgão regulador para cada ramo da economia, ou seja, para o setor das telecomunicações existe a ANATEL, para a aviação civil a ANAC, entre outros. Com isso, certos comportamentos empresariais adotados pelas empresas tornam o processo regulatório mais difícil.

Quando a atuação das empresas de determinado setor tende a permanecer restrito àquele ramo da economia, mais precisamente quando as empresas agem em ramos menos especializados da economia, a regulação unissetorial alcança resultados satisfatórios. No entanto, diante da atual tendência de mercado da crescente necessidade de dominar todo o processo produtivo e da constante diversificação de investimentos, entre outros aspectos concernentes à globalização, a regulação unissetorial se mostra ineficiente. Existe uma tendência cada vez maior de que grandes conglomerados transnacionais atuem em mais de um setor e em mais de um país, comprometendo de forma significativa a atuação regulatória das agências unissetoriais. É como se esses conglomerados fossem maiores que a própria entidade reguladora.

Considerando a situação em que o crescimento da empresa não se dá necessariamente em razão da expansão do mercado, vários comportamentos estratégicos de gestão empresarial podem ser vislumbrados. Fabião²³⁶ elenca os seguintes comportamentos: i) processo de integração vertical²³⁷ (dentro do próprio setor); ii) internacionalização²³⁸; e iii) diversificação²³⁹ (atuação em atividades não correlatas), ou como se prefere designar, especialização horizontal.

Como destaca o autor, entre essas possíveis estratégias de atuação, a integração vertical dentro do próprio setor não acarreta muitas distorções ao processo regulatório tendo em vista que, além de permanecer sob a égide do

²³⁶FABIÃO, Maurício França. O Negócio da Ética: um estudo sobre o Terceiro Setor Empresarial. Disponível em: <http://www.ethos.org.br/_Uniethos/Documents>. Acesso em 10 jan. 2010, p. 4.

²³⁷O processo de integração vertical se dá quando determinada empresa atua nas diversas etapas de produção num mesmo setor.

²³⁸A internacionalização ocorre quando determinada empresa resolve expandir suas atividades para mercados não integrados entre si. É mais comumente conhecida como o procedimento pelo qual a empresa se torna transnacional.

²³⁹A diversificação de atividades promove às empresas uma maior estabilidade frente a crises em setores específicos da economia, e ao mesmo tempo, as coloca em posição mais estratégica na tomada de decisões.

mesmo órgão regulador, não serão necessários maiores dispêndios no melhoramento da estrutura. É importante esclarecer que o problema da informação assimétrica ainda existe nessas situações, ainda que mais facilmente apuradas. As consequências mercadológicas são diversas, a exemplo da dificuldade de manutenção da concorrência. Nessa perspectiva, a agência reguladora deve assumir ações conjuntas com órgãos responsáveis pela defesa da concorrência, por exemplo, o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). No entanto, diante do segundo e terceiro aspectos, quais sejam, a internacionalização e a diversificação das atividades (especialização horizontal), as complexidades concernentes ao processo regulatório são significativamente mais elevadas em relação ao quadro anterior. A consequência mais aparente que decorre dessas estratégias é a inegável perda do poder de atuação do órgão regulador setorial sobre as empresas reguladas.

Quando da aquisição de participação de uma empresa em outra, de país diverso, resta evidente a ausência de controle sobre as atitudes da empresa adquirente no país estrangeiro. Essa perda de controle acontece da mesma forma no caso da diversificação das atividades da empresa, tendo em vista que a agência unissetorial se destina apenas a controlar as atividades num único ramo da economia. Dessa situação, surgem ainda outros reveses como a questão da fronteira de competência entre as diversas agências setoriais, essa situação é mais visível quando as atividades de determinada empresa permeiam mais de um setor.

Em decorrência do processo de diversificação de atividades, no qual muitas empresas têm se tornado multiutilitárias (também conhecidas como “multi-monopólios”²⁴⁰), o problema de fronteira de competências assume consequências muito mais conturbadas. As estratégias de internacionalização e a especialização horizontal não apenas dificultam a tarefa regulatória, como também acarretam maiores custos para a regulação, tendo em vista que a busca de informação se torna mais onerosa, facilitando a transmissão de informações assimétricas entre regulador e empresas reguladas.

Pode-se analisar, de forma sistemática, como o órgão regulador perde o

²⁴⁰ ABICALIL, op. cit. n. 127, p. 23.

controle e o poder de atuação sobre determinadas empresas quando estas adotam um vasto leque de estratégias de expansão, conforme demonstrado ao longo do presente trabalho. Outro mecanismo de apuração para avaliar a eficiência do processo regulatório se dá através da análise da receita líquida da empresa em questão, tendo em vista que esta deve ser refletida no grau de diversificação das empresas atuantes em determinado setor. Como destaca Sappington²⁴¹, isso aumenta de forma assustadora o risco de captura do ente regulador, tornando-se necessários mecanismos de gestão informacional inerente ao *unbundling* (separação das atividades de cada setor) para que haja um processo regulatório eficiente.

5.7 Considerações de efetividade na escolha do modelo estrutural de agência reguladora

Para que seja determinado o grau de efetividade e aplicabilidade de determinado modelo de regulação deve-se considerar uma série de fatores que influenciarão direta ou indiretamente na escolha desse modelo, dentre os quais Hewitt destaca: “a) de ordem social: estrutura do governo, processo histórico, raízes culturais, aspectos geográficos e demográficos; b) de ordem econômica: a adequação desse modelo à estrutura existente, direcionamento de recursos para a regulação; c) de ordem internacional: integração com mercado global, assistência internacional e troca de informações com agências reguladoras internacionais ou de outros países; d) de ordem regulatória: influência das falhas de mercado, risco moral, risco de captura, seleção adversa, entre outros”²⁴².

Se de um lado as formas de aplicabilidade variam de acordo com os aspectos supramencionados, as características desejáveis permanecem as mesmas. Estas seriam: legitimidade, eficiência e certeza, para se alcançar a efetividade.

Legitimidade está diretamente relacionado à clareza, eliminando atitudes

²⁴¹ SAPPINGTON, op. cit. n. 228, p. 19.

²⁴² HEWITT, Ansord E. Case Study: The Jamaican Office of Utilities Regulation. Economic Journal of the Institute for public-private partnerships. 2005, p.12-13. Definido como Legacy arrangements por Ansord E. Hewitt considerando todos os aspectos anteriores a realidade de uma possível modificação do modelo de regulação econômica.

ambíguas ou internamente incoerentes, implementando sanções claras e justas. A eficiência seria alcançada através de decisões rápidas e inteligentes, e do compartilhamento de recursos e informações, assim como a maximização de recursos fixos utilizados. Objetividade se faz presente quando há consistência nas decisões, procedimentos transparentes e decisões tomadas por câmaras colegiais, ou por um grupo.

Assim, a efetividade, que está diretamente relacionada ao alcance de resultados desejáveis, é percebida pelo interrelacionamento dessas três primeiras características desejáveis através: i) de decisões claras; ii) o desenvolvimento de um ambiente regulatório harmônico; e iii) o controle sobre setores dinâmicos. Estabelecendo preços competitivos, mercados crescentes e diversificação de serviços com qualidade.

5.8 Vantagens: regulação multissetorial X setorial

Para a aplicação de cada modelo de regulação existem vantagens bem particulares, assim como desvantagens. As constantes alterações no pensamento econômico, assim como, a atuação da regulação não determinam uma tendência unificadora em um modelo comum. E em meio a essa discussão quanto a qual modelo de regulação é o que mais se adéqua a realidade global na atualidade, os países buscam novas abordagens frente as nuances do mercado.

Dentre as vantagens da regulação setorial, Hewitt²⁴³ destaca: i) objetivos setoriais mais precisos; ii) facilidade em estabelecer aspectos transparentes; iii) captura com menos efeito sobre a regulação global, assim na possibilidade de eventual captura do ente regulador, os efeitos da captura se darão de forma restrita a determinado setor, quaisquer consequências negativas proporcionam danos a setores particulares; iv) diante de empresas ou setores pouco especializados, reduz a assimetria informacional; e v) cobrança política mais efetiva em razão da particularização setorial.

Dessas vantagens, aquela que passa a ser relativizada é a quarta. Pois, acontece que na atualidade mínguem-se os setores pouco especializados.

²⁴³ HEWITT, op. cit. p. 14.

Dessa forma, essa vantagem tende a ser uma desvantagem, quando se considera o fenômeno da internacionalização e especialização horizontal das empresas nos diversos setores da economia. Foi a mudança de comportamento das empresas que comprometeu uma das principais vantagens de regulação unissetorial.

No tocante a cobrança política, a agência reguladora é um importante instrumento de consolidação da política pública. Entretanto, a cobrança política deve ser comedida de modo a não atingir a necessária independência regulatória, sob pena de comprometer a atuação daquela agência em sua totalidade.

No âmbito da regulação multissetorial, o mesmo autor destaca as seguintes vantagens: i) não duplicação, o princípio da não duplicação dos meios para determinado fim é uma peculiaridade do modelo multissetorial; ii) melhor compartilhamento de informações e recursos; iii) minimização do risco de captura do órgão regulador; iv) compreensão mais apurada dos efeitos da integração horizontal; v) supervisão diversificada; vi) facilidade de treinamento de recursos humanos para a atuação em mais de um setor; vii) economia de recursos, melhor distribuição entre os setores, menor custo direto de regulação; viii) melhor compreensão e controle sobre externalidades que afetem mais de um setor; ix) maior visão macroeconômica; x) interação entre diversos setores, o que proporciona transferência de experiências; e xi) processo de reestruturação da regulação menos complexo.

A duplicação se manifesta na utilização de recursos mais de uma vez para regular determinada empresa. Por exemplo, na regulação unissetorial, quando uma empresa que atua em mais de um setor haveria mais de uma agência reguladora fiscalizando a atividade dessa empresa. Assim, ambas as agências reguladoras poderiam vir a empenhar recursos para a atuação regulatória em uma única empresa. Essa vantagem estratégica da regulação multissetorial denota uma grave falha da unissetorial, que é a duplicação de recursos destinados à regulação.

No tocante ao melhor compartilhamento de informações (segunda vantagem), normalmente a agência reguladora multissetorial remete a uma unidade central de gestão de informações, comparativamente a unissetorial, essa seria a principal vantagem daquela agência diante desta no controle às

informações assimétricas.

Em decorrência da melhor gestão de informações acaba-se por incorrer numa maior proteção da regulação como um todo. Mitigando-se, inclusive, o risco de captura da agência reguladora, e os efeitos negativos da especialização horizontal.

Em decorrência da maior visão macroeconômica, é possível estabelecer uma análise comparativa entre os diversos setores de modo a identificar deficiências em cada setor de forma mais célere.

A enumeração de algumas vantagens não representa o esgotamento dos aspectos positivos de um ou de outro modelo de regulação. Esse estudo elencou as principais de modo a promover uma discussão mais efetiva na temática de atuação das agências reguladoras.

Das vantagens da atuação multissetorial, pode-se concluir que a economia de recursos viria do compartilhamento da equipe técnica e do corpo administrativo, assim como das instalações. Sem falar que haveria um grande desenvolvimento da experiência em regulação (ideal para países de pouca experiência em regulação). Assim, com o aprendizado das empresas no desenvolvimento de seu papel na regulação, os aspectos essenciais da regulação serão os mesmos: controle de preços; estímulo a concorrência em setores tradicionalmente monopolistas; a preservação dos direitos dos consumidores; entre outros.

Outra importante consequência das vantagens da regulação multissetorial é a redução do risco de influência tanto política como empresarial. Como uma das principais características das agências reguladoras, a independência, em sua dupla acepção (política e empresarial), permite que se alcancem seus fins precípuos. Num primeiro momento, se as empresas e os órgãos reguladores estabelecem um relacionamento próximo demais, o risco do esforço do regulador pode ser desviado, favorecendo os fins da empresa em detrimento do interesse público.

Na acepção política, a atuação da empresa reguladora como uma extensão da autoridade política acarreta uma dependência insustentável para uma regulação eficiente. Assim, uma agência concentrada, com maiores poderes, tende a se equiparar às grandes forças políticas de um país como os ministérios ou secretarias.

A regulação multissetorial também se mostra mais eficiente em sanar as distorções econômicas. Deve-se ter em mente que existe uma forte competição entre os diferentes setores por recursos para investimento. E nessa disputa pelos recursos, os órgãos reguladores devem atuar de forma a prevenir essas distorções de investimentos. Ainda que se considere que certas questões de regulação são peculiares de certos setores, muitos aspectos são inerentes a vários. Portanto, deve haver uma abordagem efetiva para evitar essas distorções.

Além dessas vantagens comparativas existe a facilidade de gerenciamento na atuação regulatória quando setores se associam entre si, ou quando empresas utilizam da diversificação ou especialização horizontal. Percebe-se que ocorre uma tendência crescente das empresas atuarem em mais de um setor em razão de vantagens empresariais estratégicas dessa situação. Para o modelo regulatório setorial as consequências dessa estratégia são catastróficas. Não ter a verdadeira noção da amplitude de atuação da empresa regulada permite a incidência mais frequente de subsídios cruzados, assim como todos os problemas decorrentes do acesso limitado pelo regulador às informações necessárias à regulação. Dessa forma, assimetria informacional e o risco de captura aumentam exponencialmente.

6 Considerações finais

A intervenção do Estado na economia é modificada conforme evoluem as teorias relacionadas à regulação, dirigida para a identificação da atuação do Estado na economia com o escopo de promover o interesse público. A constatação de que existem imperfeições de mercado proporcionam desafios à atividade regulatória, com a teoria econômica da regulação e a teoria dos custos de transação, os aspectos relacionados às falhas de mercado influenciaram, de forma determinante, a política regulatória estatal, assim como a análise comparativa dos modelos regulatórios.

As falhas de mercado passaram a ser analisadas como justificativas para a regulação econômica. Em decorrência das informações assimétricas e suas consequências para regulação, a gestão informacional torna-se um dos aspectos mais relevantes na escolha da forma e do arranjo estrutural das agências reguladoras.

Com as modificações da atuação do Estado na economia, proporcionadas pela evolução das teorias da regulação, diversos aspectos assumiram destaque nos estudos científico-jurídicos sobre regulação econômica, tais como: a análise dos comportamentos empresariais e sua influência nos modelos regulatórios.

Diante deste cenário, algumas atividades, anteriormente exercidas pelo Estado, passaram a ser desempenhadas pela iniciativa privada, num momento em que ocorreu a transição da atuação direta do poder público na economia para a atuação privada fiscalizada pelas agências reguladoras. Dessa relação entre o poder público e a iniciativa privada, derivam-se as quatro formas de atuação das agências reguladoras, quais sejam: i) modelo tradicional de agência reguladora; ii) modelo regulatório de execução contratual; iii) modelo de normatização regulatória; e iv) autorregulação. Esses modelos variam de acordo com qual ente detêm as funções de execução e normatização regulatória.

Além das formas de regulação, consideram-se os arranjos estruturais das agências reguladoras, as quais podem organizar-se como agências unissetoriais, quando existir uma agência reguladora para cada setor da

economia, ou multissetoriais, se uma agência atua em diversos setores da economia. Assim, ao analisar conjuntamente, as formas e as estruturas regulatórias, percebe-se que existem várias opções de organização das agências reguladoras, cada uma com características peculiares e que se adaptam de forma mais condizente com o cenário econômico apresentado.

Em razão das estratégias empresariais da atualidade, a exemplo, da internacionalização e especialização horizontal, empresa que comercializa mais de um produto, cria-se um desafio para o Estado na concretização da política regulatória, na medida em que estas estratégias potencializam as falhas de mercado. Num cenário em que a agência unissetorial estiver diante de uma empresa que atua em mais de um setor, oferecendo o chamado multiproduto, certamente enfrentará o problema de informações assimétricas, em decorrência da gestão informacional deficiente. Essa empresa multiproduto apresenta-se, normalmente, por meio do controle acionário de diversas empresas menores, ou ainda por meio de um acordo entre empresas. Com isso, amplia-se a necessidade de melhorar a gestão informacional para minimizar os efeitos negativos daquelas estratégias empresariais.

Entretanto, para a escolha de qual forma e estrutura da agência reguladora deve ser adotada, é importante realizar uma análise de custos de transação e de custos de regulação, assim como promover a organização sistemática da agência reguladora por meio do “unbundling” para as agências multissetoriais, estabelecendo comissões técnicas para cada setor. Essa organização permite que as agências multissetoriais intensifiquem a especialização setorial e diminuam o risco de captura.

Conclui-se que os pontos negativos das agências multissetoriais são superados por suas vantagens, uma agência multissetorial bem estruturada deve estabelecer câmaras temáticas por setor ou por setores convergentes cujas decisões seriam emanadas de um nível hierárquico superior e com o apoio técnico de unidades especializadas.

Ainda assim, existe um temor real em decorrência da ideia de concentração da regulação em uma única agência reguladora, haja vista a possibilidade da agência reguladora vir a falhar, acarretando danos a diversos setores como um todo. Entretanto, analisando a situação a partir daquele que melhor possui e controla a informação, a atuação regulatória multissetorial

apresenta mais vantagens que o modelo unissetorial, promovendo maior eficiência regulatória. Dentre as quais se destacam: i) a não duplicação de recursos para regulação simultânea no mesmo setor; ii) melhor gestão de informações, o que promove controle mais efetivo das informações assimétricas; e iii) maior visão macroeconômica, o que permite melhor análise comparativa entre os setores e noção global de regulação. É inquestionável que a agência multissetorial dota de melhores informações, tornando a possibilidade de falhas regulatórias muito menores que nas agências reguladoras unissetoriais.

Em se analisando os modelos de regulação praticados até hoje, é inegável que os modelos multissetoriais se mostraram mais bem sucedidos em economias de pequeno porte. Entretanto, essa discussão está longe de se atingir um consenso. Portanto, na atualidade, enfrenta-se um momento de grandes transformações na regulação econômica, o que acarretará consequências para a sociedade e para as agências reguladoras de modo geral.

REFERÊNCIAS

- ABICALIL, Marcos Thadeu. A natureza econômica dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Texto fornecido pela ESAF, oriundo do Curso de Gestão Urbana e Municipal, promovido pela ESAF, WBI, IPEA e CEF. ago. 1999. Disponível em: <<http://www.eg.fjp.mg.gov.br/vgestaourbana/cursos/papers2000compacto/01texto2000c.html>> Acesso em 19 dez. 2008.
- AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico - Do Direito Nacional ao Direito Supranacional. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- ALVES, Sandro Leal. Entre a proteção e a eficiência: evidências de seleção adversa no mercado brasileiro de saúde suplementar após a regulação. II Prêmio SEAE – 2007. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE/arquivos/monografias_2007/tema_2/profissionais/1_lugar_tema_2.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2009.
- ANDRADE, Eduardo de Carvalho. Externalidades. In: ARVATE, Paulo Roberto; BIDERMAN, Ciro (Org). Economia do setor público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- AZEVEDO, Paulo Furquim de. Competitividade: mercado, estado e organizações. São Paulo: Singular, 1997.
- BACKHOUSE, Roger E. The penguin history of economics. Londres: Penguin books, 2002.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. Understanding Regulation: theory strategy and practice. Oxford. Oxford University Press, 2002.
- BARON, David P.; MYERSON, Roger B. Regulating a Monopolist with Unknown Costs. *Econometrica*, Econometric Society, v. 5, n. 21, p. 897-953, 1982.
- BECKER, Gary S. A theory of competition among pressure groups for political influence. *Quarterly Journal of Economics*, 1983.
- BENTLEY, Arthur Fisher. The process of Government: a study of social pressures. Chicago. University of Chicago Press, 1988.
- BERNSTEIN, Marver H. Regulator: business by independent commission. Princeton: Princeton University Press, 1995.
- BODENHORN, Howard. Partnership and Hold-up in Early America. National Bureau of Economic Research (NBER), Cambridge, mar., 2002.
- BONAVIDES, Paulo. Do Estado liberal ao Estado social. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRAEUTIGAM, Ronald; PANZAR, John C. Effects of the change from rate-of-

the-return to price cap regulation. American Economic Review. v. 83. n. 2. 1993.

BREGMAN, Daniel. Algumas questões sobre a captura regulatória. Seminário internacional de regulação econômica: Reestruturação e regulação do setor de energia elétrica e gás natural. Rio de Janeiro, ago. 2008. Disponível em: <www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/seminariointernacional/2006/artigos/pdf/Daniel_Bregman.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2009.

BRENNAN, Timothy; PALMER, Karen. Comparing the Costs and Benefits of Diversification by Regulated Firms. Journal of Regulatory Economics. vol. 6. n. 2, p. 115-136, 1994.

BRITTO, João. Redes de Firms e Eficiência Técnico-Produtiva: uma análise crítica da abordagem dos custos de transação. In: Encontro Nacional de Economia, 1994, Salvador. Anais do XXII Encontro Nacional de Economia, Salvador: ANPEC. 1994.

CALZOLARI, Giacomo; SCARPA, Carlo. Regulating a multi-utility firm. Centre for Economic Policy Research (CEPR), Londres, Discussion Paper n. 5516, 2007.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, n. 3, mai., 1999.

CAVALCANTI, José Carlos. O risco da privatização das telecomunicações no Brasil. Revista de economia política, v. 14, n. 2, abr./jun. 1994. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/pdf/54-8.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

CHAMBERLIN, John R.; JACKSON, John E. *Privatization as Institutional Choice*. Journal of Policy Analysis and Management, p. 586-604, 1984.

CHEVALLIER, Jacques. Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger. Paris: L.G.D.J., n. 3, maio/jun. 1998.

COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. Economica, New Series, v. 4, n. 16, out./dez. 1937.

CONCEIÇÃO, Otávio Augusto Camargo. Crise e Regulação: a metamorfose restauradora da reprodução capitalista. Ensaios FEE. Porto Alegre, 1987.

COURNOT, Augustin. Researches into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth, Irwin: Illinois, 2007, p. 37.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DANTAS, Ivo. Direito Constitucional Econômico. Curitiba: Ed. Juruá, 2000.

DEMSETZ, Harold. Why regulate utilities? The bell journal of economics and management science. Santa Monica. The RAND corporation. v.11, 1968.

DENNISON, Mark S. OSHA and EPA Process Safety Management Requirement: a practical guide for compliance. New York: John Wiley, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2003.

DIERKENS, Natalie. Information Asymmetry and Equity Issues. Journal of Financial and Quantitative Analysis, Nova Iorque, n. 6, p. 27-38, Jun. 1991.

DOWNS, Anthony. An economic theory of democracy. New York: Harper & Row, 1957.

DUTRA, Pedro. A superagência. Revista de pesquisas estratégicas Paulino Soares de Sousa, Juiz de Fora, v. 7, n. 3, p. 15-22, nov./dez. 2002.

DUXBURY, Neil. Signalling and Social Norms. Journal of Legal Studies. Oxford, 2001.

ESTACHE, Antonio; MARTIMONT, David. Transaction Costs, Politics, Regulatory Institutions and Regulatory Outcomes. Regulatory Reform Discussion Paper, Washington, 1998.

FABIÃO, Maurício França. O Negócio da Ética: um estudo sobre o Terceiro Setor Empresarial. Disponível em: <http://www.ethos.org.br/_Uniethos/Documents>. Acesso em 10 jan. 2010.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Paradigmas Inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra. Editora Coimbra, 2007.

FIANE, Ronaldo. Uma abordagem abrangente da regulação de monopólios: exercício preliminar aplicado a telecomunicações. Revista de Planejamento e Políticas Públicas, n. 19, jun. 1999.

FIANI, Ronaldo. Teoria da regulação econômica: estado atual e perspectivas futuras. Rio de Janeiro: UFRJ, 1998. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/teoria_da_regulacao_economica.pdf>. Acesso em 20 jul. 2010.

FIORI, José Luís. Estado de Bem-Estar Social: Padrões e Crises. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/textos/fioribemestarsocial.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

FRANÇOIS, Levêque. Economie de la réglementation. La Découverte, Paris, 2004.

FUNK, William. When smoke gets in your eyes: regulatory negotiations and the public interest. EPA's Woodstove standards. Environmental Law Journal, New York, v. 18, 1989.

GAZIER, François; CANNAC, Yves. Lês autorités administratives indépendantes. Paris, Conseil d'État, 1984.

GLICKSMAN, Robert L. Risk regulation at risk: restoring a pragmatic approach. Stanford: Stanford University Press, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HAMILTON, Robert W. The law of corporations. St. Paul: West Group, 2000.

HEWITT, Ansord E. Case Study: The Jamaican Office of Utilities Regulation. Economic Journal of the Institute for public-private partnerships. 2005.

HICKS, John. A crise na economia keynesiana. São Paulo: Vertice, 1974.

IORIO, Ubiratan J. Falhas de Mercado versus Falhas de Governo. Direito Administrativo em Debate, Rio de Janeiro, ago. 2008. Disponível em: <<http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com>> Acesso em 10 jan. 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

KALECKI, Michal. Crescimento e Ciclo das Economias Capitalistas. São Paulo: Hucitec, 1977.

KETTLE, Donald F. The Global Revolution in Public Management: Driving Themes, Missing Links. Journal of Policy Analysis and Management. Wiley Interscience, v. 16, out. 1997.

MAIA, Ana Carolina; ANDRADE, Mônica Viegas; OLIVEIRA, Ana M. H. Camilo. O risco moral no sistema de saúde suplementar brasileiro. Associação Nacional dos Centros de Pós-graduação em Economia – ANPEC. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2004/artigos/A04A099.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MAURANO, Adriana. A função normativa das agências reguladoras. São Paulo: Scortecci, 2006.

MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. São Paulo. Martins Fontes, 2000.

MITCHELL, William C; SIMMONS, Randy T. Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

MONCADA, Luís Cabral de. Direito Econômico. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A independência das agências reguladoras. Boletim de Direito Administrativo, jun./jul. 2000.

MOREIRA, Vital Martins. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almedin, 1997.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Agências Reguladoras. São Paulo: Manole, 2003.

MUELLER, Bernardo. Regulação, informação e política: uma resenha da teoria política positiva da regulação. *Revista Brasileira de Economia de Empresas*, Brasília, v. 1, n. 1, 2009.

MYERSON, Roger B. Incentive Compatibility and the Bargaining Problem. *Econometrica*, Econometric Society, v. 7, n. 4, p. 61-102, 1979.

NISKANEN, William A. Bureaucracy and representative government. Chicago; New York: Aldine Atherton, 1971.

NORTH, Douglass C. A transaction cost theory of politics. *Duke Law Journal*. 20º anuário de Direito Administrativo no tocante a agências, justiça econômica, e iniciativas privadas, Theoretical, 1990.

OLSON, Mancur. A lógica da Ação Coletiva. 1. ed. São Paulo: Edusp, 1999.

PARDO, David Wilson de Abreu. Caminhos do constitucionalismo no ocidente: modernidade, pós-modernidade e atualidade do direito constitucional. *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 28, jul/set, 1999.

PECI, Alketa. Novo marco regulatório para o Brasil da pós-privatização: o papel das agências reguladoras em questão. São Paulo: Mimeo, 1998.

PELTZMAN, Sam. The economic theory of regulation after a decade of deregulation. *Brookings papers on economic activity – microeconomics*. Washington: Brookings Institution, 1989.

PELTZMAN, Sam. Towards a more general theory of regulation. *Journal of Law and Economics*. v. 19, n. 2, 1976.

PÉREZ, Carlos Antônio Espinoza. *Nuevo Estado y Empresa*. 2ª ed. Bogotá: Ternis, 1988.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD Daniel L. *Microeconomia*. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

POSNER, Richard A. Taxation by regulation. *The bell journal of economics and management science*. Santa Monica. The RAND corporation. v.2, 1971.

POSNER, Richard A. Theories of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics*. The RAND Corporation, vol. 5, 1974.

POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. ago. 2009. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/gr/pdfs/os_conceitos_de_mercado_relevante_e_de_poder_de_mercado.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2009.

RAMOS, Marcelo. Governança regulatória: experiências e contribuições para uma melhor qualidade regulatória. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Orgs.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009.

RIBEIRO, Gonçalo. Alfred Marshall – A teoria do valor: os três teoremas das teorias do valor. 2007. 415p. Dissertação. (Doutorado em Engenharia) – Instituto Superior de Engenharia de Coimbra, Coimbra, 2007.

ROQUE, Ana. Regulação do mercado: novas tendências. Lisboa: Quid Juris, Sociedade Editora, 2004.

SALGADO, Lucia Helena. Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional. Brasília: IPEA, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica: princípios e fundamento jurídicos. São Paulo. Malheiros, 2000.

SAMPAIO, Gustavo José Marrone de Castro. O Estado Regulador. 2007. 129p. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

SAMUELSON, Paul Anthony. Fundamentos da análise econômica. São Paulo: Abril Cultura. 1986.

SAPPINGTON, David E. M. Regulating Service Quality: A Survey. Journal of Regulatory Economics, p.12-25, 2005.

SERRANO, Estrela. O espaço público e o papel do Estado na sociedade global da informação. Escola Superior de Comunicação Social. Lisboa: editora do Instituto Politécnico de Lisboa, 2006. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/serrano-estrela-espaco-publico-estad.pdf>>. Acesso em: 14 de jan. 2009.

SEVERINOV, Sergei. Optimal Organization: Centralization, Decentralization or Delegation? 4. ed. Durham: mimeo, Duke University, 2003.

SHAPIRO, Sidney A. Outsourcing Government Regulation. Duke Law Journal. Thirty-third annual administrative Law issue agencies, economic justice, and private initiatives, p. 388-433, nov. 2003.

SOMMER, Dirk. Multi-Utilities: Blurring Industry Boundaries. Public Policy Journal, Washington, v. 7, n. 10, p. 12-35, mai./jun. 2004.

SOUSA, Luiz Gonzaga de. Economia Industrial. Emvi, 2005. Disponível em: <<http://www.eumed.net/libros/2005/lgs-ei/index.htm>>. Acesso em: 22 out. 2010.

STEINZOR, Rena. Reinventing Environmental Regulation: The dangerous journey from command to self-control. Revista de Direito Ambiental de Harvard, Cambridge, v. 22, mai. 1998.

STIGLER, George J. Teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo et al. (Coord.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. 34 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

STIGLER, George J.; FRIEDLAND, Claire. What can regulators regulate? The case of electricity. The bell journal of economics and management science. Santa Monica. The RAND corporation. v.5, 1962.

STIGLITZ, Joseph. Economics of the Public Sector. National Bureau of Economic Research (NBER), Cambridge, mai. 1988.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal: introdução às agências reguladoras. In: Direito Administrativo Econômico, Coord. pelo autor. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

TOZZI, Jim. Da necessidade de uma revisão regulatória centralizada. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Orgs.). Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório. Brasília: Anvisa, 2009.

VARIAN, Hal Ronald. Microeconomia: princípios básicos. Rio de Janeiro: Campus, 1994.

VERDÚ, Pablo Lucas. Curso de derecho politico. v.1.Madrid: Tecnos, 1992.

WEBER, Maximillian. História geral da Economia. São Paulo: Abril Cultural. Série “Os Pensadores”, v. 37, 1974.

WILLIAMSON, Oliver Eaton. Hierarquies, Markets and Power in the Economy: An Economic Perspective. Industrial and Corporate Change. New York: Free Press.v. 4. 1995.

WILLIAMSON, Oliver Eaton. The Economic Institutions of Capitalism. New York: Free Press, 1985.

WILLIAMSON, Oliver Eaton. The Politics and Economics of Redistribution and Efficiency. Oxford University Press, 1996.

WILSON, James Q. Bureaucracy: What Government Agencies do and why they do it. New York: Basic Books, 1989.

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. 3ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.