

Considerações sobre a concepção de um "Estado Regulador"

Flávia de Araújo Ramos*

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho vem a tratar sobre a concepção de um "Estado Regulador" na medida em que se faz uma análise sobre a atuação da intervenção do Estado na função reguladora e a busca de uma melhor adequação às suas funções. A discussão que se busca é sobre "como" o Estado deve intervir e não "quem".

A isso, são mencionadas as deficiências da concorrência como justificativa de intervenção do Estado, as deficiências da própria intervenção do Estado na atuação reguladora e a busca, aqui tratada sobre alguns aspectos e não total, de uma adequação de suas atividades.

2. DEFICIÊNCIAS DA CONCORRÊNCIA COMO JUSTIFICATIVA PARA A INTERVENÇÃO DO ESTADO

A cultura econômica acredita que a economia de mercado tem certas virtudes positivas para a sociedade. Uma delas baseia-se no fato de que todos os recursos disponíveis (recursos de trabalho, de capital, tecnologia, naturais) devem ser consignados da melhor forma possível para a sociedade. Esta crença se apóia no primeiro teorema econômico do bem-estar, surgido na época do Estado Liberal.

Este teorema vem a formalizar a teoria de Adam Smith a finais do século XVIII ao afirmar que os indivíduos, ao perseguir os seus próprios objetivos com conhecimento de causa e em condições de concorrência, promovem o seu próprio interesse e o interesse geral. Como consequência, os preços levam tanto aos produtores quanto aos consumidores a obterem resultados que em muitos casos maximizam o bem-estar da sociedade em seu conjunto. Nesta formulação está implícita a idéia de uma "mão invisível" que auto-regula a economia de mercado, ainda que Adam Smith nunca tenha utilizado essa expressão.

Em sua formulação analítica, o primeiro teorema da economia do bem-estar nos diz que, na medida em que produtores e consumidores atuem em mercados em regime de livre concorrência, atuando os agentes econômicos livremente nos intercâmbios de bens e serviços sem a intervenção do Estado, mediante certas condições, consigna os recursos de forma eficiente, em sentido de PARETO (1). É pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, traduzindo-se em uma das vigas mestras da economia de mercado.

Mas nem todas as melhoras de eficiência são igualmente desejáveis. A livre concorrência na economia moderna, baseada na diversidade de produtores ou prestadores de serviços atuando em um regime de competitividade, não é mais aquela que se cria espontaneamente no mercado, mas é igualmente aquela derivada de um conjunto de normas de política econômica. Neste sentido, uma medida de política econômica ou uma mudança econômica é uma melhora no sentido de Pareto quando, como consequência dessa medida, se consegue aumentar a quantidade produzida de um bem sem diminuir a quantidade produzida de outro (fato difícil de se conciliar, haja vista que os recursos da sociedade são escassos).

Ademais, a sociedade também se encontra em situações em que há a necessidade de se estabelecer um equilíbrio entre a eficiência e a equidade. A eficiência significa que a sociedade está tirando o maior proveito possível de seus recursos escassos. A equidade significa que está distribuindo equitativamente os benefícios desses recursos entre seus membros. Em outras palavras a eficiência se refere ao tamanho da fatia econômica e a equidade da maneira em que esta se reparte. Estes dois objetivos costumam entrar em conflito quando se elabora a política econômica.

O segundo teorema da economia do bem-estar inserido dentro da concepção do Estado de Bem-Estar Social, vem a disciplinar qual seria a melhor maneira de se conseguir a justiça social sem interferir nos mercados em livre concorrência. Qualquer distribuição que seja socialmente justa pode ser alcançada mediante mecanismos de mercado. Para isso, é necessário que o Estado venha a garantir uma distribuição inicial de renda compatível com a que se deseja alcançar e depois o mercado faria o resto. Ao Estado cabe fixar o grau de equidade que deseja para a distribuição da renda e a estrutura da propriedade dos recursos existentes na sociedade. Melhor dizendo, ao mercado lhe corresponde a produção de bens e serviços e ao Estado a fixação dos objetivos de distribuição e a estrutura da propriedade dos recursos existentes. Entretanto, nem sempre as mudanças recomendadas pelo segundo teorema são possíveis ou desejáveis em uma sociedade.

Dos teoremas fundamentais da economia do bem-estar se pode extrair uma série de conseqüências sobre o papel do Estado na economia e na política econômica: a) se os mercados em livre concorrência funcionam adequadamente, a intervenção do Estado na economia deve ser mínima, limitando a sua função na medida que estabelece e mantém um marco normativo e uma atuação administrativa que garanta que a concorrência possa funcionar corretamente; b) se os mercados não satisfazem as condições exigidas pelo primeiro teorema da economia do bem-estar, então podem surgir deficiências do mercado relacionadas com a eficiência, justificando a intervenção do Estado; c) ainda que os mercados possam funcionar adequadamente, do ponto de vista da eficiência, podem aparecer outros tipos de deficiências na concorrência relacionadas com a justiça distributiva.

Os defeitos do mercado que exigem uma intervenção do Estado estão relacionados com diversos fatores:

a) existem problemas que poderão surgir dentro da concorrência de mercados, como a concentração do poder econômico por parte de alguns agentes econômicos, mediante a formação de monopólios, cartéis, trustes, etc.;

b) existem externalidades negativas, as quais correspondem a bens que são produzidos ou consumidos em maior quantidade do que é eficiente do ponto de vista social. Tem-se como exemplo a necessidade da proteção do meio ambiente, combatendo a poluição e promovendo o uso racional dos recursos naturais;

c) existem bens coletivos, sendo estes bens que são consumidos por todos os membros da coletividade, como a saúde, limpeza pública, educação, defesa nacional, parques não cabendo a apropriação individual ou privativa por parte de certos sujeitos mediante o funcionamento espontâneo do mercado, posto que haveria uma exclusão de parcelas significativas da população na utilização desses bens;

d) existem problemas de informação, no qual o grau de informação entre os agentes envolvidos é desigual, ocorrendo uma "informação assimétrica" entre as partes da relação, não dispondo os indivíduos de conhecimento equivalente, passando as suas decisões a serem imperfeitas ou inadequadas (2);

e) existem problemas relacionados ao desequilíbrio inerente ao funcionamento do mercado, como a existência de mercados incompletos (não há uma oferta suficiente de bens compatíveis com a procura e com o que os consumidores estão dispostos a pagar) e outras conjunturas, como épocas de crise e riscos de inflação.

E como mencionado, além das mencionadas deficiências de mercado, a intervenção do Estado justifica-se quando há uma desigualdade na distribuição da renda que seja socialmente justa, motivando a necessidade de políticas e medidas de redistribuição.

3. CARACTERÍSTICAS E FINALIDADES DA REGULAÇÃO

Em havendo, portanto, deficiências de mercado e desigualdade na distribuição de rendas, a regulação estatal é necessária, sendo esta, conforme define MARÇAL JUSTEN FILHO: "um conjunto ordenado de políticas públicas que busca a realização de valores econômicos e não-econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a coletividade em seu conjunto. Essas políticas envolvem a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa, destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e a reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores prezados" (3).

Neste sentido, a regulação estatal pressupõe a regulação econômica e social. Está claro que as finalidades regulatórias devem estar relacionadas à realização dos valores fundamentais da Nação e, portanto, não podem reduzir-se unicamente aos valores econômicos. A própria Constituição Federal Brasileira de 1.988, ao tratar da Ordem Econômica e Financeira traz, no seu artigo 170, como sendo um dos fundamentos da ordem econômica, a existência de uma justiça social, para garantir a possibilidade de todos contarem com o mínimo para satisfazer as suas necessidades fundamentais.

Cumpra-se com isso observar quais seriam os instrumentos de regulação adequados e apropriados para a realização dos valores e princípios a serem preconizados, ou seja, para a realização dos fins do Estado. O grande problema atual é saber "como" desenvolver as atividades regulatórias e não mais "quem", passando-se de um caráter subjetivo, para um caráter objetivo. O grande desafio a enfrentar é a busca adequada dos mecanismos e instrumentos de regulação. Isto por que muitas vezes o Estado também "falha" nas suas funções intervencionistas.

A análise das falhas de mercado foi dominante desde o período das Grandes Guerras Mundiais e com a crise americana de 1.929, havendo uma maior intensificação da intervenção do Estado. Mas à medida que aumentava a intervenção estatal, foram surgindo novas análises centradas nas possíveis falhas decorrentes da intervenção do Estado. Isso por que as intervenções do Estado também apresentam efeitos "não desejados", tanto em relação aos interesses dos particulares, quanto ao interesse público.

Considera-se como sendo uma das falhas da regulação, a ausência de informação e incentivos, ou seja, ainda que a Administração Pública busque atingir maior eficiência, a ausência de informação sobre os efeitos das medidas adotadas pode gerar ineficiências ainda maiores. A isso, os economistas chamam de "assimetria da informação". Por exemplo, se o Poder Público atua fixando tarifas que venham a estabelecer os custos que incorrem as empresas reguladas, o incentivo que as empresas

têm de diminuir os seus custos reais, se o administrador não pode efetivamente observar e controlar os esforços realizados, será praticamente nulo.

Uma segunda falha da regulação é quando as decisões políticas e administrativas vêm a corresponder aos interesses particulares de quem as decidem (dos agentes políticos e administrativos) e não a realização do bem comum. Este fator vem a gerar uma grande ineficiência econômica. São exemplos, o desejo dos agentes administrativos de aumentarem seu poder, já que as composições políticas envolvem a distribuição de cargos e funções, ou a busca de votos a curto prazo por parte dos agentes políticos.

Outra falha da regulação é o perigo de uma "captura do regulador". As finalidades do Estado podem ser desviadas a decisões não eficientes com o objetivo de favorecer os interesses dominantes dos grupos mais influentes no processo de decisão. Em particular, os setores industriais afetados, incluindo acionistas, gestores e funcionários dos órgãos e entidades públicas, podem exercer influência sobre as atuações regulatórias de maneira que seus interesses particulares se anteponham aos objetivos de eficiência e equidade, objetivos estes que deveriam ser perseguidas pela regulação. Desta forma, este mecanismo de "captura do regulador" consiste em conseguir que o órgão ou entidade reguladora, através de seus agentes, proponha o que as empresas querem. Mais grave do que ter que enfrentar a tomar decisões desfavoráveis, os quais atraem a atenção da opinião pública, é atuar com base em decisões que sejam favoráveis ao próprio agente e não à coletividade.

Como consequência, estes defeitos da regulação podem conduzir a situações que, ainda que existam defeitos de mercado, a atuação do Estado vem a introduzir mais custos sociais dos que os gerados pelas próprias deficiências do mercado.

4. O FENÔMENO DA "RE-REGULAÇÃO" E DA "DESREGULAÇÃO"

Sendo verificadas as falhas da regulação, a conclusão a que se chegou é a de que o Estado deve intervir o menos possível na atividade econômica (4). A discussão não se atém sobre o afastamento da intervenção estatal, haja vista as deficiências da concorrência, mas a sua adequação, promovendo-se a revisão da regulação para a adoção de regras mais satisfatórias. Tal discussão veio a ser gerada na década de 80, onde foi observado que estava ocorrendo um excesso de regulação, impedindo a obtenção de melhores resultados.

Assim, em diversos Países foram sendo implementadas reformas do Estado, onde foi sendo assumido o compromisso com a re-regulação e com a desregulação como medidas necessárias para se atingir os fins regulatórios de cunho econômico e social. A re-regulação significaria a substituição das regras inadequadas por outras, mais compatíveis com a nova realidade social e tecnológica, menos onerosas para a sociedade civil em seu conjunto e produzidas segundo parâmetros de participação da sociedade civil (5).

Com a re-regulação, foram surgindo propostas de desregulação. Mas a palavra "desregulação" pode até ser questionada, haja vista que, a exemplo da política de abertura de mercados, esta não supõe uma desregulação, posto que muitas vezes a liberalização de um setor exige a elaboração de uma regulação mais complexa e minuciosa do que a existente em um monopólio.

Atualmente, as práticas desregulatórias que vêm sendo adotadas estão sendo reservadas a certos segmentos empresariais, mediante políticas de liberalização de mercados, juntamente com a adequação das funções das entidades reguladoras, ambas acompanhadas por uma intensificação de uma política de defesa da concorrência.

As políticas de liberalização de mercados conferidas a determinados segmentos empresariais resultaram em uma reestruturação de setores, como nos setores de energia e telecomunicações, impondo uma separação de atividades que antes obtinham caráter de exclusividade e de setores regulados para condições de concorrência efetiva, garantindo-se o livre acesso aos sistemas de transporte, quando os serviços econômicos implicam em serviços de rede.

Como exemplo, tem-se o setor elétrico, na qual houve uma segregação dos serviços com a obrigatoriedade da separação das atividades. As atividades de geração e

comercialização passam a ter caráter de atividade econômica, atuando em regime de concorrência. Os serviços de transmissão e distribuição em decorrência da própria atividade a ela inerentes, são serviços públicos, posto que ambos utilizam os sistemas e redes públicas e envolvem os usuários em geral.

Este processo de reestruturação assim se denomina pelo fato de o mesmo incidir não apenas no marco jurídico da regulação, mas igualmente sobre a estrutura do setor. A reestruturação não significa somente uma mudança no modo de regular preços ou tarifas. A reestruturação consiste igualmente em regular que as empresas que operem nestes setores separem verticalmente atividades antes integradas. Mais além, a implantação da concorrência em algumas dessas atividades faz com que a regulação venha a garantir condições de uma concorrência efetiva, que pode igualmente afetar a estrutura setorial horizontal, ou seja, o número de empresas que atuem em cada mercado. (6)

São fatores que estão impulsionando a reestruturação de setores econômicos, as modificações tecnológicas e as privatizações, estas últimas em alguns países já com a existência de empresas privatizadas e outras em processo de privatização, justificadas pela necessidade de melhoras na eficiência gerencial. (7)

Na Europa, além das novas tecnologias e dos processos de privatização, o impulso à reestruturação de setores econômicos, nos anos noventa, ocorreu devido ao processo de criação de um mercado único, com uma união monetária. Este impulso tem uma dupla raiz: uma institucional, dentro das atribuições da Comissão Européia em vigilar as condições de concorrência efetiva no âmbito da União Européia e outra econômica, mediante as pressões de abertura econômica de fronteiras sobre setores industriais. Foi a partir dos anos oitenta, com o Livro Verde (1987) da Comissão, que começou, mediante diferentes Comunicados e Diretivas, a influência na estrutura dos setores econômicos. Os Informes Cechini, Delors, Bangeman e as Diretivas de Telecomunicações, Eletricidade e Gás são exemplos desta influência na União Européia sobre as mudanças regulatórias, tratando de influir precisamente na estrutura dos setores. As mencionadas Diretivas estão servindo de impulso para os processos de reestruturação na Europa, ainda que o conteúdo e o ritmo de implantação dos mesmos nos distintos Estados-membros, sejam muito diferentes.

A introdução da concorrência sobre determinadas atividades vêm a fazer com que muitos pensem inclusive que está ocorrendo uma "crise na noção de serviço público". Na verdade, o que vem ocorrendo é a conversão de algumas atividades que até então eram consideradas como serviços públicos, para serem classificadas como atividades

econômicas (8).. CELSO RIBEIRO BASTOS aponta que "Desta concepção do Estado como prestador de serviços surgiu a pressão, em grande parte deste século, por ideologias mais ou menos dominantes em converter em serviços públicos muitas atividades que não tinham natureza própria de serviço público. Por isso hoje muitas destas atividades estão sendo reconvertidas para o domínio privado, sem perder nada da sua eficiência. Pelo contrário, ganhando em termos de eficiência e produtividade." (9)

Entretanto, em um modelo regulatório em que se beneficie uma política chamada de "liberalização de mercados", para que esta seja viável, visando a introdução da livre concorrência em certos segmentos para a obtenção de uma melhora de eficiência econômica, há de se estabelecer normas que venham a possibilitar que as empresas possam operar em regime de concorrência, inclusive limitando-a para que não haja condutas abusivas ou poder de mercado. Para tanto, essa política de liberalização é uma tarefa de caráter fundamentalmente normativo. E assim, conforme se avança a liberalização dos mercados, vem sendo cobrada uma maior importância sobre a seguinte tarefa: a defesa da concorrência. O estabelecimento de um marco legal que permita que as empresas compitam entre si não é garantia suficiente para que haja a livre concorrência. As próprias empresas podem desvirtuá-la mediante a concentração do poder econômico, com a criação, por exemplo, de cartéis ou trustes ou realizando práticas desleais.

Dentro das medidas de re-regulação, de extrema importância a necessidade de se estabelecer as garantias de imparcialidade e independência dos órgãos ou entidades reguladoras, seja para a desvinculação dos mesmos às empresas reguladas para evitar a denominada captura do regulador, seja para a obtenção deste grau de independência perante os Governos, para que estes não venham a condicionar e pressionar as decisões da entidade reguladora (10).

Outro fator seria a necessidade de um certo controle dos preços livremente negociados. Há setores em que o grau de concorrência alcançado não é suficiente para garantir que as empresas não utilizem o seu poder de mercado para elevar excessivamente os preços. O Poder Público, neste casos, deve controlar e fiscalizar os preços negociados e inclusive, fixando preços máximos.

5. CONCLUSÃO

O tema é muito complexo e abrangente, de difícil análise e abordagem de forma resumida e total. As conseqüências e medidas de regulação necessárias não se limitam aqui. Também não se aplicam ou devem ser aplicados de maneira semelhante em todos os Países e dentro dos ordenamentos jurídicos de cada um, posto que as peculiaridades de cada País não são as mesmas. O mesmo se pode dizer sobre as peculiaridades de cada setor e atividades que demandam a regulação. O certo é que, em matéria de regulação, a sua adequação é contínua e há que se fazer muito mais.

NOTAS

01. Quando os economistas utilizam o termo eficiência econômica, estão se referindo à eficiência tal como definiu o economista VIFREDO PARETO.

02. Em relação aos consumidores, esses são os maiores prejudicados, pois passam a não receberem informações a respeito do uso ou consumo de determinados bens.

03. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. Dialética, São Paulo: 2002. p. 40.

04. LASHERAS, Miguel Ángel. La regulación económica de los servicios públicos. Editora Ariel, Barcelona: 1999, p. 25.

05. FILHO, Marçal Justen. Op.cit., p. 45.

06. LASHERAS, Miguel Àngel. Op. cit., p. 147.

07. Sobre o assunto, interessante analisar a Comunicação da Comissão das Comunidades Europeias sobre a adoção da denominação de "Serviços de interesse geral na Europa", Bruxelas, 2000.

08. Curso de Direito Administrativo. Editora Saraiva, 4ª ed., São Paulo: 200, pg. 164.

09. ORDÓÑEZ, Migule Fernández, La competencia. Alianza Editorial, Madri: 2000,p. 127.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. Saraiva, 4ª ed., São Paulo: 2000;

LASHERAS, Miguel Angel. La regulación económica de los servicios públicos. Editorial Ariel S.A., Barcelona: 1999.

JUSTEN Filho, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. Dialética, São Paulo: 2002.

MANKIW, N. Gregory. Princípios de Economia. McGraw-Hill, Madri: 1998;

ORDOÑEZ, Miguel A. Fernández. La competencia. Alianza Editorial, Madri: 2000.

STIGLITZ, J.. La economía del sector público. Antoni Bosch, 2ª ed., Barcelona:1992.

* advogada em Curitiba (PR)

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4456>> Acesso em: 29 ago. 2008.