

**REGULAÇÃO E EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA NO BRASIL:
UM ESTUDO A PARTIR DOS REFERENCIAIS DA TEORIA DA ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO**

**REGULATION AND ADMINISTRATIVE EFFICIENCY IN BRAZIL:
A STUDY BASED ON THE REFERENCES OF THE THEORY OF ECONOMIC
ANALYSIS OF LAW**

Clayton Santos do Couto¹

Maicon Castilho²

RESUMO

O presente estudo analisa a eficiência do modelo de regulação da economia adotado pelo Brasil a partir da Reforma Gerencial ocorrida a partir da década de 1980, utilizando-se, para tanto, dos referenciais teóricos da Análise Econômica do Direito. O trabalho estabelece o contexto político-econômico que culminou na implantação de um modelo regulatório no Brasil, e aponta os fundamentos do princípio constitucional da eficiência administrativa, adotado pela Emenda Constitucional 19/1998. Destarte, o artigo passa pela análise de situações que interferem na política de regulação do Brasil, entre elas o conflito de interesses entre público e privado e a existência de assimetrias de informação e de externalidades que refletem no grau de eficiência alcançado. Busca-se, sobretudo, estabelecer mecanismos de conciliação entre a lógica privada do lucro com políticas públicas de conteúdo social, de modo a corrigir as falhas de governo e a otimizar o bem-estar social.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação; Princípio da Eficiência; Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT

This study examines the efficiency of the regulatory model adopted by the Brazil economy from the managerial reform occurred from the 1980s, using, for both, the theoretical framework of the Economic Analysis of Law. The study establishes the political and economic context that led to the establishment of a regulatory model in Brazil, and points out the foundations of the constitutional principle of administrative efficiency, adopted by Constitutional Amendment 19/1998. Thus, the article is an assessment of situations that interfere with the regulatory policy of Brazil, including the conflict of interest between public and private and the existence of information asymmetries and externalities that reflect the degree of efficiency achieved. Seeks, above all, establish mechanisms to reconcile the logic of private profit with public policy social content, in order to correct the failures of government and optimize social welfare.

KEYWORDS: Regulation, Principle of Efficiency, Economic Analysis of Law.

¹Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Linha de Pesquisa Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável. Especialista em Teoria e Prática do Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - campus Londrina. Advogado. E- mail: claytoncouto@hotmail.com.

² Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado. E-mail: casstmai@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

A Reforma de Estado empreendida no Brasil a partir da década de 1980 surgiu como consequência administrativa da tentativa de consolidação e legitimação do Estado Social, o que ressaltou a necessidade de políticas efetivas de prestação de serviços públicos.

Neste contexto, seja porque o serviço público é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, seja porque corresponde a uma atividade importante relativamente à sociedade ou, ainda, simplesmente porque segue um determinado regime legal, parece certo que se determinada atividade econômica é serviço público, está sujeita a uma série de princípios do Direito público: o inescusável dever do Estado de prestá-lo ou promover-lhe a prestação, a adaptabilidade (possibilidade de atualização e modernização do serviço público), a impessoalidade, a continuidade, a modicidade de tarifas a universalidade e a eficiência.

A eficiência administrativa passa a ser vital no processo de globalização, como um imperativo não só de desenvolvimento como de sobrevivência, em um mundo em que as demandas não podem deixar de ser atendidas a contento, seja pelas instituições públicas, seja pelas instituições privadas. Com efeito, as pessoas querem ter seus interesses satisfeitos, de modo que a eficiência na prestação de serviços públicos interfere diretamente na capacidade de expansão das liberdades dos indivíduos.

A mera juridicidade da atuação estatal como elemento de legitimação se tornou insatisfatória a partir do momento em que começou a se exigir a obtenção de resultados. Não se considera mais suficiente que os governantes não violem a lei: exige-se deles a redução do desemprego, o crescimento econômico, o combate à pobreza, solução para os problemas de habitação e saúde.

Destarte, o grau de eficiência da atividade regulatória do Estado interventor, a partir da ótica do constitucionalismo social, deve ser avaliado primeiramente a partir da otimização da realização dos serviços, mediante um controle de equilíbrio entre a lógica concorrencial (rentabilidade) e a lógica social (solidariedade).

Diante do contexto apresentado, o presente artigo tem por objetivo analisar a possibilidade de o Estado atingir a eficiência administrativa, consubstanciada na adequada e eficiente prestação dos serviços públicos através do aparelho estatal regulador. Tal problemática será analisada a partir dos pressupostos da teoria da Análise Econômica do Direito, buscando mecanismos de conciliação entre a lógica privada do lucro com políticas

públicas de conteúdo social, de modo a corrigir as falhas de governo e a otimizar o bem-estar social.

1. REFORMA GERENCIAL E O MODELO DE REGULAÇÃO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 projetou um Estado desenvolvido e forte, o qual necessário seja para que os fundamentos afirmados no seu art. 1º e os objetivos definidos no seu art. 3º venham a ser plenamente realizados, garantindo-se como finalidade da ordem econômica assegurar a todos existência digna.

A preservação dos vínculos sociais e a promoção da coesão social pelo Estado assumiram enorme relevância no Brasil, a ele incumbindo a responsabilidade pela provisão, à sociedade, como serviço público, de todas as parcelas da atividade econômica em sentido amplo que sejam tidas como indispensáveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (GRAU, 2008, p. 108-109).

Neste contexto, é necessário ter-se em vista que não há consenso na doutrina acerca do conceito de serviço público. Ademais, o rol de atividades inerentes ao interesse público³ varia no tempo e no espaço.

Para fins explicativos, Eros Roberto Grau vincula serviço público à ideia de “atividade indispensável à consecução da coesão social”, tendo como principal característica a sua “vinculação ao interesse social”. Neste contexto, Grau conceitua “serviço público, assim, na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Durguit) – ou, em outros termos, a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima)”. Grau tece, ainda, uma diferenciação entre *serviços públicos não privativos* e *serviços públicos privativos*: enquanto os primeiros podem ser prestados pelo setor privado independentemente

³ Numa definição geral, o interesse público tem sido entendido como um padrão destinado a servir como critério para balizar, fundamentar, legitimar as decisões governamentais. Nos países de tradição democrática, em que tais decisões são tomadas com base na “regra de maioria”, esse padrão de valor também tem sido, muitas vezes, associado à noção de ‘justiça’ – evidentemente, numa perspectiva de caráter formal. Paradoxalmente, nessa produção do “interesse público” não se exige de cada cidadão o consenso com relação aos fins, mas somente com relação aos meios capazes de servir a uma grande variedade de propósitos potencialmente harmonizáveis; meios esses que cada um espera que o auxiliem na satisfação de seus objetivos (FARIA, 2013, p. 70-71).

de concessão, permissão ou autorização, os últimos apenas poderão ser prestados pelo setor privado sob um desses regimes.⁴

A constatação de que o Estado não tem recursos suficientes para todos os investimentos necessários e que, além disso, é geralmente um mau administrador, conduziu ao processo de transferência para o setor privado da execução de ampla gama de serviços públicos, numa das facetas da Reforma de Estado implementada a partir da década de 1990 (BARROSO, 2002, p. 293).⁵ Daí a privatização haver trazido drástica transformação no papel do Estado: em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de planejamento, regulação e fiscalização.

Em especial, a Reforma Administrativa caracterizou-se pela substituição de um Estado empresário por outro que se preocupa mais em regular o setor privado. Segundo Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 253), por trás dessas reformas está a visão de que “o mercado é mais eficiente que o Estado em definir a alocação de recursos e produzir”. Por outro lado, elas representam uma reação à constatação de que a intensa intervenção estatal que caracterizou a economia brasileira durante a maior parte do século XX foi marcada por muitos problemas, que podem ser inseridos naquilo a que a literatura usualmente se refere como falhas de governo.

Destarte, consoante aponta Irene Patrícia Nohara (2012, p. 200), a Reforma Administrativa procurou: da perspectiva do agente público, estabelecer procedimento da avaliação periódica de desempenho, previsto em lei complementar, como mais uma hipótese de perda do cargo estável; criar um sistema de “escolas de governo”, para a União, os Estados e o Distrito Federal, sendo facultada a celebração de convênios ou contratos entre eles os entes, voltado para a formação e o aperfeiçoamento de servidores público; e, do ponto de vista da organização/estruturação da Administração Pública, seguir as políticas de privatização, reduzindo a atuação direta do Estado no domínio econômico; estabelecer um sistema de

⁴ Em uma perspectiva socialista, Eros Roberto Grau explica que a ampliação ou redução das atividades econômicas e dos serviços públicos estão relacionados com o confronto entre capital e trabalho: “pretende o capital reservar sua exploração, como atividade econômica em sentido estrito, todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa. Já o trabalho aspira atribua-se ao Estado, para que este as desenvolva não de modo especulativo, o maior número possível de atividades econômicas (em sentido amplo). A definição, pois, desta ou daquela parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é decorrência da captação, no universo da realidade social, de elementos que informem adequadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho” (GRAU, 2008, p. 108-128).

⁵ Esclareça-se, por oportuno, que o fato de determinados serviços públicos serem prestados por empresas privadas concessionárias não modifica a sua natureza pública: o Estado conserva responsabilidades e deveres em relação à sua prestação adequada (BARROSO, 2002, p. 293). No mesmo sentido, Canotilho esclarece que a transferência de tarefas para os sujeitos privados não significa um abandono da responsabilidade estatal pela prossecução do interesse público inerente à realização do princípio da socialidade (CANOTILHO, 2003, p. 354).

agências reguladora, para fiscalizar e regular as atividades exclusivas do Estado, que foram sendo repassadas progressivamente aos particulares por delegação; criar o contrato de gestão como figura jurídica apta a incentivar iniciativa dos gestores e deslocar o “controle dos procedimentos” para o “controle de resultados”; e para as atividades não exclusivas, como ensino e saúde, incrementar o fomento, por meio da celebração de parcerias com organizações públicas não estatais, como, por exemplos, organizações sociais.

O conceito de regulação pode assumir vários sentidos. Para Marçal Justen Filho (2002, p. 27), a regulação consiste em controle permanente e concentrado, exercido por uma autoridade pública sobre atividades dotadas de um certo valor social. Em sentido análogo, Calixto Salomão Filho (2001, p. 15) defende que a regulação “é toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia”.

Vinícius Marques de Carvalho (2009, p. 144) identifica três acepções distintas de regulação. Em uma perspectiva mais ampla, a regulação pode ser vista como a “forma de intervenção do Estado na economia”, independentemente dos seus instrumentos e fins, abrangendo tanto a intervenção direta como a indireta. Um sentido menos amplo pode ser identificado ao excluir do conceito inicial a intervenção direta do Estado na economia, reduzindo o conceito, portanto, ao “condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada”. E, por fim, em sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da atividade econômica privada, por meio de lei ou outro ato normativo (CARVALHO, 2009, p. 144).

Na concepção de Richard Posner (2005, p. 49-50), quando definida de forma apropriada, a expressão “regulação econômica” se refere a todos os tipos de impostos e subsídios, bem como aos controles legislativo e administrativo explícitos sobre taxas, ingresso no mercado e outras facetas da atividade econômica”.

Diante deste perfil, Gabardo aponta as principais características do processo regulatório:

[...] ele nasce com o Estado Interventor, tem a importância reduzida com a política de nacionalizações, ressurgiu com o paradigma neoliberal, direciona-se tanto à atividade econômica em sentido estrito quanto aos serviços públicos delegados, e estrutura-se a partir da criação de agências reguladoras. Já sua busca por legitimação desenvolve-se mediante algumas características fundamentais: a atuação suplementar do Estado (princípio da subsidiariedade na ótica neoliberal); a inexistência de avaliação personalizada; a redução da prestação direta de serviços públicos (com a venda de patrimônio e a delegação máxima de serviços); a redução da participação direta na atividade econômica em sentido estrito; a incrementação da participação do capital estrangeiro na economia; a busca de recursos para

financiamento do déficit público; e o direcionamento a uma crescente eficiência produtiva (GABARDO, 2003, p. 190).

A necessidade do Estado de regular os agentes econômicos surge por uma série de motivos; entre os mais evidentes, porque sofre influência de grupos de pressão para defender o interesse específico da indústria regulada, ou porque tem objetivos políticos próprios.⁶

De acordo com Richard Posner (2009, p. 49-50), duas teorias principais da regulação econômica foram propostas. Uma é a teoria do interesse público, um legado de uma geração anterior de economistas para a atual geração de advogados. Essa teoria sustenta que a regulação é criada em resposta a uma demanda do público por correção de práticas de mercado ineficientes ou não equitativas. A segunda é a teoria da captura, que preceitua que a regulação é formulada em respostas às demandas de grupos de interesse se digladiando para maximizar os benefícios de seus próprios membros (FRANÇA, 2008, p. 120).

2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Embora em sua redação original a Constituição Federal de 1988 não tenha reconhecido expressamente o “princípio da eficiência administrativa”, em que pese a presença de algumas figuras afins, como a economicidade,⁷ a ideia de eficiência sempre esteve presente na Teoria do Estado e na Ciência da Administração, desde o advento do racionalismo administrativo característico da modernidade (GABARDO, 2002, p. 94).⁸

Segundo Irene Patrícia Nohara (2012, p. 193), a eficiência contempla uma relação entre meio (recurso empregado) e fim (resultado obtido), que, no caso do gerencialismo puro, apontava para o custo/benefício. Entretanto, o benefício obtido pode ser obtido com múltiplos

⁶ De acordo com Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 256-257), a regulação só seria desnecessária em mundo idealizado em que: a) Não houvesse, entre os agentes econômicos, interações que não fossem intencionais e de comum acordo; b) A informação fosse total e igualmente disponível para todos; c) Houvesse um número muito grande de empresas competindo em condições semelhantes em cada mercado, para vender para um número também elevado de consumidores parecidos. Porém, quando uma das três premissas descritas anteriormente não se verifica, não ocorre a coincidência que, nesse mundo ideal, existe entre os interesses de produtores, consumidores, famílias, trabalhadores etc., e o mercado deixa de ser eficiente.

⁷ Intimamente ligado ao princípio da eficiência figura o princípio da economicidade, que, como destaca Diogo Figueiredo Moreira Neto (2006, p. 311-312), ‘embora referido a propósito da execução da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, deve ser recebido como um princípio geral do Direito Administrativo, em razão de sua amplitude no desempenho da administração pública interna.’

⁸ Gabardo (2002, p. 94) elucida que a inserção do princípio da eficiência administrativa no texto da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19/98, não implica uma derrogação de qualquer outro princípio constitucional, notadamente o da legalidade. No mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão (2009, p. 36), para quem o princípio da eficiência visa a embeber a legalidade de nova lógica, determinando a insurgência de legalidade finalística e material, e não mais legalidade meramente formal e abstrata.

conteúdos, não apenas com conceitos puramente econômicos. Portanto, a eficiência é valor “relacional”. Ademais, não se pode deixar de considerar que se trata também de um conceito operacional, o que implica no fato de que a “grandeza” eficiência é relativa, ou seja, não é um “fim em si”.⁹

No campo da economia, são distintas as definições de eficiência. Segundo Robert Cooter e Thomas Ullen (2010, p. 38), um processo de produção é eficiente quando qualquer uma das duas condições seguintes está em vigor: 1) Não é possível gerar a mesma quantidade de produção usando uma combinação de insumos de custo menor, ou; 2) Não é possível gerar mais produção usando a mesma combinação de insumos. A outra espécie de eficiência, chamada eficiência de Pareto, às vezes designada como “eficiência alocativa”, diz respeito à satisfação de preferências pessoais. Diz-se que uma determinada situação é Pareto eficiente ou alocativamente eficiente se é impossível mudá-la de modo a deixar pelo menos uma pessoa em situação melhor (na opinião dela própria) sem deixar outra pessoa em situação pior (COOTER; ULLEN, 2010, p. 38).¹⁰

Sob a ótica do constitucionalismo social, Gabardo (2003, p. 191) defende que o grau de eficiência da atividade regulatória do Estado interventor, a partir da ótica do constitucionalismo social, deverá ser avaliado primeiramente a partir da otimização da realização dos serviços, mediante um controle de equilíbrio entre a lógica concorrencial (rentabilidade) e a lógica social (solidariedade).¹¹

3. EFICIÊNCIA E REGULAÇÃO: OS PRESSUPOSTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Em tempos de globalização e internacionalização das fases da cadeia produtiva, cada vez mais abre-se espaço para a incursão da teoria econômica na teoria jurídica. Cria-se, de fato, um ambiente propício à transposição de critérios, categorias e classificações econômicas para a teoria jurídica, na medida em que se reconhece que, funcionalmente, Direito e Economia têm o mesmo destino, delineado pela Ordem Constitucional (NEGREIROS, 2002, p. 387-388).

⁹ Nohara (2012, p. 193) estabelece a diferenciação entre eficiência e eficácia: enquanto a eficiência é conceito que se refere ao “emprego adequado dos meios para o alcance de resultados”, a eficácia representa o foco no resultado.

¹⁰ A partir deste conceito, correntes de pensamento como a abordagem econômica do Direito (defendida por Richard Posner) passam a insistir na realização de um teste de eficiência do Direito, como se o modelo normativo se restringisse ao aspecto institucional (POSNER, 2007, p. 473).

¹¹ Gabardo (2003, p. 191) defende que, no Estado Interventor, os aspectos econômico e social não podem ser dissociados, sob pena de ser deslegitimada sua atuação.

Na visão de Ivo Gico Júnior (2012, p. 14), a Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico.

A ideia de que acordos voluntários levam ao ponto de ótimo social é, a princípio, verdadeira. Há, porém, fatores que podem afastar o mercado do nível ótimo, as chamadas falhas de mercado. Assim, diante da impossibilidade de relações perfeitas, a economia encontra arranjos intermediários, que respondem às imperfeições. Em outros termos, busca-se arranjos complementares ao mecanismo de mercado para mitigar os efeitos indesejáveis das falhas de mercado e aumentar a eficiência econômica e, conseqüentemente, o nível de bem-estar (VIEGAS; MACEDO, 2010, p. 82). Entre as falhas de mercado, podem ser citadas as externalidades; as assimetrias de informação; e custos de transação (GAROUPA; GINSBURG, 2012, p. 165).

O risco de informação assimétrica é uma das justificativas para a função reguladora do Estado. A eficiência na regulação de serviços públicos exige um elevado grau de segurança jurídica. Significa dizer que a norma regulatória não pode ser arbitrariamente modificada, a não ser que se observem fatos absolutamente relevantes (MONTORO FILHO, 2008, p. 10).

Destarte, uma vez que, sob os preceitos da regulação, o serviço público passa a ser prestado diretamente pelo particular, é necessário que as regras de regulação permaneçam inalteradas, sob pena de se estabelecer situação em que a assimetria de informação ocasionada pela alteração desmotivada da norma reguladora ocasione o surgimento de uma externalidade negativa.

Neste cenário, a segurança jurídica é importante para atender à exigência do agente econômico que precisa avaliar com alto grau de certeza os efeitos jurídicos de seus atos. Segurança jurídica, portanto, embute a noção de que o custo e o risco de uma transação possam ser efetivamente calculados.¹² De outro modo, a insegurança jurídica, sob a

¹² Com apoio no economista Douglas North, Montoro Filho (2008, p. 11-18) afirma que a ausência de segurança jurídica chega a comprometer o desenvolvimento econômico de um país, como ocorreu no Brasil, que foi prejudicado pela falta de instituições que garantissem a segurança jurídica. Para North, o Brasil e outros países da América Latina com grande potencial, como México e Argentina, ficaram para trás em relação aos Estados Unidos devido ao modelo ineficiente herdado dos portugueses e espanhóis. Sobre a insegurança jurídica no Brasil, Castelar apud Montoro aponta como causa a falta de confiança nos tribunais, a morosidade do processo e a politização das decisões judiciais. Entretanto, Castelar explica que o problema transcende o Judiciário e chega ao Poder Executivo, motivado pela grande quantidade de medidas provisórias e das constantes mudanças de regras.

perspectiva econômica, faz reduzir o potencial de utilização de ativos (MONTORO FILHO, 2008, p. 14).

Outra faceta intimamente relacionada à segurança jurídica é a necessidade de atuação coerente do Poder Judiciário. Consoante destaca Armando Castelar Pinheiro (2005, p. 244), pressupõe-se que o Judiciário está sempre pronto e capacitado a resolver as disputas contratuais rápida, informada, imparcial e previsivelmente, atendo-se aos termos originais do contrato e ao texto da lei.

O problema das assimetrias de informação é também detectado na relação estabelecida entre regulador e legislador. Para a Teoria Política Positiva Reguladora, a sociedade é mapeada em diversos grupos de interesse, vistos em relações que envolvem múltiplos principais, afetados pela escolha de políticas regulatórias (BARBOSA, 2008, p. 426). Admitindo-se que tais grupos são racionais, está claro que maximizam seus próprios interesses, de modo que agirão com vistas a influenciar a escolha do Estado entre um leque de opções que se abre, em termos de possíveis políticas públicas. Marcelo Nascimento Barbosa traz à tona um caso emblemático:

Como exemplo deste fenômeno, pode-se citar a falta de capacidade de investimento em expansão e modernização na infraestrutura de telecomunicações que o sistema Telebrás experimentava antes da privatização, como consequência da deficitária estrutura tarifária vigente à época, que eram definidas pelo Governo Federal como autoridade econômica ao procurar maximizar seus próprios interesses centrados na contenção do processo inflacionário, e não na prestação dos serviços em si, ou em sua compatibilidade com os custos (BARBOSA, 2008, p. 426).

Nesse problema, que se resolve com embate político, a solução, em termos das opções adotadas, não é normativa, já que vai se distanciar, tanto de um resultado eficiente, como de um que privilegie o interesse público. Aliás, a política pública utilizada, em regra, pode ser mais bem compreendida como resultado das instituições e do embate de interesses de grupos da sociedade, com capacidade de exercer pressões.

Nem sempre, contudo, o regulador implementa uma política regulatória desenhada e almejada pelos legisladores. Diante disso, é possível verificar que há conflitos de interesses facilmente diagnosticáveis na relação entre regulador e legislador, de modo que o regulador, mesmo subordinado ao legislador, não está necessariamente maximizando os interesses deste, passando a ter interesses próprios: prestígio, poder, influência, novos cargos, maiores salários (BARBOSA, 2008, p. 427).

Ademais, o regulador normalmente não se relaciona com o eleitorado, ou seja, não tem representatividade eletiva. Sua atuação está justificada em outras bases, que são, em

regra, o domínio da técnica necessária para realização das atribuições que lhes são confiadas. Diante deste panorama, Marcelo Nascimento Barbosa (2008, p. 426) expõe:

Assim, reguladores não estão associados aos mesmos interesses dos legisladores. Este problema, que parte da assimetria de informações, tem consideráveis consequências sobre a regulação a ser implementada pelos legisladores, que terão incentivos em modelar sua relação com o regulador, a fim de alinhar possíveis interesses divergentes. [...]. De outro lado, os legisladores não têm interesse em realizar diretamente uma política, nem sequer de incorrer em altos custos de supervisão da agência da concorrência. Os benefícios da delegação de competências são, ainda, maiores que os custos de controle ou monitoramento. Esses altos custos de controle identificam o problema da assimetria de informações.

As externalidades, ao revés, são uma das principais justificativas para a existência da regulação. Carolina Theodoro da Silva Motta (2012, p. 170), com apoio em Stephen Breyer, preceitua que “uma considerável parcela da regulação é justificada pelo fato de que preços de bens não-regulados não refletem o verdadeiro custo à sociedade da produção desse bem. A diferença existente entre verdadeiro custo social e o preço não-regulado do produto correspondente ao que se chama externalidade”.

De acordo com Luciano Benetti Timm (2012, p. 104) diante do Direito da Regulação, o Estado teria pra si as seguintes funções: alocativa, distributiva e estabilizadora.

A função alocativa está associada à oferta de bens e serviços não oferecidos adequadamente pelo sistema de mercado, os chamados bens públicos. Um bem deste tipo é caracterizado por: (I) não excludência,¹³ e (II) não rivalidade (TIMM, 2012, p. 105).

A função distributiva surge através da tributação, com o governo atuando como um agente redistribuidor de renda retirando recursos dos segmentos mais ricos da sociedade e os transferindo para os seguimentos menos favorecidos. Os instrumentos tradicionais seriam a implementação de uma estrutura tarifária progressiva de subsídio cruzado e políticas de distribuição setorial ou regional de renda (TIMM, 2012, p. 105).

Por fim, a função Estabilizadora está relacionada com a intervenção do Estado na economia para alterar o comportamento dos níveis de preços e emprego. Isto porque, na maioria das vezes, o pleno emprego e a estabilidade de preços ocorrem de maneira automática. Os instrumentos de que o governo dispõe para tanto são: política fiscal; política monetária; política cambial; política comercial; e política de rendas.

¹³ A não excludência diz respeito ao fato de que o bem é tal que não se pode excluir um consumidor de seu consumo (TIMM, 2012, p.105). É necessário destacar que há diferenças marcantes entre o consumidor de bens de mercado e o consumidor de serviços públicos. Conforme aponta Luiz Fernando Abrucio (2006, p. 186), enquanto aqueles se orientam para um modelo que toma por pressuposto a decisão de compra vigente no mercado, no âmbito da prestação de serviços públicos há questões de equidade/justiça social envolvidas.

A partir dos pressupostos da Teoria Política Positiva da Regulação, que trabalha com as mesmas premissas básicas da análise econômica neoclássica, sob a premissa de que o comportamento dos agentes econômicos é guiado por escolhas racionais, que buscam a maximização de seus interesses, Marcelo Nascimento Barbosa (2008, p. 425) explica que “enquanto a economia normativa é tida como a economia do bem-estar, a análise positiva está voltada não apenas para o estudo das consequências de políticas públicas, mas especialmente para a compreensão das forças econômicas formadoras das políticas observadas na prática”. Neste contexto, Barbosa conclui que o grande mérito da Teoria Política Positiva da Regulação, é tentar ganhar maior realismo, ao expressar de forma mais próxima fenômenos do comportamento da regulação.¹⁴

Segundo a Teoria Política Positiva da Regulação, as falhas de mercado e quaisquer políticas adotadas para corrigi-las necessariamente têm consequências distributivas. Os diversos agentes econômicos que são afetados por estas consequências são presumidamente racionais e maximizadores de seu interesse próprio. Deste modo, a teoria prevê que eles agirão para impedir, redirecionar ou proteger a política sendo proposta de acordo com a forma que ela os afeta (BARBOSA, 2008, p. 425).

No mesmo sentido, Alexandre Ditzel Faraco (2003, p. 182), com apoio na teoria formulada por Ronald Coase, defende que uma das respostas possíveis ao problema da ineficiência da regulação estatal na prestação de serviços públicos é que a regulação não é uma ação voltada a garantir a eficiência econômica de uma atividade, mas sim de que estaria dirigida à defesa do interesse particular de determinado grupo de pressão capaz de influir no processo político. Nesta perspectiva, antes de ser um entrave restringindo a liberdade das “firmas reguladas”, a regulação seria um mecanismo benéfico e desejado por elas. A eficiência administrativa, nesta hipótese, não se constituiria como um dos objetivos principais da regulação.¹⁵

Subjacente ao problema das implicações constitucionais da regulação encontra-se, portanto, uma das questões centrais da filosofia política e jurídica moderna: a relação entre dois tipos distintos de interesses. Por um lado, os inúmeros interesses privados, os quais em

¹⁴ A teoria pública positiva reguladora também incorpora outras importantes premissas usadas pela escola neoclássica, dentre as quais o problema da assimetria de informações e o modelo principal-agente, incertezas de comportamento e oportunismo, bem como teoria dos custos de transação. No entanto, a teoria pública positiva reguladora vai além da teoria normativa, porque considera em sua análise, quais fatores que influenciam a tomada de decisões e o papel de instituições políticas no processo regulatório (BARBOSA, 2008, p. 425).

¹⁵ O desenvolvimento de uma explicação da regulação que procurou generalizar certas conclusões de Ronald H. Coase partiu da tentativa de compreender as razões pelas quais uma ação reguladora que se mostra ineficiente é preservada. Aquele autor chamou a atenção para a circunstância de que esta poderia ser falha, implicando um custo maior do que aquele que se estava tentando eliminar (FARACO, 2003, p. 182).

princípios seriam “harmonizáveis” pro meio de relações contratuais revogáveis pelas partes. Por outro lado, o interesse público cuja vinculação com os membros de uma dada comunidade ou Nação seria – também em princípio – permanente e irreversível, podendo o Estado, “embora em circunstâncias excepcionais, pretender o sacrifício do bem maior, a vida, que é um bem contratualmente indisponível” (BOBBIO, 1987, p. 9-31).

Assim, diante do exposto por Barbosa e Faraco, a perspectiva ora colocada enfraquece a teoria do interesse público, segundo a qual regulação e outras políticas públicas são estabelecidas pelo Estado com o objetivo de gerar um resultado de bem-estar social e corrigir falhas de mercado, incorporando eficiência econômica.

Conforme Müller apud Barbosa (2008, p. 426), diante dessa visão, o Estado assume o papel de um “ditador benevolente, onipotente e onisciente”, cuja atribuição seja maximizar o bem-estar social, para demonstrar, no entanto, que:

[...]as políticas públicas não são resultado direto da atuação desse Estado, que visa a um só interesse público, mas sim que políticas, regulatórias, no caso deste estudo, são editadas em função dos interesses de grupos envolvidos, e da interação entre tais grupos, atingidos pela prática regulatória.

Uma série de teorias críticas da modernidade apontam o fracasso do intervencionismo do Estado de bem-estar em boa medida por conta do próprio mau desempenho do Direito como meio de emancipação social e efetivação de direitos. São apontados os casos de intervenção indevida em algumas áreas; é exaltada a ineficiência da regulação e controle da economia. O Direito tem como prerrogativa a conformação das relações sociais e, por isso mesmo, estaria sendo politizado, o que o faz perder a sua racionalidade própria, inerente à normatização eminentemente jurídica da vida. Ao contrário de aproximar, esta postura interventora do Estado acabaria afastando-o da realidade (REICH apud GABARDO, 2009, p. 167).

Barbosa (2008, p. 426) ressalta que na maioria das vezes não há uma forma de corrigir a falha de mercado que seja ótima em termos de bem-estar social. Também é raro que existam formas de conciliar os interesses conflitantes através de compensações laterais ou outros esquemas simples de resolução de conflitos. Na prática a solução é determinada por intermédio das instituições políticas, que estabelecem a forma que a solução da falha de mercado vai tomar.

CONCLUSÕES

O estudo da eficiência da regulação no Brasil, por envolver inúmeros setores da economia, é tema deveras complexo e engendra um sem-número de conclusões possíveis. Destarte, apresentam-se algumas questões pontuais que se sobressaem.

O atual modelo de regulação da econômica adotado pelo Brasil é, de certa forma, resultado da constatação da ineficiência do Poder Público em prestar positivamente determinados serviços e regular os mercados. Tal modelo, como visto, está adstrito ao princípio da eficiência administrativa, insculpido no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998.

Entretanto, o surgimento de determinadas situações interferem na política de regulação do Brasil, ocasionando um afastamento da eficiência desejada. Entre elas, é possível destacar o conflito de interesses entre público e privado e a existência de assimetrias de informação e de externalidades que refletem no grau de eficiência alcançado.

Neste contexto, destaque-se a importância da segurança jurídica para a redução de custos de transação e de assimetrias de informação. No mesmo sentido, torna-se necessário estabelecer mecanismos que evitem conflitos entre o legislador e o regulador, de modo a obter a maximização dos resultados na regulação.

Ressalte-se, por oportuno, a necessidade de conciliar entre a lógica concorrencial, fundada no lucro, e a lógica social, fundada no bem-estar social. A Teoria da Análise Econômica do Direito pode fornecer os referenciais para a conformação de tais interesses, de modo a contribuir para o alcance da eficiência na regulação da economia.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Luiz Fernando. **Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático**: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. Reforma do Estado e da administração pública gerencial. 7. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

BARBOSA, Marcelo Nascimento. Uma análise dos efeitos da privatização dos serviços de telefonia no Brasil e da implantação do marco regulatório no processo de universalização. Brasil. Tribunal de Contas da União. **Regulação de serviços públicos e controle externo**. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**, n. 229, jul., 2002.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma Teoria Geral da Política. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Desregulação e Reforma do Estado no Brasil: impacto sobre a prestação de serviços públicos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.) **Direito regulatório**: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2009.

COOTER, Robert. **Direito & economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e direito concorrencial (as telecomunicações)**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da Administração Pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri: Manole, 2003.

_____. **Interesse público e subsidiariedade**: O Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Forum, 2009.

_____. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** São Paulo: Dialética, 2002.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise econômica e direito comparado. *In:* TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2012.

GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. *In:* TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares.** Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MONTORO FILHO, André Franco. O preço da incerteza: por que a insegurança jurídica ameaça emperrar o desenvolvimento econômico? *In:* Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial. **Direito e Economia.** São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Público.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOTA, Carolina Theodoro da Silva. Regulação e desregulação: uma discussão sobre o equilíbrio entre mercado e coletividade. *In:* Di Pietro, Maria Sylvia Zanella (Org.) **Direito regulatório: temas polêmicos.** 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Atlas, 2012.

PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito & economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. Tradução de Marianna Mota Prado. *In*: MATTOS, Paulo (Coord.) **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo, Malheiros, 2001.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernardo. Falhas de mercado: causas, efeitos e controles. *In*: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). **Direito econômico: direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010.