

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A REGULAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA

INTRODUCTORY CONSIDERATIONS ON THE REGULATION OF ECONOMIC ACTIVITY

Fernando Schwarz Gaggini¹

RESUMO: O presente trabalho apresenta uma visão introdutória do tema da regulação da atividade econômica, envolvendo sua caracterização, justificativa, a atuação das agências reguladoras e a autorregulação.

PALAVRAS-CHAVES: Regulação; Agência Reguladora; Autorregulação.

ABSTRACT: This paper presents an introductory view of the issue of regulation of economic activity involving its characterization, justification, the actions of regulatory agencies and self-regulation.

KEYWORDS: Regulation, Regulatory Agency, Self-Regulation.

SUMÁRIO: 1. Regulação: conceito, função e justificativa. 1.1 Conceito e função. 1.2 A justificativa da regulação: combate às falhas de mercado. 2. Agências reguladoras e políticas regulatórias. 2.1 Agências reguladoras. 2.2 Problemas das agências reguladoras. 2.3 Políticas regulatórias. 3. Autorregulação. 4. Bibliografia

¹ Advogado e professor universitário. Especialista e mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP. Contato: fernando.schwarz@uol.com.br

1. Regulação: conceito, função e justificativa

1.1 Conceito e função

Regulação, em uma acepção ampla, pode ser compreendida como toda forma de ação estatal destinada a normatizar um setor ou atividade e influenciar condutas, através de leis, atos normativos e outros instrumentos, buscando adequar o exercício da atividade econômica aos interesses da coletividade.

Mas a terminologia regulação também costuma ser empregada, sob um enfoque estrito, para transmitir a ideia da intervenção e ordenação ativa, pelo Estado, em um determinado setor ou ramo de atividade econômica, mediante órgãos reguladores específicos, as chamadas “agências reguladoras”, figuras criadas a partir de experiência regulatória norte-americana do fim do século XIX. É nesse sentido que utilizaremos o termo regulação neste trabalho, buscando traçar seus principais contornos e características.

A análise da função dessas agências nos remete diretamente a uma visão do papel do Estado frente à economia. Historicamente, em diversos países, verifica-se uma alternância de ciclos quanto à participação do Estado na economia. Em determinados momentos históricos nota-se uma opção política prevaiente que propõe uma maior participação estatal na atividade econômica, e o resultado de tal pensamento é que o Estado acaba por atuar de forma direta, exercendo a atividade de “empresário”, ou seja, é o próprio agente prestador do serviço. Em um contexto político assim, é consequência comum que por vezes se opte por estabelecer monopólios em favor da atuação direta estatal, de modo que não exista mercado de livre acesso e tampouco preocupações concorrenciais. Alternativamente, em outros momentos se observa a predominância de um pensamento que julga ser mais eficiente a atribuição das atividades diretas à iniciativa privada, hipótese em que o Estado se afasta da condição de “empresário” ou prestador e atribui tal papel aos particulares, assumindo ele, Estado, a função de disciplina e controle das atividades delegadas aos particulares.

Em síntese, temos que a alternância desses ciclos nos leva a observar, quanto ao cenário econômico, (i) períodos em que o Estado exerce diretamente atividades econômicas (hipótese que costuma acarretar em situação de possível monopólio público) ou (ii) períodos em que o Estado se afasta da função de exercente da atividade e assume o papel de fiscalizador da atuação dos particulares.

No contexto da segunda hipótese, quanto ao papel do Estado na disciplina da atividade econômica, é possível observar duas formas de atuação. A primeira seria o

Estado se limitando passivamente a disciplinar a atuação dos particulares (mediante a criação de leis e estipulação de sanções para coibir práticas indesejadas), e na segunda, o Estado buscaria regular ativamente a atividade econômica em setores estratégicos, sendo que nesse caso, para operacionalizar a atuação estatal ativa, se utiliza a figura da agência reguladora, órgão técnico independente com atuação exclusiva em determinado setor estratégico, que tem por função viabilizar o alcance de resultados específicos desejados pelo Estado.

Portanto, a opção pela adoção de agências reguladoras instrumentaliza um maior direcionamento e intervenção do Estado em setores da atividade econômica considerados estratégicos e que, por consequência, demandam maior grau de controle.

1.2 A justificativa da regulação: combate às falhas de mercado

Constatada a função da regulação e das agências reguladoras, cabe comentar a sua justificativa econômica, que está ligada diretamente aos ciclos históricos em que o Estado decide afastar-se (parcialmente ou totalmente) da atividade econômica direta, por julgar mais produtiva e eficiente a exploração por particulares (como se observa em períodos de privatizações, tal como vivenciado no Brasil na década de 1990).

Nesses períodos, como mencionado, o Estado transfere o exercício direto das atividades à iniciativa privada, assumindo então função reguladora como modo de assegurar a observância do interesse público na atividade econômica.

O problema de ordem prática, justificador da regulação, é que, uma vez atribuído aos particulares o exercício da atividade econômica, constata-se o surgimento das chamadas “falhas de mercado”, que são vícios naturais do mercado que comprometem o seu pleno funcionamento e, por consequência, interferem no atendimento ao interesse público.

Tomando por parâmetro as lições de Fábio Nusdeo², podemos identificar alguns exemplos das mencionadas falhas de mercado.

Uma primeira hipótese de falha de mercado é a denominada “falha de transparência”, pela qual constata-se que o sistema de mercado não tende a gerar, por iniciativa própria, o acesso às informações relevantes para a tomada de decisões negociais. Essa falha gera assimetria informacional, que corresponde a uma situação em que as partes negociantes detêm níveis diferentes de informação, colocando-as em situação de desequilíbrio, visto que uma parte possui mais conhecimentos quanto ao negócio que a outra, estando

² NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 2. ed., São Paulo: RT, 2000. p. 138 e seguintes.

assim em situação privilegiada. É o que se observa nas relações de consumo, em que o fornecedor detém mais informações sobre seu produto que o consumidor. Igualmente, é a situação que se verifica no mercado de capitais, em que a companhia emissora de valores mobiliários detém grau extremamente maior de informações a seu respeito do que o investidor externo. Frente a tais distorções, as medidas regulatórias visam compensar a situação de desequilíbrio.

Uma segunda hipótese é a “falha de estrutura”. Uma vez atribuído o exercício da atividade econômica aos particulares, espera-se que o mercado seja atomizado, integrado por diversos participantes atuando em concorrência efetiva, de modo que os efeitos naturais da concorrência permitiriam obter benefícios como o controle de preços, grau elevado de qualidade nos produtos e serviços prestados, entre outros aspectos. Entretanto, contrariamente ao esperado, o sistema de mercado tende a situações de concentração de estruturas com finalidade de aumento do poder econômico pelos agentes, levando a modelos que são contrários ao interesse público. É o que se verifica quando empresas se associam visando monopolizar ou cartelizar um mercado, de modo a elevar seu poder econômico e determinar impositivamente preços, quantidade e qualidade dos produtos ou serviços ofertados, além de buscar criar entraves à entrada de novos competidores no mercado.

Terceira hipótese exemplificativa é a denominada “falha de sinal”. No sistema de mercado (em concorrência perfeita), os preços dos bens devem refletir o seu respectivo grau de escassez, de modo que, quanto mais raro um determinado bem, mais caro deve ser seu valor, ao passo que, quanto mais abundante, mais barato (de forma que a sinalização correta de preços incentivará ou desestimulará o uso e consumo de acordo com a disponibilidade real daquele bem). Porém, a falha de sinal ocorre quando um determinado bem não reflete ou sinaliza corretamente seu grau de escassez, de modo que o valor de mercado a ele atribuído, sem efetiva correlação ao seu grau de escassez, leva ao consumo excessivo ou predatório, a ponto de que, em uma situação limite, os efeitos danosos da ausência de sinal podem levar ao próprio desaparecimento ou degradação do bem. É o que se verifica em relação à questão ambiental, onde a situação de ausência de sinal quanto ao uso abusivo de bens naturais como a água de um rio, por exemplo, levaria a um grau excessivo de comprometimento e poluição do rio, gerando consequências danosas (externalidades) a outras pessoas não relacionadas com as operações da indústria poluidora e, eventualmente, degradando em definitivo o próprio rio, com consequências ambientais irreparáveis. Em um caso desses, se o custo de uso da água representasse efetivamente seu grau de escassez, o impacto econômico geraria para a indústria poluidora um incentivo (ou mesmo necessidade) para buscar soluções alternativas que não levassem à poluição do rio.

Face ao surgimento de falhas como as mencionadas (dentre diversas outras possíveis, visto que o rol acima é apenas exemplificativo), é que se verifica a necessidade de intervenção estatal, em especial em setores estratégicos, visando combater tais efeitos negativos. Portanto, é nesse sentido que deve se focar a regulação, através de uma atuação corretiva destinada a eliminar, ou ao menos atenuar, as falhas de mercado.

Logo, a regulação busca organizar o exercício da atividade econômica de modo a combater os efeitos adversos das falhas de mercado e viabilizar a produção das necessidades econômico-sociais, representando a forma do Estado se empenhar ativamente na disciplina do mercado e na busca de resultados específicos em determinados setores de relevante interesse público.

Observe-se que o grau de rigor e intervenção na regulação também é sujeito a ciclos, de acordo com as motivações políticas e momentos históricos, alternando épocas de maior rigor com momentos de afrouxamento das medidas e exigências regulatórias.

Exemplificativamente, o mercado financeiro norte-americano era, até 1929, bastante desregulado. Contudo, o advento da grande crise levou à imposição de uma regulação rígida (adoção de política de transparência, criação de órgãos reguladores, medidas de desconcentração estrutural) que, com o tempo, veio se enfraquecendo novamente (mediante a crença na autoregulação como solução ideal de mercado). Mas o advento da crise de 2007/2008 possivelmente levará a novo aperto regulatório como tendência em todo o mundo.

No Brasil, até a década de 1990, verificou-se a postura do “Estado-empresário”, atuando diretamente em diversos segmentos estratégicos da economia, tal como telecomunicações, petróleo, energia, entre outros. Nesse cenário, pouca importância tinha a regulação ou questões concorrenciais, visto que as atividades exercidas pelo Estado por vezes eram realizadas em situação de monopólio. Com a opção pela abertura de mercado e as privatizações, o Estado deixou (não totalmente, mas em grande parte) a figura de empresário e assumiu a de regulador, hipótese em que se instituiu regulação para vários setores e, por consequência, foram criadas diversas agências reguladoras (ou reestruturadas algumas já existentes, como feito em relação ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) pela lei nº 8.884/94).

2. Agências reguladoras e políticas regulatórias

2.1 Agências reguladoras

As agências reguladoras são (ou devem ser, em sua concepção teórica) órgãos técnicos

independentes que têm a função de regular ativamente um determinado segmento da atividade econômica de sua especialidade. Elas são o braço do Estado especificamente destinado a realizar uma atuação regulatória específica.

Para viabilizar o cumprimento efetivo de sua função, essas agências, embora órgãos integrantes da administração, devem possuir independência e autonomia para evitar pressões políticas casuais e intervenções não técnicas na atuação regulatória. Essa independência se refere ao poder decisório do órgão (sem subordinação hierárquica), mandatos fixos dos diretores (para evitar pressões políticas), autonomia financeira, ou seja, elementos que inibam interferências políticas que influenciem nas decisões técnicas.

Basicamente, as agências reguladoras são divididas em dois grandes grupos: (i) agências setoriais e (ii) agências transversais.

As *agências setoriais* são agências reguladoras que atuam em um setor específico da economia. Exemplificativamente, órgão que possui tal condição é a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), que foi constituída em 1997 por ocasião do período de privatização das telecomunicações, em especial telefonia. Referida agência foi instituída como autarquia independente e financeiramente autônoma, com funções de outorgar, regulamentar e fiscalizar o setor das telecomunicações (segmento específico de sua atuação). Tal qual a Anatel, possuem a condição de agências reguladoras setoriais diversas outras entidades, tal como a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a Superintendência de Seguros Privados (Susep), Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), dentre tantas outras existentes.

As *agências transversais*, por sua vez, não se limitam a atuar em um único setor da economia, mas suas funções atravessam os mais diversos segmentos. Exemplo de tal situação é o Cade, que é o órgão regulador responsável pela defesa da concorrência. Tendo em vista que as questões de ordem concorrencial apresentam-se nos mais variados segmentos da economia, o Cade pode ser considerado agência transversal justamente porque sua função lhe permite atuar em todos os setores em que possa ocorrer implicações de ordem concorrencial. Na mesma situação pode-se enquadrar o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama).

Também deve ser observado que as agências reguladoras podem ser *federais* (caso dos exemplos acima citados), *estaduais* (como é o caso da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo [Artesp]) ou *municipais* (como é o caso da Agência Reguladora dos Serviços de Água e Esgoto do

Município de Mauá/SP [Arsae]).

2.2 Problemas das agências reguladoras

Alguns riscos ameaçam o efetivo funcionamento das agências. Um primeiro é o *risco de desvio de função*. Sabendo que a ideia de agência reguladora tem por pressuposto um órgão técnico independente e autônomo, o desvio de função ocorre quando se verifica a situação em que forças políticas se apropriam da agência, tirando dela a função eminentemente técnica e a utilizando para outros fins de ordem política (tal como para viabilizar acordos políticos, mediante a indicação para cargos visando ao assentamento de coligados políticos sob critério não técnico; outras vezes, o cargo na agência é utilizado politicamente como forma de promoção pessoal do indicado, deixando em segundo plano as reais funções de atribuição do órgão em detrimento de interesses pessoais dos seus dirigentes).

Outro risco bastante comentado na doutrina é o *risco de captura da agência*, que representa a situação em que a agência é “capturada” pelos regulados (a quem deveria fiscalizar), no sentido de que a influência dos regulados sobre a atuação da agência é tamanha que ela passa a atuar em função/favor dos regulados (ou parte deles), contrariando sua própria razão de existência.

2.3 Políticas regulatórias

As políticas regulatórias são adotadas visando à implementação de mecanismos destinados a combater as falhas de mercado que se evidenciam. Frente a esse conceito, é válido observarmos alguns exemplos de políticas regulatórias.

Sob a ótica da atuação regulatória setorial, um primeiro exemplo é a postura adotada na regulação do mercado de capitais norte-americano em decorrência da crise de 1929. Nesse mercado, observada a problemática da assimetria informacional em relação aos investidores, instituiu-se a política regulatória do *full disclosure*, adotando-se instrumentos destinados a exigir dos emissores de valores mobiliários o fornecimento de informações para basear a decisão de investimentos dos investidores. A falha combatida nesse exemplo, portanto, é a falta de transparência, de modo que a regulação visa reequilibrar a situação impondo a prestação de informações, que não era espontaneamente realizada pelos agentes do mercado. Observe-se que as políticas regulatórias adotadas nos EUA à época do pós-crise acabaram gerando grande influência junto a diversos outros países, dentre os quais o Brasil (que inseriu em sua legislação diversos dos elementos regulatórios criados no pós-crise de 1929).

Outro exemplo de política regulatória é o da desconcentração estrutural operada no mercado de telefonia norte-americano, episódio que ficou conhecido como “caso *baby bells*”. O caso envolve a American Telephone and Telegraph Company (AT&T), empresa fundada ainda no século XIX por Graham Bell, o inventor do telefone, e que era considerada no século passado a principal operadora de telefonia dos Estados Unidos. Dado o elevado grau de concentração de mercado em favor da AT&T, um processo antitruste levou, em 1984, ao desmembramento parcial da AT&T em sete outras operadoras, que ficaram conhecidas como “*baby bells*”. Após o desmembramento, a AT&T residual passou a conviver com as sete novas companhias decorrentes de seu desmembramento. Com isso, buscou-se elevar a concorrência no mercado e diminuir a concentração de poder da AT&T.

No Brasil, observou-se episódio semelhante por ocasião da privatização da telefonia, em 1998. Até então, a atividade de telefonia era monopolizada pelo Estado, através da Telebrás, gigante das telecomunicações no Brasil. Para a privatização, optou-se pelo desmembramento da Telebrás, que foi parcialmente cindida em 12 novas companhias com delimitação de atuação regional, além da Telebrás residual. Após a cisão, o controle das novas companhias foi alienado no processo de privatização. Ainda, etapa seguinte foi a alienação de licenças para as chamadas empresas-espelhos, que fariam concorrência com as companhias privatizadas nas respectivas áreas de atuação.

Nesses casos, verificou-se a adoção de medidas de regulação estrutural (que, dependendo das medidas instituídas em concreto, pode envolver a desconcentração compulsória ou uma regulação indutora de desconcentração).

No segmento bancário, por se tratar de setor estratégico de extrema importância, é comum se observar, nos mais diversos países, a adoção de uma política regulatória prudencial, que tem por finalidade resguardar o mercado e depositantes, por meio da instituição de parâmetros de adequação de capital e de negociação para as instituições financeiras (como é o caso do Índice de Basileia), estipulação de capital mínimo para operar, adoção de mecanismos de seguro visando evitar o risco sistêmico (como é o caso, no Brasil, do Fundo Garantidor de Créditos [FGC]), entre outras medidas.

Sob a ótica da atuação regulatória transversal, diversos países adotam, como forma de controlar as concentrações empresariais e evitar o risco de criação artificial de monopólios, a obrigatoriedade de submissão de atos de concentração que tenham risco de influência concorrencial a um órgão regulador específico (no caso brasileiro, o Cade; nos EUA, a Federal Trade Commission [FTC]) que, como agência reguladora transversal, dará a autorização ou não para a celebração do ne-

gócio, de acordo com a sua análise dos impactos da operação sobre os segmentos de mercado em que atuam as partes envolvidas.

3. Autorregulação

Além da regulação imposta pelo Estado e exercida pelas agências reguladoras, é possível ainda, aos próprios agentes do mercado, a estipulação de regras que os vinculam. Essa autoimposição de regras, por parte de órgãos de classe ou instituições de mercado, é denominada autorregulação.

A autorregulação costuma ser utilizada como forma de suprimento de lacunas legais em casos onde o Estado opta por uma política de desregulamentação (hipótese em que, face à ausência de legislação estatal, as regras de autorregulação adquirem feição de regras principais), ou como forma de estipulação de regras adicionais, e normalmente mais rigorosas, que as instituídas na legislação estatal, como meio de promover maior segurança e credibilidade nas operações de mercado (hipótese em que as normas de autorregulação têm feição de regras complementares, suplementar à legislação estatal).

No Brasil, são exemplos de autorregulação os códigos da Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais (Anbima), que estipulam regras complementares à legislação vigente, cuja observância é obrigatória aos seus associados. Também é exemplo o Código de Autorregulação Publicitária editado pelo Conselho Nacional de Autoregulamentação Publicitária (Conar).

4. Bibliografia

DIAS, Luciana Pires. *Regulação e auto-regulação no mercado de valores mobiliários*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Manual de direito comercial 2*. São Paulo: RT, 2005.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. Auto-regulação em direito econômico. In: ACCIOLY, Elizabeth (coord.). *Direito no século XXI – Em homenagem ao professor Werter Faria*. São Paulo: Juruá, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. 2. ed. São Paulo: Malhei-

ros, 2008.

SZTAJN, Rachel. Regulação e o mercado de valores mobiliários. *Revista de Direito Mercantil*, v. 135, ANO.

YAZBEK, Otávio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2007.