

REGULAÇÃO ECONÔMICA E ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO¹³

Eduardo Molan Gaban

1.Introdução: p.91; 2.Regulação Econômica e a concepção contemporânea de Estado Regulador.; 3.Objetivos econômicos e mecanismos de Regulação 100; 3.1. Padrões de Regulação; 3.1.1.Controle de Preço; 3.1.2.Controle de Quantidade; 3.1.3.Controles de Acesso; 3.1.4.Controle de Outras Variáveis; 4.Objetivos Sociais e Mecanismos de Regulação; 4.1.Padrões de Regulação; 4.1.1.Controle de Qualidade; 5. Assimetria de Informação; 5.1. Reflexos no modelo econômico de “mercado perfeitamente competitivo; 5.2. Mecanismos de mercado de equilíbrio de informação; 5.3.Assistência suplementar à saúde (regulação geral; 5.4. Assistência suplementar à saúde (regulação setorial; 5.4.1.O problema dos custos para regular; 6.Conclusão; 7.Bibliografia;

1. Introdução:

No final do ano de 2001, a Academia Sueca de Ciências comunicou a concessão do prêmio Nobel de Economia daquele ano para os Professores George A. Akerlof, Michael Spence e Joseph E. Stiglitz por suas contribuições ao estudo das relações de mercado, feitas sob a premissa da posse assimétrica de informações entre os agentes econômicos nelas envolvidos. Os trabalhos desenvolvidos pelos economistas possuem grande relevância a diversas áreas como a educação, a saúde, o desemprego e representa, sobretudo, um marco à atividade regulatória dos Estados.

Vivemos na era da informação. E para que possamos acompanhar o fluxo mínimo de desenvolvimento necessário à manutenção de um status de bem-estar social, o Estado deve assumir um papel de efetividade em suas ações. Sobre essa premissa, procuramos estabelecer no presente trabalho uma abordagem da regulação econômica, num primeiro momento, partindo da mudança no enfoque da atividade estatal, a qual passa da situação de agente

13 Texto oriundo de monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em direito, sob a orientação do Professor Doutor Floriano de Azevedo Marques Neto.

econômico à situação de regulador, buscando estabelecer uma visão geral do que venha a ser a atividade regulatória, traçando suas premissas lógicas operacionais, seus principais objetivos e mecanismos de atuação. Passando, num segundo momento, a abordar o fenômeno da assimetria de informação, apresentado inicialmente como um fenômeno de comunicação e projetado nas relações de mercado entre agentes econômicos, e seus principais conceitos e efeitos no setor de assistência suplementar à saúde.

Identificada tanto em mercados regulados quanto em mercados sujeitos ao regime de livre competição, a assimetria de informação pode irradiar efeitos análogos e/ou particulares em dadas realidades, de modo a demandar atuação diferenciada do Estado em cada situação.

Mais que um simples argumento retórico, a tarefa de informar tornou-se essencial à atuação Estatal no presente contexto econômico, de modo que, para se viabilizar um equilíbrio de mercado, sobretudo em setor de infraestrutura e de elevado interesse social, é imprescindível que o Estado exerça um papel positivo, *v.g.*, na sinalização de qualidade e no estabelecimento dos padrões mínimos de segurança dos produtos e serviços ofertados aos consumidores. Devendo para tanto, informar-se, em primeiro plano, das diferentes realidades que deve fiscalizar com maior rigor para, num segundo plano, traçar e concretizar estratégias de atuação.

Assumindo um compromisso de funcionamento e aplicação efetiva de medidas, o Estado deve se aproximar cada vez mais da realidade, posto que somente assim empregará estratégia voltada a estabelecer um desenvolvimento efetivamente sustentável.

Em síntese, o presente trabalho tem por escopo principal identificar o problema da assimetria de informação na realidade econômica brasileira, estabelecendo, para tanto, uma visão multidisciplinar, econômica e jurídica, do objeto em pauta, trazendo das lições de economistas, juristas e profissionais de outras áreas do conhecimento ensinamentos importantes ao estabelecimento de uma visão mais completa e abrangente da regulação econômica e social, sua relação com o *antitruste* e defesa do consumidor, e do fenômeno da assimetria de informação.

Para tanto, abordaremos, em panorama geral, aspectos da lógica e conceitos do processo de regulação econômica (e social)¹⁴, especificamente

14 Adotamos essa concepção dual (econômico/social) sob uma ótica finalista. Dado que não impede a distinção entre a regulação imediatamente econômica e imediatamente social. Ambas voltam-se à consecução do bem-estar social, todavia, a primeira almeja tal fim de forma mediata, preconizando imediatamente objetivos de ordem

inseridos (i) na relação da regulação econômica e a concepção contemporânea de Estado Regulador; (ii) nos objetivos econômicos e sociais que permeiam o processo regulatório; e (iii) nos padrões básicos de regulação e seus reflexos gerais na economia. Sendo que, em ótica mais particularizada, adentraremos na questão da (iv) assimetria de informação, seus conceitos e reflexos na economia e no próprio modelo regulatório, explorando esse fenômeno na (v) realidade do mercado de assistência suplementar à saúde, setor da economia seriamente afetado pela assimetria de informação.

2. Regulação Econômica e a concepção contemporânea de Estado Regulador:

Para iniciarmos o debate sobre o tema proposto, é interessante observar a assertiva de que toda ação estatal, em regra, pauta-se em direito que lhe confere legitimidade, tomando, para tanto, a concepção formal de direito, ou seja, despida de valores de cunho ideológico. Assim, a hipótese de uma mudança no paradigma operacional por parte do Estado é subsidiada por uma mudança na concepção do direito que legitima tal forma de atuação.

Com o incremento em complexidade das relações interpessoais, cuja finalidade é viver em comunidade e, na mesma ordem, com o incremento em complexidade dos institutos que permeiam tal convívio e o fixam como finalidade, passa o direito, tradicionalmente voltado a estabelecer de forma geral e abstrata padrões de conduta e a imputar sanções aos descumpridores dos preceitos veiculados na legislação, a ser utilizado com ênfase em outro aspecto, agora diretamente atrelado à economia, na implementação de políticas públicas.

É o que depreendemos, em acepção genérica, das palavras do economista Ronaldo Fiani, para quem as alterações na estrutura/conduita/desempenho dos Estados-nacionais (em ações nas economias internas) iniciam-se a partir do movimento norte-americano da *deregulation*¹⁵,

econômica, v.g., o estabelecimento de um regime concorrencial, ao passo que a segunda, almeja imediatamente a busca de objetivos sociais, como (se verá) é o caso da regulação da assistência suplementar à saúde na questão das assimetrias de informação.

15 Entendemos que após o movimento da *deregulation*, uma nova fase da regulação, com menor intervenção ativa nos setores regulados, foi levada a efeito pelas autoridades norte-americanas, de modo que passo a adotar tal concepção contemporânea de processo regulatório como substrato de análise neste presente trabalho. Entretanto, vale a pena conferir lição proferida pelo jurista Eros Roberto Grau, em seu livro O

ocorrido na década de oitenta. Esse movimento, ocorrido nos Estados Unidos, foi representado, sobretudo, pela renúncia por parte das instituições governamentais de suas atribuições de “controle” da atividade econômica, notadamente nos setores expressivamente acometidos por ineficiências advindas do excesso de regulação. Tal movimento, marcador de um novo estágio da regulação nos EUA, expressou-se como uma *“tendência inexorável em âmbito mundial, a se manifestar de maneira uniforme, independentemente do país ou região analisados.”*¹⁶

De acordo com as palavras de Vogel (1996), que realizou estudo nas experiências dos principais países capitalistas avançados nos anos oitenta (com ênfase nos casos inglês e japonês), identificou-se que a alteração do modo tradicional de atuação estatal caracterizou-se como uma forma de viabilizar o “controle” e supervisão do funcionamento da economia, justamente por mudanças no contexto da economia global, como o aumento do nível de concorrência em monopólios anteriormente protegidos, seguidos de uma demanda por um *“aumento significativo no grau de complexidade e sofisticação da atividade regulatória”*¹⁷

Sob a ótica de Vogel e Fiani, o Estado passa a realizar um *significativo aumento e sofisticação* dos institutos de Administração Pública, para que possa atender as atuais demandas econômicas e sociais.

Direito Posto e o Direito Pressuposto, precisamente na p.93, em que sugere significado “brasileiro” para o termo regulation: “Aí a deregulation dos norte-americanos, que designamos mediante o uso do vocábulo ‘regulação’. Como os norte-americanos usam o vocábulo regulation para significar o que designamos ‘regulamentação’, deregulation, para eles, assume o mesmo significado que indicamos ao usar o vocábulo ‘regulação’; vale dizer: a deregulation dos norte-americanos está para a regulation assim como, para nós, a ‘regulação’ está para a regulamentação”. Ao contrário das palavras de Eros Grau, a deregulation para grande parte da doutrina dos EUA representou uma total retirada do Estado da atividade regulatória, deixando com que o mercado se auto-regulasse pela função da pressão competitiva. Para essa e outras afirmações sobre a deregulation ver Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, p.649 e ss. e Vogel, “People tend to use the term ‘deregulation’ indiscriminately to refer both to the introduction of more competition within a market (what I shall call liberalization) and the reduction or elimination of government regulations (what I shall call deregulation) – as if these two were naturally associated.” apud, Fiani, p.34.

16 Ronaldo Fiani, in Teoria da Regulação Econômica: estado atual e perspectivas futuras, p.33.

17 Ibid., mesma p.

Nessa linha, adotando as palavras de Eros Roberto Grau, enquanto instrumento de implementação de políticas públicas, “*deixa o direito de regular exclusivamente situações estruturais, passando a ordenar situações conjunturais. Daí por que, neste momento, parece a concreção da lei como norma abstrata e geral.*”¹⁸ (destacamos).

Assume o direito um caráter dúplice consubstanciado em (a) normatizar de forma geral e abstrata as condutas dos indivíduos, ou (b) em atuar na conjuntura econômica para a consecução de um estado de bem-estar econômico, subsidiando o Estado no que for pertinente ao interesse geral da sociedade.

Ainda nas lições de Eros Grau, aprendemos que o direito, no primeiro aspecto, organiza juridicamente os processos que fluem segundo as regras de economia de mercado, “*colocando à sua disposição normas e instituições (em especial o contrato, a propriedade privada, o direito de propriedade industrial etc.)*” ao passo que, no segundo aspecto, “*converte-se em instrumento de que lança mão o Estado para influir em tais processos e, a um só tempo, obter a consecução de determinados objetivos de política social – instrumento destinado ao desenvolvimento de políticas públicas, como se vê.*”¹⁹

Pautado nesta dupla concepção do direito, o Estado, buscando abarcar as mudanças na estrutura do convívio social, sobretudo as provocadas por aspectos de ordem econômica (oriundos notadamente da evolução da tecnologia e dos meios de informação), confere maior ênfase à atuação no aspecto *conjuntural*, subsidiando a elaboração e aplicação de políticas públicas, à atuação no aspecto *estrutural*, enquanto aplicador da lei elaborada de forma geral e abstrata para estabelecer padrões de comportamento.

Neste ponto, verificamos a regulação econômica como “nova” forma de expressão do direito (enquanto instrumento) utilizada pelo Estado Brasileiro para atuar com maior ênfase na conjuntura econômica, com vistas a melhor atender os interesses da sociedade. E, note-se, sob outro viés operacional, em que o Estado prepondera sobre a *mediação e controle de fluxo* dos conflitos/interesses, deixando de intervir de forma direta no contexto econômico.

Grande causa de ensejo dessa mudança no enfoque da atuação estatal é a “integração” global das economias. Este fenômeno mundial acabou por forçar os Estados a adotar novas estratégias de gestão e modos inovadores de

18 O Direito Posto e o Direito Pressuposto, p.86.

19 Ibid., p.90.

comportamento com relação aos particulares. A transnacionalização das relações *comerciais e de informações*, v.g., contribuíra para o enfraquecimento dos Estados-nacionais, sobretudo no pertinente ao controle de suas economias internas. Por essa e outras razões, os governos passaram a operar, de maneira diferenciada, atuando com maior rigor nas situações *conjunturais*, assumindo tarefas de apresentar efetividade e transparência em suas administrações, de modo a acompanhar o fluxo de desenvolvimento mínimo necessário à manutenção de um *status* de bem-estar.

Para Gilberto Dupas, questões envolvendo o futuro das relações entre a sociedade e os Estados nacionais estão relacionadas à capacidade dos últimos de assumir um novo papel “*indutor-normativo-regulador*”, ao mesmo tempo em que essas sociedades buscam encontrar alternativas para lidar com a tendência de crescente exclusão social decorrente do atual modelo econômico global.²⁰

Na opinião deste autor, o Estado, em sua acepção interna - Administração Pública, deve deixar a posição tradicional de *autor direto* no cenário econômico e optar pelo papel de *indutor*, ou *autor indireto*, através da elaboração de políticas públicas e mecanismos de aplicação e calibração mais próximos à realidade dos mercados e dos entes que neles interagem, estabelecendo para tanto entidades voltadas a fiscalizar; mediar as relações e eventuais conflitos verificados entre os participantes²¹ do mercado; aplicar diretrizes voltadas à consecução das políticas de conjuntura e reger relações entre agentes econômicos, com maior rigor, controlando seus “passos” e dispondo sobre metas governamentais a serem atingidas, principalmente nos setores acometidos por “falhas” de mercado como o monopólio natural.

Tratando das origens das mudanças na sociedade/economia e da necessidade de mudanças na forma de atuação estatal frente tais alterações contextuais, o autor extrai, v.g., de relatório anual na Organização Internacional do Trabalho (OIT) fator que solidifica a necessária busca pela eficiência das estruturas internas do Estado, munidas de interesse social, sob pena de erosão do suporte político ao Estado.

“O citado relatório da OIT vai além e quer demonstrar uma conexão entre a abertura econômica, que caracteriza a globalização, e o nível de consumo do governo.

20 In “Economia Global e exclusão social – pobreza, emprego, Estado e o futuro do capitalismo”, p.87.

21 Queremos aqui significar, no sentido lato, todos os agentes econômicos: tanto as firmas quanto os consumidores/usuários destinatários finais dos produtos e serviços.

(...)

A justificativa seria razoavelmente intuitiva: os crescentes gastos do governo serviriam para mitigar os riscos crescentes da maior exposição das economias à competição externa. De acordo com o relatório: ‘Com crescentes competição e insegurança no trabalho, os trabalhadores irão depender mais de recursos estáveis para seguro-desemprego, educação e treinamento nos próximos anos. Na ausência destas políticas e de programas governamentais, o suporte político para a globalização seria erodido’ (International Labor Organization, 1997 – 1998).”²². (destacamos)

Na mesma linha, em ótica complementar, Manuel Castells assevera que enquanto o capitalismo global prospera e as ideologias nacionalistas explodem por todo o mundo, o Estado-nação está perdendo seu poder. Pare o autor, a dificuldade do governo controlar a economia é acentuada pelo aumento da transnacionalização da produção, especialmente pela difusão das *redes de produção* e do *comércio* às quais as empresas se integram, ameaçando as condições do “*welfare*” (bem-estar) preexistente no mercado interno.

“O Estado-nação está cada vez mais limitado para decidir plenamente a sua política monetária, definir seu orçamento, organizar a produção e o comércio e cobrar impostos sobre as empresas; ou seja, perdeu a maior parte de seu poder no âmbito econômico, mas ainda conserva boa parte de sua capacidade regulatória.”²³ (destacamos)

O enfraquecimento da tradicional estrutura/condução/desempenho do Estado e sua necessária mudança no enfoque de atuação é também levantada por Floriano Azevedo Marques Neto, que questiona alguns pilares do “juspublicismo”, sobretudo a tradicional concepção de relação entre Estado e particulares nos diversos setores econômicos e sociais. Para ele,

“confrontando com atores privados cada vez mais fortes economicamente e com grupos cada vez mais articulados socialmente, o Estado perde, crescentemente, o seu caráter de precedência e de supremacia nas relações sociais. Diante do surgimento de espaços decisórios supranacionais, o Estado se vê obrigado a privilegiar a negociação e a mediação com os administrados, o que obviamente

22 In “Economia Global e exclusão social (...), p.94.

23 Ibid., p.102.

é feito de forma desigual, em função da capacidade e do poder de cada interlocutor.”²⁴ (destacamos)

Manuel Castells denomina este “Estado” que está se consolidando com vistas a atender às novas exigências do mercado “mundial” de Estado-rede. Esse se caracteriza por partilhar a autoridade (diga-se, capacidade institucional decisória) ao longo de uma “rede de instituições”.

Para ele, nos processos de tomada de decisão, o Estado-nação interage de forma global, relacionando-se com instituições supranacionais de diferentes tipos e em diferentes âmbitos, assim como instituições locais e regionais e até com ONGs. O Estado-rede parece ser mais adequado para assimilar e processar a crescente complexidade de “*relações entre o global, o nacional e o local*”, como também “*entre a economia, a sociedade e a política na era da informação*”. Castells afirma que “*a realidade social apresenta uma mudança profunda*”, razão pela qual “*é necessário repensar o Estado e as medidas de bem-estar-social.*”²⁵

Complementando a análise de Castells, poderíamos assentir que a rede de instituições, dotadas de capacidade decisória, seria distribuída e contextualizada em cada setor relevante da economia nacional, agindo de modo especializado e conjunto, numa “rede”, cuja origem e interesses finais apresentem pontos em comum.

De forma análoga à estrutura do Estado-rede de Castells, tocando precisamente na questão da diversidade de centros institucionais decisórios, o jurista, professor e Ex- Conselheiro do CADE, Celso Fernandes Campilongo, nos ensina que o novo Estado, ou em suas palavras “Estado Regulador”, é representado por um modelo *policêntrico e horizontal* de atuação, ressaltando que, embora seja marcante a mudança na forma de operação estatal, não se descaracteriza o Estado de Direito e o princípio da separação dos poderes. Cita, para tanto, Alexandre Santos Aragão, cujo ensinamento diz que:

“(…) as competências complexas das quais as agências reguladoras independentes são dotadas fortalecem o Estado de Direito, vez que, ao retirar do emaranhado das lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública central, alcançam, com melhor proveito, o escopo maior – não meramente formal – da separação de poderes, qual seja, o de garantir eficazmente a segurança ju-

24 In A nova regulação estatal e as agências independentes, p.79.

25 In “Economia Global e exclusão social (...), p.103.

ridica, a proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de tais atividades ou por elas atingidos.”²⁶ (destacamos)

Numa visão macro que abarque os diversos Estados-nacionais, o contexto de “integração” global obriga-os a oferecerem estruturas sistêmicas internas transparentes e efetivas, de modo a poderem concorrer com demais Estados na atração de fluxo de capitais e investimentos (*Lato sensu*), podendo, outrossim, atingir um desenvolvimento interno sustentável.

Para que se possa atingir o desiderato da “plena” efetividade sistêmica, refletida, v.g., pela efetividade de funções, segurança jurídica e transparência, é imperioso que as Administrações Públicas nacionais sejam efetivas no cumprimento dos seus propósitos, em regra, constitucionalmente outorgados.

Retiramos reforço a esta constatação novamente das palavras de Dupas, cuja crença repousa na afirmação de que no mundo globalizado, a intervenção do mercado tem de ser combinada com a intervenção do Estado. Dessa forma, a questão é determinar o papel e a efetividade do Estado, pois o desenvolvimento requer um Estado atuante e catalisador, facilitando, encorajando e regulando os negócios privados. Segundo ele, o relatório (1997) do Banco Mundial diz que “*a história tem repetidamente mostrado que um bom governo não é um luxo, porém uma necessidade vital. Sem um Estado efetivo, desenvolvimento econômico e social sustentados são impossíveis.*”²⁷

Na esteira de Dupas, acreditamos que a efetividade do Estado é essencial ao seu desenvolvimento, além do que é claro que a primeira tarefa a ser estabelecida é garantir os direitos fundamentais à população, com fulcro em uma base “legal” bem definida, seguindo-se a isso a manutenção de uma estabilidade econômica e a efetivação de investimentos em serviços sociais básicos e em infra-estrutura, amparando-se os mais vulneráveis e protegendo-se o meio ambiente.

De forma similar ao comentário trazido acima, o relatório (1997) do Banco Mundial mostra recomendações de fomento ao desenvolvimento mundial. O Banco Mundial recomenda alguns mecanismos básicos que poderiam ser utilizados à sustentação de desenvolvimento, dentre os quais destaca: (a) o estabelecimento de regras efetivas; (b) a viabilização de pressão competitiva

26 In As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais, Apud, Voto Vista do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo no Ato de Concentração n.º.08012.006762/2000-09.

27 Apud, Economia Global e exclusão (...), p.114.

nos serviços públicos; (c) o aumento da participação do cidadão na gestão estatal através, por exemplo, do estabelecimento de parcerias.

Para membros e dirigentes do Banco Mundial, “construir um Estado mais responsável exige abertura e transparência, como comitês de cidadãos e participação direta dos usuários no monitoramento dos serviços públicos.” Ressalta-se que, cada vez mais, os processos globais restringem a escolhas e debilitam a capacidade dos Estados de controlar o fluxo de capitais, cobrar impostos e controlar políticas fiscais e monetárias. “Como forma relativa de compensar esses efeitos, é preciso, logo de início, criar burocracias mais eficientes.” (destacamos).²⁸

Por assim dizer, atuando na conjuntura econômica, com fito de elaborar, subsidiar e aplicar políticas públicas, estabelecendo uma rede *policêntrica, horizontal*, especializada e consonante em finalidades, o Estado passa do paradigma de interventor direto e centralizado na economia a Regulador, estabelecendo entidades públicas revestidas de certa autonomia, voltadas a atuar em segmentos específicos da economia, pautadas em desideratos genéricos e/ou contextuais e particulares aos setores em que estão inseridas. A Administração Pública passa, assim, a agir predominantemente na fixação de parâmetros limites à atividade privada, atuando na “mediação” e fiscalização das relações e conflitos de ordem econômica e social, deixando de intervir diretamente na economia.

Órgãos Reguladores passam a ser utilizados pelo Estado com função, predominante, de *induzir* condutas aos jurisdicionados deste último, sendo tais órgãos (instrumentos) pertencentes à administração pública e especializados em contextos setoriais da economia interna.

No capítulo seguinte, abordaremos com maiores detalhes, aspectos da teoria geral da regulação, estabelecendo seus significados, estratégias e mecanismos de atuação nos diversos cenários econômicos.

3. Objetivos econômicos e mecanismos de Regulação:

“There is a growing recognition of the importance of competition for the success of market economies, and of the need for government

28 Apud, Ibid., mesma p.

action, both to maintain competition and regulate industries where competition remains limited.”²⁹

(Joseph E. Stiglitz³⁰)

Procurando atender a crescente demanda por uma atuação diferenciada, o Estado brasileiro passou a criar instituições voltadas a atuar de forma especializada em setores da economia nacional revestidos de relevante interesse social. Nesse plano, partindo, em regra, de ditames constitucionais, o Estado criou uma série de órgãos, em sua maioria componentes da Administração Pública Indireta, revestidos da natureza jurídica de autarquias em regime especial e dotados de certa autonomia decisória e administrativa (de gestão e financeira). Tais órgãos têm sido designados por “Agências Reguladoras”.

O enfoque operacional desta Regulação estatal, há pouco engendrada no Brasil, pauta-se em controlar o comportamento dos agentes econômicos para (a) viabilizar a concorrência nos setores da economia sujeitos à transição de situações de monopólios à competição; (b) regular aqueles acometidos por “falhas” em suas estruturas mercadológicas, de modo a limitar o exercício do poder econômico neles presente e controlar seus reflexos em mercados congêneres e/ou correlatos; e (c) proporcionar a consecução de objetivos de ordem social pautados em políticas públicas, não atingidos/atingíveis pelo simples estabelecimento³¹ de um regime concorrencial.

Podemos observar que há uma lógica que permeia todo o aparato de objetivos que edifica a regulação econômica, lógica esta que aponta para os fins maiores do processo de regulação: o equilíbrio do (s) mercado (s) mediante o estabelecimento (ou simulação) do regime de competição e o bem-estar da sociedade.

29 “Há um reconhecimento crescente da importância da competição (ou concorrência) para o sucesso das economias de mercado, e da necessidade da intervenção governamental, para manter a competição e para regular indústrias em que a competição seja limitada” (trad. livre), In *Promoting competition and regulation policy: with examples from network industries*, p.2.

30 Vice Presidente Sênior e Economista Chefe do Banco Mundial (1999).

31 Aqui, vale lembrar, que nem sempre o regime de regulação estabelece um perfeito ambiente de competição ao setor regulado; o que se busca é simular através da aplicação de estratégias regulatórias situações relacionais similares às notadas em verdadeiros mercados competitivos.

Torna-se interessante e necessário estabelecer as bases conceituais para as estratégias de equilíbrio de mercado, desta feita, trazemos à baila a concepção de Floriano Azevedo Marques Neto, para quem há (1) uma regulação geral, que abarca tanto a atividade antitruste quanto a defesa do consumidor, e (2) uma regulação setorial, a qual abarca a regulação de setores específicos da economia, vejamos:

*“II.3.2. Outra forma de ver a questão [da regulação], designamo-la de **bidimensional**, enxerga a regulação setorial e a regulação geral (consumidor e concorrência) como dois planos distintos que se entrecruzam. Baseia-se esta linha no fato de que, se existem pressupostos específicos a justificar a regulação setorial (interesses sociais na atividade, interesses nacionais em regradar o uso de bem escasso, interesses de políticas públicas em calibrar a competição num dado setor, etc), há interesses gerais, consagrados constitucionalmente, a justificar a permanência da regulação voltada a proteger o consumidor e a preservação da competição enquanto pressuposto da própria ordem econômica. Estes dois planos se cruzariam no âmbito de cada segmento da economia sujeito a alguma regulação setorial. Não obstante, o plano de regulação geral – tanto na proteção do consumidor, quanto na proteção da concorrência – passaria todos os segmentos da ordem econômica, sujeitos ou não a regulação específica, setorializada.*

Nesta concepção, regulação setorial e geral não se confundem, muito menos se excluem. Interpenetram-se e calibram, submetendo uma mesma atividade a duas incidências regulatórias, coordenadas e calibradas.”³² (destacamos).

Assim, adotando a concepção acima, seja no estabelecimento da regulação geral, sobretudo na defesa da concorrência, quanto no estabelecimento da regulação setorial, buscar-se-á consignar eficiências econômicas e benesses à sociedade com um todo, justificando a intervenção indutiva por parte do Estado.

Por respaldo, segundo os economistas Bill Baker e Sophie Trémolet, ambos membros do Grupo *Private Sector and Infrastructure Network* do Banco Mundial, a regulação, em princípio, pode ser justificada pelas (i) “falhas” de mercado (representadas, v.g., pelo poder de mercado [excessivo, chegando

32 In Regulação setorial e atividade antitruste (...), p.8.

ao ápice nos casos de monopólios naturais] e pela divisão/distribuição imperfeita de informações) e/ou pela (ii) busca de efeitos benéficos à sociedade, como a redução de doenças e da poluição³³; a consignação de políticas públicas e políticas distributivas.

Para eles, por exemplo, alguns serviços de infra-estrutura possuem características de monopólio natural, tanto por possuírem significativas economias de escala, em que é mais eficiente, em termos econômicos, a presença de uma *rede* a duas, quanto por possuírem significativas economias de escopo, em que a coordenação de fatores de produção é mais barata dentro de uma mesma organização industrial do que sua distribuição, mediante a utilização de preços de transferências, a duas ou mais organizações.

*“Regulation in the event of such market failures is justified, but only when it can achieve a better outcome than the market alone, with all its imperfections.”*³⁴ (destacamos).

É interessante notar que no trecho citado os autores alertam para a busca da *eficiência* na introdução da regulação mesmo nos casos de setores com “características” de *monopólio natural*. Disso, podemos extrair que a *eficiência econômica*, equilíbrio do mercado, e o bem-estar do da sociedade integram, como apontado por Bill Baker e Sophie Trémolet, escopo final da atividade regulatória.

Lembrando, o *equilíbrio de mercado e bem-estar da sociedade* podem ser atingidos pela adoção de duas estratégias: (a) pelo estabelecimento de um regime de concorrência no mercado e/ou (b) pelo estabelecimento de um regime de regulação setorial. O regime de competição no mercado pode resultar, v.g., em qualidade, menor preço e inovação tecnológica, refletindo pura *eficiência econômica* no/ao mercado. Resultando esta última benefícios à

33. “Regulation can be justified, in principle, by market failures such as market power, the imperfect sharing of information, and the existence of broadly beneficial effects such as reducing disease and pollution.” In *Public Policy for the Private Sector – Regulating Quality*, p.2

34 “Na ocorrência de tais falhas de mercado a regulação é justificada, mas somente quando possa proporcionar maiores benefícios que o mercado por si só, com todas suas imperfeições.” (trad. Livre). Ver continuação do pensamento dos autores: “For example, some infrastructure services have natural monopoly characteristics, due to economies of scale (one network is more economic than two) and scope (coordination is often cheaper within one organization than using a transfer price between two organizations).” *Ibid.*, mesma p.

sociedade, sobretudo ao consumidor, que desfrutará de bens (*lato sensu*) mais baratos e revestidos de maior qualidade.

Com relação ao fator *competição*, enquanto estratégia para se atingir eficiência econômica e bem-estar social, retiramos das palavras dos economistas W. Kip Wiscusi, John M. Vernon e Joseph E. Harrington Jr.³⁵ que, dentre as razões que permeiam o estabelecimento de um regime de livre concorrência no mercado, destacam-se (a) a possibilidade de se inibir o controle de preços exercido por agente monopolista, oligopólio ou tipo similar de concentração industrial, de modo a obstar que se propaguem perdas de eficiência econômica e de bem-estar social; (b) a possibilidade de se inibir a redução de qualidade e diversidade dos bens ofertados no mercado; (c) a possibilidade de manter o fluxo de inovação e desenvolvimento tecnológico no mercado, em busca do desenvolvimento de melhores produtos e serviços a menores preços.

*“In the case of antitrust policy, the main thrust of the efforts has been to prevent development of kinds of market concentration that threaten the competitive functioning of markets.”*³⁶ (destacamos).

Todavia, o desdobramento lógico [regime de competição = eficiência econômica = bem-estar sociedade] não é necessariamente levado a efeito em certos setores da economia, cujas estruturas clamam por uma atuação mais específica do Estado, enquanto regulador. Neste caso, a *eficiência econômica*, o equilíbrio do mercado, e o bem-estar da sociedade deverão ser atingidos pela utilização de estratégias regulatórias que levarão em conta o contexto e as peculiaridades de cada setor da economia.

Wiscusi, Vernon e Harrington Jr alertam que num mercado em que se verifique a presença de estrutura de monopólio natural, a auto-regulação do setor, com fins de eficiência econômica e bem-estar social, por “simples” pressão competitiva resta inviabilizada, não sendo *desejável* que se deixe o monopolista *livre* para agir sem restrições em dado mercado, posto que, provavelmente, os interesses do monopolista não serão os mesmos nem caminharão na mesma direção que os interesses da sociedade como um todo.³⁷

35 In Economics of Regulation and Atitrust, p.1/5.

36 (Trad. Livre): “No caso da política antitruste, o esforço maior tem sido empreendido para a prevenção do desenvolvimento de espécies de concentração de mercado que ameacem a funcionalidade competitiva dos mercados” Ibid., p.6.

37 Para reforçar tal assertiva, utilizam o trocadilho: “What’s good for General Motors is not necessarily good for America.”, Ibid., mesma p.

“In contrast, economic regulation generally recognizes that market concentration not only is inevitable, but in many cases is a superior structure for the particular market. The intent is then to place limits on the performance of the firms in this market so as to limit the losses that might be inflicted.”³⁸ (destacamos).

Os economistas Mário Possas, João Luiz Pondé e Jorge Fagundes³⁹ preceituam que o objetivo principal do estabelecimento do regime de livre concorrência e da regulação estatal é a *eficiência econômica*. Segundo os autores, é mister que se busque a *eficiência econômica* nos mercados posto que através dela, consignar-se-á objetivos outros a ela atrelados, como o bem-estar das pessoas que integram o setor e dele se beneficiam.

Enfatizam que, ao contrário do que possa parecer, o objetivo central da regulação de atividades econômicas não é promover a *concorrência* como um fim em si mesmo, mas aumentar o nível de *eficiência econômica* dos mercados correspondentes.

Para esses mesmos autores, é pacífico que muitas vezes esses objetivos são coincidentes, de modo que um aumento da competitividade no mercado, seja ele espontâneo ou resultante de política pública, frequentemente conduz a maior eficiência. Entretanto, asseveram que exatamente neste ponto [concorrência = eficiência], é que tais objetivos nem sempre coincidem, haja vista os casos típicos dos denominados “*monopólios naturais*”, conceituados como estruturas industriais:

“(...) caracterizadas pela presença de economias de escala a tal ponto significativas em relação ao tamanho do mercado que este comporta apenas um pequeno número de plantas de escala mínima eficiente (com custo mínimo de longo prazo); no limite, uma única.”⁴⁰

38 (Trad. Livre): “Em contraposição, a regulação econômica geralmente reconhece que a concentração de mercado não apenas é inevitável, mas em muitos casos, é uma estrutura superior para o mercado particular. O objetivo é que se coloquem limites na atividade de empresas nesse mercado, para que se limitem as perdas que possam ser infligidas”. Ibid., mesma p.

39 In Regulação da concorrência nos setores de infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual, p.4.

40 Ibid., mesma p.

Nessa linha, encontramos nas lições do economista Joseph E. Stiglitz, ensinamentos acerca da importância do regime concorrencial para o sucesso da economia de mercado, bem como do estabelecimento da regulação para casos de “falha” nas estruturas de mercado como os monopólios naturais.

De maneira interessante, Stiglitz afirma que, mesmo nos setores acometidos por situações de monopólios naturais, tradicionalmente regulados de maneira intensa, como é o caso dos setores de telecomunicações e de energia elétrica nos EUA, mudanças tecnológicas podem obrigar os Estados a rever suas posturas de regulação, reduzindo o grau de intensidade dos regimes regulatórios, proporcionando em “partes” (segmentos da cadeia) dos respectivos setores um regime de competição e monitorando as partes nas quais o estabelecimento deste último fosse inviável, vejamos:

“Competition is an essential ingredient in a successful market economy. But competition is not viable in some sectors – the so-called natural monopolies. Even there, however, the extent and form of actual and potential competition are constantly changing. New technologies have expanded the scope for competition in many sectors that have historically been highly regulated, such as telecommunications and electric power. But ironically, regulation of such sectors is required to make markets work.”⁴¹ (destacamos).

Após esta breve abordagem das estratégias de que pode se valer o Estado para atingir a eficiência econômica [(1) regime de livre concorrência = eficiência econômica; (2) regulação econômica = eficiência econômica], e das ocasiões, em tese, que implicam na adoção de uma e de outra forma de agir, podemos concluir que, por vezes, é possível que a consecução de eficiência econômica (*lato sensu*) irradie efeitos benéficos à sociedade como um todo.

Vejamos então, com maior detalhe, os padrões que permeiam a regulação setorial, e as situações em que uma ou outra equação será levada a efeito como “verdade” à realidade do mercado.

41 (Trad. Livre): “A competição é um ingrediente essencial em uma economia de mercado exitosa. Mas a competição não é viável em alguns setores – os chamados monopólios naturais. Até neles, todavia, a extensão e forma da competição atual e potencial estão em constante mudança. Novas tecnologias expandiram o âmbito da competição em diversos setores que estiveram, historicamente, altamente regulamentados, tais como o de telecomunicações e energia elétrica. Mas ironicamente, a regulação desses setores é pré-requisito para o funcionamento dos mercados”. In Promoting competition and regulation policy: with examples from network industries, p.10.

3.1. Padrões de Regulação:

Como aventado no início deste trabalho, por definição, temos que a atividade da regulação pode ser representada como uma limitação imposta pelo Estado na discricção a ser exercida pelos indivíduos ou organizações, cuja eficácia normativa é assegurada pela imposição de sanções, expressões claras do poder extroverso do Estado. Dessa forma, vale-se a regulação desse poder para restringir as decisões e direcionar/condicionar o comportamento dos agentes econômicos.

Segundo Wiscusi, Vernon e Harrington Jr., em contraste ao imposto de renda, *e.g.*, que não tem o condão de restringir a escolha dos indivíduos e organizações, a não ser pela redução das possibilidades das firmas remunerarem seus empregados, afetado-os em seu bem-estar, a regulação econômica normalmente se refere a restrições impostas pelo governo às decisões das firmas sobre preço, quantidade e entrada/saída. A regulação econômica é contrastada com a regulação social (que será tratada no capítulo 4).⁴²

Assim, principalmente sobre estes três⁴³ pilares de *preço, quantidade e entrada e saída*, atuará a regulação econômica, o que não impede que *qualidade, investimento* e até outro mecanismo de regulação possa ser empregado para a persecução da eficiência econômica. Isto porque, devido à sua característica de proximidade à realidade dos mercados para o implemento dos objetivos governamentais, o processo de regulação deve mostrar-se apto a adaptar-se, em primeira linha, à dinâmica do setor para efetivamente regulá-lo.

Recorrendo novamente às preciosas lições dos economistas Wiscusi, Vernon e Harrington Jr.⁴⁴, temos que a indústria, ao ser regulada, tem sua

42 “In contrast to the income tax, which does not restrict the choices of individuals (though it does affect their welfare), the minimum wage is a regulation in that it restricts the wages that firms can pay their laborers. Economic regulation typically refers to government-imposed restrictions on firm’s decision over price, quantity, and entry and exit. Economic regulation is to be contrasted with social regulation (...).” In *Economics of Regulation and Antitrust*, p.307.

43 Alertando que os fatores preço e quantidade estão intrinsecamente relacionados, como se verá mais à frente.

44 “When a industry is regulated, industry performance in terms of allocative and productive efficiency is codetermined by market forces and administrative processes. Even if it so desires, a government cannot regulate every decision as it is physically impossible for a government to perfectly monitor firms and consumers. As a result,

performance industrial, expressa em termos de eficiência *alocativa* e eficiência *produtiva*, co-determinada pelas forças de mercado e pelos processos administrativos de regulação empregados pelo Estado. Mesmo querendo, é inviável ao Governo regular todas as decisões das indústrias em processo de regulação, de modo a estabelecer um perfeito monitoramento das firmas e consumidores.

Como resultado dessa realidade, as forças de mercado, identificadas/identificáveis por estudos detalhados do setor com vistas a operar a decodificação de suas peculiaridades, desempenham um papel significativo na determinação do grau de intervenção a ser levado a cabo pelo governo na regulação do referido mercado.

Os autores oferecem o exemplo da regulação no setor de transportes aéreos nos EUA, em que fora aplicado apenas o mecanismo de regulação de preços, deixando com que os agentes econômicos envolvidos no processo regulatório passassem a dispor da qualidade do serviço para compensar a perda de ganho no preço.

Entretanto, é importante lembrar que unido à verificação dos detalhes do setor pelas forças do mercado, deve o Estado atentar para a viabilidade das medidas e mecanismos a serem empregados no processo de regulação, em termos de custos. Isto é, não pode o Estado deixar que o processo de regulação saia mais caro que a própria “falha” que acomete o setor que busca regular. Por mais estapafúrdia que pareça essa assertiva, infelizmente, não é tão inco- mum de se notar na realidade dos mercados “regulados”.

Richard A. Posner⁴⁵, advogado norte-americano crítico da teoria da regulação e especializado em antitruste, ao comentar a regulação dos monopólios naturais levada a efeito nos EUA, argumenta, sobre a postura tradicional de seu País, que o esforço demasiado em “obrigar” resulta numa provável produção de distorções ao invés de estabelecer um razoável simulacro de pre-

market forces can be expected to play a significant role regardless of the degree of government intervention. For example, under airline regulation, the government controlled price but not the quality of service. This induced firms to shift competition from the price dimension to the quality dimension.” Ibid., mesma p.

45 “The effort to constrain, I argue, is more likely to produce distortions than to bring about a reasonable simulacrum of competitive price and output. This is primarily because of information and incentive problems of regulators and because of efforts by the regulated firms to neutralize regulation or to bend it to their advantage. These sources of ‘regulatory failure’, which is likely to be more serious than the ‘market failure’ that regulation is supposed to correct, are now widely recognized.” In *Natural Monopoly and its Regulation*, p.7.

ço e retorno notados em regime de competição. Em sua opinião, isso decorre, em primeiro lugar, por problemas de informação e incentivos do Regulador, seguidos de incessantes esforços das firmas reguladas em neutralizar o processo de regulação ou revertê-lo em seu benefício.

Segundo o autor, estes fatores, que denomina de “falhas regulatórias”, acabam por se tornar mais sérios que as próprias “falhas de mercado” que a regulação deveria supostamente corrigir.

Por estas e outras razões, como o incremento em tecnologia e desenvolvimento, Joseph Stiglitz⁴⁶ acrescenta que tradicionalmente as perspectivas regulatórias representadas por categorias rígidas de “regulation versus deregulation” e competição versus monopólio não têm sido “guias” suficientemente úteis à tutela dessas áreas de interesse. As novas tecnologias não têm clamado por “desregulação por atacado”, posto que nem todas as partes/segmentos da indústria adaptar-se-iam a um regime de competição. Ao contrário, demandam mudanças apropriadas nas estruturas de regulação com vistas a conhecer e abarcar os novos desafios. Contudo que as mudanças no processo conheçam a existência de áreas híbridas da economia, compostas por partes perfeitamente adequáveis a um regime de livre competição e partes mais vulneráveis à dominação por poucos produtores, com maior aptidão à regulação.

“Such changes must recognize the existence of hybrid areas of the economy, parts of which are well suited to competition, while other parts are more vulnerable to domination by a few producers. Allowing a firm with market power in one part of a regulated industry to gain a stranglehold over other parts of the industry will severely compromise economic efficiency”.⁴⁷ (destacamos).

Stiglitz afirma que permitindo que uma firma com elevado poder de mercado em uma parte da indústria regulada ganhe força e vantagem sobre

46 “Traditional regulatory perspectives, with their rigid categories of regulation versus deregulation and competition versus monopoly have not been helpful guides to policy in these areas. These new technologies do not call for wholesale deregulation, because not all parts of these industries are adequately competitive. Instead, they call for appropriate changes in regulatory structure to meet new challenges.” In Promoting competition and regulation policy (...), p.10/11.

47 (Trad. Livre): “Tais mudanças devem reconhecer a existência de áreas híbridas de economia, algumas das quais são compatíveis com a competição, e outras mais vulneráveis à dominação por alguns poucos produtores. Permitir que uma empresa com poder de mercado em uma parte de uma indústria regulada domine outras partes da indústria comprometerá severamente a eficiência econômica”. Ibid., mesma p.

outras partes da mesma indústria comprometer-se-á severamente a eficiência econômica.

Nesse diapasão, podemos entender que no processo de regulação, nem sempre a solução ótima almejada será efetivamente atingível, seja pela adoção de estratégias extremadas, ou seja justamente pela existência de barreiras reais que limitam a atuação do ente regulador, como limitações advindas (a) da estrutura de mercado que se almeja regular, (b) do poder de barganha dos regulados, (c) da evolução tecnológica da cadeia industrial e, sobretudo (d) do custo (econômico e social) dos mecanismos adotados pelo governo. Assim, cabe ao Estado o papel de observador próximo, atento e bem informado das peculiaridades que permeiam o setor que deseja regular, de modo a poder estabelecer uma indução de comportamento suficientemente eficaz e efetiva, por meio da adoção de mecanismos de regulação que não vão de encontro⁴⁸ às forças do mercado e que sejam aptos a contribuir para um retorno de eficiência econômica, que refletirá bem-estar à sociedade.

3.1.1 Controle de Preço:

A regulação pelo preço é um mecanismo cuja essência repousa na especificação de um preço particular que a firma deverá cobrar ou em restringir a firma à cobrança de preços dentro de uma margem pré-estabelecida pelo regulador. Se a preocupação do Regulador é, v.g., um monopolista que pratica preços excessivos, o mecanismo de regulação por preços poderá estabelecer um preço máximo a ser adotado. Por exemplo, no setor de telecomunicações de longa distância, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) poderia estabelecer um preço máximo à cobrança da tarifa de interconexão.

Esta modalidade de preço-cume é denominada, em regra, na doutrina comparada de “price-cap”. O limite à instituição do preço pode ser fixado tanto como máximo, em casos de cobrança para acesso à rede de infraestrutura, como mínimo, em hipótese em que a firma regulada possua concorrentes não regulados e possa praticar preço predatório para prejudicá-los. Supondo, nesta última hipótese, que estejam [regulado e concorrentes não regu-

48 Pretendemos aqui alertar para o fato de que o Estado, para obter retorno em efetividade de medidas de regulação, deve respeitar algumas forças de mercado imanentes a sua realidade. Valendo-se das mesmas para obter alvedrios de regulação e interesse social.

lados] ligados por uma mesma cadeia industrial ou em setores correlatos passíveis de sofrer efeitos cruzados.⁴⁹

Pode a autoridade Reguladora não só fixar o preço, a margem de preço, o limite máximo ou mínimo ao estabelecimento do preço a ser cobrado pelo regulado, como também, estabelecer sua indexação a determinado valor verificável no mercado interno, o ainda, fixar a estrutura de preço a ser adotada pelo regulado. Todavia, como alertam Wiscusi, Vernon e Harrington Jr.⁵⁰ a especificação da estrutura do preço em oposição à simples fixação de limites à grandeza do preço aumenta a complexidade da implementação do mecanismo de regulação econômica e pode resultar em adicionais perdas de bem-estar.

Na prática, alertam os autores, a regulação por preço pode representar o caminho encontrado pelo Regulador para limitar o lucro da indústria. Para eles o Regulador normalmente fixa o preço para apurar a normal taxa de retorno da atividade da indústria regulada. Todavia, podemos entender que é uma estratégia um tanto distante de ser efetivamente atingida, posto que o lucro das firmas tem realização e apuração complexas (pois, v.g., é composto por vários fatores, dos quais o preço é apenas um), de modo que, é quase impossível à autoridade Reguladora limita-lo assegurando uma normal taxa de retorno.

49 Para Isaac Benjó, in *Fundamentos de Economia da Regulação*: “Os principais modelos de estruturas e de reajustes tarifários atualmente adotados para os serviços públicos delegados à iniciativa privada são, em síntese, os seguintes: a) ‘retorno sobre o investimento’, pelo qual o concessionário tem direito a uma taxa de retorno ‘justa’ sobre os seus investimentos de capital; b) RPI – X price cap, adotado pela maior parte das privatizações no Reino Unido, pelo qual o valor da tarifa é corrigido por algum índice de atualização monetária, havendo a previsão de benefícios para os concessionários que conseguirem reduzir os seus custos entre as datas previstas para os reajustes; c) benchmark regulation, empregado quando a concessionária detém o monopólio da informação do setor – assimetria informacional –, criando-se, por esta razão, uma ‘companhia hipotética conceitualmente eficiente’, com a qual vai ser comparada para efeito dos reajustes das tarifas; e d) yardstick comparison, pelo qual o reajuste tarifário advém da comparação com a performance de concessionárias de outras áreas geográficas” (p.86/94), apud Bilac Pinto, p.221. (destacamos).

50 “The specification of a price structure as opposed to just a single price greatly increases the complexity of implementing economic regulation and can result in additional welfare losses (...).” In *Economics of Regulation (...)*, p.308.

Com opinião diametralmente oposta à adoção do controle de preços, Posner⁵¹ acredita ser questionável e fraco o mecanismo de regulação por controle de preços e lucros em termos de consecução de eficiência econômica e retorno em bem-estar à sociedade. Para ele uma firma monopolista que tem seu preço controlado pode reduzir a qualidade dos “bens” mantendo assim seu nível de lucro inicial, além de limitar a informação de seus dados internos ao Regulador.

3.1.2 Controle de Quantidade:

O controle de quantidade de produtos ou serviços da indústria regulada também representa um mecanismo que pode ser adotado. Esse mecanismo está intimamente ligado com o mecanismo de controle de preços, posto que possuem reflexos congêneres e mutualismo de aplicação. Ele pode ser adotado juntamente com o controle de preço ou de forma isolada. De forma análoga ao mecanismo de regulação por preço, a regulação por quantidade pode estabelecer margens máximas e mínimas para a produção de “bens” pela firma regulada.

Alternativamente, conforme Wiscusi, Vernon e Harrington Jr.⁵², uma forma do mecanismo de regulação por quantidade, normalmente aplicado nas questões de “*common carrier*”, é representada pela “*ordem*” (comando regulatório) de enfrentar toda a demanda praticando o preço regulado. Esta “*ordem*” é muito usada nos EUA para a regulação no setor de utilidades de energia elétrica. Através dela, por vezes, a firma regulada esgotará toda sua produção, caso o preço regulado esteja sendo muito bem aceito pelos seus clientes e consumidores, ou escoará parte ou pouco de sua produção, caso o preço regulado esteja ao alcance de uma pequena parcela de clientes e consumidores.

Como podemos ver, atrelada ao mecanismo de controle de preços, o Regulador pode impor restrições à quantidade da firma regulada sem tratar

51 “Because of the core of the monopoly problem, as traditionally conceived, is monopoly prices and profits, the determination of the overall revenue requirements that will just cover the test-year cost is the heart of regulatory process. Nonetheless, the social utility of this control is questionable. As explained earlier, the case for placing legal limits on monopoly profits, whether on grounds of social justice or economic efficiency, is not compelling. (...) A firm forbidden to raise rates or ordered to reduce them may react by reducing the quality of its product or service.” In Natural Monopoly and (...), p. 55/56.

52 In Economics Regulation (...), p.309.

diretamente sobre esse aspecto. Interessante se torna a observação de que na fixação de quantidade, o Regulador poderá vislumbrar fins sociais como a expansão dos produtos e serviços à população de baixa renda.

3.1.3 Controles de Acesso:

O acesso ao mercado é um ponto chave no processo regulatório. Constitui um dos pilares dos mecanismos de regulação posto que envolve o controle da entrada e saída de agentes econômicos nos mercados, da sorte que essas variáveis são críticas na determinação de eficiências, tanto alocativa quanto produtiva, no setor.

A entrada pode ser controlada de várias formas, e tal controle é efetivamente engendrado no setor de “public utilities”, nos EUA⁵³, ou, para nós, em setores de infra-estrutura e de relevância social como o de telecomunicações e energia elétrica. O regulador pode simplesmente vedar a entrada de outras firmas no mercado regulado, ou estabelecer certas metas à entrada. O estabelecimento de metas a serem atingidas pelas firmas nos setores regulados pode significar limitações à entrada e à saída de firmas a dados setores.

No caso das Telecomunicações, por exemplo, especificamente na telefonia local no Brasil, a ANATEL estabeleceu metas às operadoras, atuantes dentro dos Estados (Regiões), para poder operar em longa distância. Nesse caso, as metas representam, dentre outras finalidades, limitações à entrada de firmas no setor de telefonia de longa distância.

Já a saída pode ser controlada com base na fixação de exigências à firma regulada cujo objetivo principal é o de ampliar a disposição dos “bens”, produtos das atividades no setor, a um número maior de consumidores, comparado ao número de consumidores que teriam acesso aos “bens” caso no setor vigesse um regime de livre concorrência. Este tipo de mecanismo pode vincular firmas a operar em mercados não lucrativos, normalmente, mercados com alta necessidade de regulação, proibindo-as a saída sem a aprovação da entidade Reguladora.

3.1.4 Controle de Outras Variáveis:

Essencialmente, a regulação age sobre as variáveis de preço, quantidade e número de firmas operantes no mercado, de modo a limitar o comportamento dos agentes econômicos pela utilização de mecanismos que alterem

53 Ibid., mesma p.

ou induzam a dinâmica de dados fatores. Entretanto, pode a regulação recair sobre outras variáveis como é o caso da regulação da qualidade.

A regulação da qualidade dos produtos ou serviços produzidos no mercado pode se basear no estabelecimento de um padrão mínimo de qualidade e segurança a dados “bens” frutos das atividades no mercado regulado. Se, v.g., há blecautes regulares no setor elétrico, pode o Regulador responsável pelo setor (Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, no caso do Brasil) intervir para exigir um aumento na capacidade no fornecimento de energia para melhorar a segurança e continuidade na prestação do serviço. A regulação da qualidade dos “bens” pode assim proporcionar segurança e assegurar a incolumidade dos clientes e consumidores do setor.

A atividade regulatória, por outro lado, pode recair no planejamento de desenvolvimento do setor, de modo a estabelecer parâmetros e metas para agentes que se voltem à exploração do setor regulado, como é o caso da ampliação da cobertura para serviços de infra-estrutura, v.g., telefonia, energia e saneamento básico.

Tal como os outros mecanismos de regulação, a razão para a utilização da regulação de qualidade repousa na constatação de sua viabilidade em termos de custos de implementação e taxa de retorno. Conforme preceituam Wiscusi, Vernon e Harrington Jr.⁵⁴, para controlar qualquer variável, os agentes econômicos relevantes do setor têm que estar aptos a concordar com qual variável será eleita para o controle e, da mesma forma, quais serão as restrições sobre elas impostas pelo Regulador.

No caso de preço e quantidade, afirmam os autores, esta tarefa é de fácil execução, posto que o preço é medido pelo montante pago pelo consumidor pelo bem, que é relativamente fácil de se observar. Além do que, as restrições tomam simples formas numéricas: preço máximo e preço mínimo. De forma similar, a medida da quantidade permite ao Regulador estabelecer restrições específicas.

54 “To control any variable, the relevant economic agents have to be able to agree on what the variable is and what restrictions are placed on it. In case of price and quantity, this is not difficult. The price is the amount paid by the consumer for the good, which is relatively easy to observe. Furthermore, restrictions take the simple form of numbers: a maximum price and a minimum price. Similarly, the measurability of quantity allows a regulatory agency to specify restrictions on it. However, quality is typically not so well defined nor so easily observable.” In *Economics of Regulation* (...), p.311.

Por outro lado, a qualidade usualmente não é tão bem definida e não é de fácil observação. Ela pode se estender, v.g., a tempo de performance, segurança e atendimento ao usuário. Em tese, o Regulador deveria apurar cada uma das variáveis presentes no mercado a ser regulado, de modo a conseguir estabelecer uma efetiva regulação de qualidade, todavia, esta empreitada pode ser muito custosa ao governo. Como resultado, o Regulador acaba por fixar padrões a uma só variável, como a segurança, deixando com que as demais variáveis sirvam de campos ao exercício da competição por parte das firmas.

“Generally, economic regulation has not placed sever restrictions on the quality of products or services that firms offer with the notable exception of product safety.”⁵⁵

Como mais à frente será tratado, a regulação de qualidade, agregada aos mecanismos de controle de preço e acesso, e.g., está mais atrelada ao bem-estar da sociedade. Através dela, v.g., os consumidores terão seu rol de opções ampliado no momento de adquirir produto ou serviço, podendo escolher, além do menor preço, o “bem” de melhor qualidade. Por essa razão, realizaremos nova abordagem dos mecanismos de regulação de qualidade no capítulo seguinte que trata dos objetivos sociais e mecanismos de regulação.

A título de ilustração, ressaltando que seu grau de efetividade é questionável, outra variável possivelmente adotada como mecanismo de regulação é o investimento das firmas. Em contraste com as demais variáveis, a regulação de investimento possibilita a intervenção do governo no processo produtivo das firmas reguladas, isto é, na escolha da tecnologia e das opções de investimentos (entradas). Segundo Wiscusi, Vernon e Harrington Jr.⁵⁶, um exemplo interessante, notado nos EUA, dessa modalidade de regulação é sua aplicação nas decisões de investimentos de hospitais. Certificados de Necessidade de Programas Hospitalares possibilitam que hospitais obtenham aprovação estatal antes de adentrarem certos projetos de investimento. Segundo os autores, o objetivo presumido dessa modalidade de regulação é evitar a duplicação de facilidades.

55 (Trad. Livre): “Geralmente, a regulação econômica não tem colocado restrições severas à qualidade dos produtos e serviços que as empresas oferecem, com a notável exceção nas que concernem a segurança dos produtos”. Ibid., mesma p.

56 “One significant example is state regulation of investment decisions by hospitals. Certificate of Need programs require a hospital to obtain state approval before undertaking certain investments project. The presumed objective is to avoid duplicate facilities.” In *Economics of Regulation (...)*, p.311.

É bom lembrar que o controle do investimento pode representar uma lacuna à intervenção desmedida do Estado na gestão das firmas, o que dificilmente resultaria benefícios à sociedade, refletindo tão só um desvio de finalidade no estabelecimento da regulação.

Concluindo, apesar de comumente aplicados de forma conjunta e se voltando, em visão finalística, ao mesmo objetivo (bem-estar social), veremos no próximo capítulo alguns mecanismos de regulação social, estabelecendo alguns padrões de regulação sob o prisma imediatamente social.

4. Objetivos Sociais e Mecanismos de Regulação:

Como aventado no início do capítulo 3, a eficiência econômica é o princípio que norteia tanto a ação antitruste, partícipe da regulação geral, quanto à ação regulatória setorial, entretanto, no caso desta última, não só a eficiência econômica, ou equilíbrio do mercado, objetiva a atividade regulatória. Como dito de forma singela em alguns pontos, também no capítulo 3, o foco do processo de regulação poderá priorizar objetivos sociais não atingíveis pela “simples” consecução de eficiência econômica nos mercados.

Por vezes, oriundos de políticas públicas, tais objetivos podem, numa visão imediata, até mesmo representar ineficiências econômicas, razão pela qual devem ser cuidadosamente engendrados pelos reguladores. Todavia, adotando um ponto de vista macro, e de longo prazo, o que, v.g., inicialmente fora taxado como ineficiente em termos econômicos, poderá proporcionar ganhos muito superiores em termos de eficiência ao mercado, sobretudo pela ampliação da demanda. Um exemplo claro dessa modalidade de objetivo é a universalização de determinados serviços prestados, integralmente ou em parte, sob regime de monopólio, ou, de forma análoga, a fixação de obrigações de ampliação nas coberturas assistenciais (por exemplo, no setor de assistência suplementar à saúde).

Este aparente paradoxo existente entre eficiência econômica e “eficiência”⁵⁷ social (ou eficiência distributiva⁵⁸), deve ser sopesado com base em ditames da Constituição e princípios que norteiam o ordenamento jurídico,

57 Substantivo por nós empregado.

58 Segundo Mário Possas e outros, “(...) refere-se à capacidade de eliminação, por meio da concorrência ou de outro dispositivo, de rendas monopolísticas ou outros ganhos temporários por parte de agentes individuais.” in Regulação da Concorrência (...), p.5. Refere-se, em síntese, à distribuição dos ganhos à sociedade.

devendo a autoridade governamental realizar o julgamento da medida de prevalência de uma sobre outra, ou, sempre que possível, realizar sua adequação.

Comentando este fenômeno e sugerindo método salutar, Joseph E. Stiglitz⁵⁹, em sua obra *Economics of the Public Sector*, assevera ser tarefa do Governo a realização do juízo de valor acerca da opção a ser levada a efeito pela Administração Pública, baseando-se na **eficiência versus equidade**.

Para ele, a **eficiência** é medida pela simples soma dos ganhos e perdas por indivíduo (que é calculada em maneira curta de descrição). Já a **equidade** é medida pelo total de desigualdade presente na sociedade. Caso um projeto registre ganhos positivos (efeitos positivos em termos de eficiência) e reduza a desigualdade, ele deve ser adotado. Entretanto, se um projeto registra perdas e aumenta o grau de desigualdade, ele deve ser repudiado. No meio termo, se a medida de eficiências demonstra ganhos, porém a medida de igualdade demonstra perdas (ou vice versa), há um impasse (ou balanço), que deverá ser apurado e solucionado com base na **função bem-estar social** da decisão, representada em última análise pela questão: quanto de desigualdade extra a sociedade está disposta a aceitar em prol do acréscimo de eficiência à indústria?

Na esteira do dito por Stiglitz, por vezes, o objetivo social pode refletir uma eficiência econômica, como no caso da “falha” de mercado da assimetria de informação, cujo afastamento pode expressar tanto um benefício de ordem social como uma eficiência econômica, notada, sobretudo, no equilíbrio de comportamento dos agentes econômicos no mercado, no atendimento de maiores necessidades de clientes e consumidores dos “bens” produzidos no mercado. Porém, trataremos mais à frente dessa questão.

É importante lembrar que a análise da prevalência da eficiência em contraste com o bem-estar social, em situações de impossibilidade de consignação conjunta, deve pautar-se em critérios constitucionais. Vale dizer, nos

59 “Efficiency is measured by simply summing the gains or losses for each individual (which are calculated in a manner to be described shortly). Equity is measured by looking at some overall measure of inequality in society. If a project has net positive gains (positive efficiency effects) and reduces measured inequality, it should be undertaken. If a project has net positive losses and increases measured inequality, it should not be undertaken. If the efficiency measure shows gains but the equality measure shows losses (or vice versa), there is a trade-off, which is evaluated using a social welfare function: how much extra inequality is society willing to accept for an increase in efficiency?”, p.105.

ditames de igualdade, dignidade e justiça social prescritos pela Magna Carta e disciplinados ao longo do ordenamento jurídico.

4.1 Padrões de Regulação:

Em muitos países, sobretudo nos denominados “em desenvolvimento”, a regulação, de maneira geral, prioriza aspectos de ordem social, notadamente na regulação de serviços de infra-estrutura, cuja preocupação é *expandir o acesso* à população mais pobre. Nesse prisma, a regulação de infraestrutura baseia-se em critérios de *universalização e continuidade* na prestação de serviços de interesse social, bem como em proporcionar efeitos benéficos à saúde da população, preservar o meio ambiente e proteger o consumidor.

Como dito brevemente no capítulo precedente, um dos mecanismos voltados à consecução de objetivos de ordem social é a regulação da *qualidade*, que pode ser agregado aos mecanismos principais de regulação econômica como o controle de preço, quantidade e acesso para consignar fins sociais diretos como objetivos de universalização e continuidade de serviços de utilidade social. Desta forma, sem a intenção de esgotar o tema, mas tão só com o fito de estabelecer uma visão breve e geral do assunto, passamos a comentar alguns padrões de regulação *de qualidade* utilizados/utilizáveis para proporcionar conquistas sociais à população como um todo.

4.1.1 Controle de Qualidade:

A regulação de serviços de infra-estrutura possui muitas dimensões, em termos de geração de efeitos à sociedade. Para uns, os efeitos da prestação podem tanger da saúde pública ao meio ambiente. Os padrões de regulação para dados serviços podem ser definidos objetivamente, por exemplo, através de levantamentos de “o quê” *não* deve ocorrer como: (a) consumidores não esperam beber água contaminada que os tornem doentes e (b) passageiros de ônibus não esperam ser injuriados pelo atraso e maus tratos no serviço.

Dessa forma, Bill Baker e Sophie Trémolet⁶⁰ alertam que a qualidade é, sobretudo, uma questão de escolha por parte do cliente e do consumidor

60 “Offering different levels of quality for these services is equivalent to changing the economic value of the service, and could therefore be expected to elicit a different willingness to pay from each customer or group of customers.” In *Public Policy for the Private Sector* (...), p.2.

(já integrado na demanda). Para esses autores, oferecer diferentes níveis de qualidade para os serviços equivale a mudar seus valores econômicos, possibilitando assim a eleição de diferentes disposições de pagamento pelos clientes individualmente considerados ou por grupos de clientes no setor. Vale dizer, complementando a visão dos autores, ao criar níveis de qualidade aos produtos *com menores preços*, abre-se, sensivelmente, o mercado a novas e maiores demandas de usuários.

De forma não satisfatória, essa flexibilidade na colocação dos padrões de qualidade é rara, sobretudo no Brasil. Os consumidores normalmente não percebem o potencial de diferenciação na qualidade dos serviços e utilidades, não se dispondo ou não sendo aptos a explorá-lo. Padrões de qualidade, em regra, são fixados pelo governo, por meio da adoção de padrões tradicionais (“*standards*”) copiados entre países. Esses padrões normalmente recaem sobre “*o que é aceitável para os pobres*” e “*ótimo socialmente*”, raramente adentrando em considerações de capacidade de produção ou custos e benefícios do diferentes padrões de qualidade. Assim, pelo simples aumento do preço dos produtos devido à fixação genérica e unidirecional dos padrões de qualidade, invariavelmente, limita-se aos pobres o acesso a dados produtos e serviços.

O cenário que marca as questões do suprimento em serviços a áreas de baixa renda repousa na assertiva de que é mais caro servir aquilo que é pouco acessado, pois o baixo consumo do nicho não cobre os custos de conexão, somados ao alto grau de risco de inadimplemento pelos usuários. Frente a esse contexto, o Regulador deve atentar para estes fatores peculiares da realidade da demanda do setor, de modo a proporcionar pacotes variados de preço e qualidade.

Assim, como ensinam Bill Baker e Sophie Trémolet⁶¹, se um provedor privado objetiva “servir aos pobres” mantendo sua margem de lucro, ele deve diversificar seu preço ou mecanismos de suprimento, ou os dois. Isto pode envolver: (i) cobrança de maiores preços aos pobres, em reflexo aos custos reais de suprimento (o que não é politicamente correto e aceitável) ou; (ii) encontrar alternativas como suprir grupos de usuários (não integrados na demanda usual de consumo) como diminuir, a níveis aceitáveis, os padrões de qualidade para reduzir os custos.

Usando uma solução pautada na utilização agregada de dois mecanismos de regulação, de *preço* e de *qualidade*, a qual é denominada *custo reduzido com qualidade reduzida*, os provedores poderão adaptar o serviço ao

61 Ibid., mesma p.

nível de disposição dos consumidores mais pobres. Isto é, poderão ampliar a demanda de consumo para nichos de usuários excluídos. Demais disso, adiciona-se a esta opção de *custo normal* ou *custo reduzido* o custo de monitoramento da entidade Reguladora, que poderá ser reduzido pelo estabelecimento de regras de auto-monitoramento por parte da firma regulada.

Mas, o que limitará o grau de aceitabilidade dessa redução na qualidade dos “bens” ofertados à população de baixa renda e em que medida isso não estará ferindo os ditames de igualdade e justiça social presentes na Constituição Federal?

A resposta a estas e outras indagações, por mais óbvias que sejam, apontam de forma positiva para o Estado. Enquanto regulador, o Estado estabelecerá os limites mínimos à qualidade, expressa, *v.g.*, em segurança, salubridade, menor risco e utilidade. É interessante observar as sugestões dos membros do Banco Mundial, que apontam, especificadamente, que o Regulador responsável pelo setor deverá estabelecer (a) os padrões mínimos de qualidade; **(b) as necessárias provisões de informações para o consumidor** (de forma direta, por si, e/ou por determinações ao regulado); (c) encorajar a sinalização de qualidade às firmas privadas, estabelecendo graus de reputação às firmas através de “selos de qualidade”, do próprio regulador ou de associações especializadas no setor; (d) dispor centros de atendimento ao usuário para abarcar reclamações de insatisfação quanto a produtos ou serviços.⁶²

Importante frisar que, quer elevada ou reduzida ao mínimo, a qualidade *deve ser* informada aos consumidores e clientes, sendo que tal idéia, no caso dos primeiros, é reforçada por prescrições do Código de Defesa do Consumidor.

Vale lembrar que nas soluções de *custo reduzido* propostas pelo regulador para o atendimento da demanda de baixa renda, poder-se-á conferir subsídios a firmas que se interessem em participar do mercado regulado enquanto provedoras de serviço ou produto, viabilizando-lhes a aferição de uma margem mínima de lucro. Este mecanismo, atrelado ao mecanismo de controles de acesso, pode atrair novas firmas à dinâmica do mercado, que servirão como entidades provedoras alternativas às demandas mais humildes do setor, pois adentrarão, já sob o regime de qualidade mínima, para expandir a oferta aos consumidores mais pobres.

Nesse prisma, o regulador funcionaria como um ente especializado em oferecer soluções de *custo reduzido* e de *contato comunitário* à expansão

62 Ibid., mesma p.

dos produtos e serviços à população de baixa renda, especialmente no que concerne à atração de prestadores alternativos. Adrede, a coleta e a disseminação de informações pelo regulador sobre a performance de qualidade, custos etc., de todos os provedores do setor poderia, de forma barata e eficiente, reduzir a assimetria de informação presente entre consumidores e prestadores (ampliando o direito de escolha dos primeiros), como também, a existente entre os próprios prestadores, sobretudo no que atente às novas firmas assimiladas como prestadores alternativos do setor e as firmas já consolidadas e especializadas no setor.

5. Assimetria de Informação:

Mencionada algumas vezes ao longo deste trabalho, vimos que a assimetria de informação está presente em partes importantes do raciocínio que veicula a idéia da regulação, mas o que é assimetria de informação? Em que medida atua no mercado? Antes mesmo de representar um fenômeno que acomete o mercado, limitando-o de tal forma a demandar a atuação positiva do Estado, para efeitos de *eficiência econômica e bem-estar social*, cremos que a assimetria de informação representa um fenômeno de comunicação.

Estudamos em outra ocasião de pesquisa que para haver comunicação, ou seja, troca de informações ou até mesmo de dados entre dois sujeitos, é preciso que haja entre eles uma correspondência mínima de *repertórios*⁶³, supondo valerem-se os dois de códigos idênticos ou até congêneres. E que, uma relação de comunicação pode ser estabelecida de forma *simétrica e com-*

63 “Para que haja uma transmissão efetiva de mensagem, é necessário ocorrer uma correspondência entre o repertório do emissor e o repertório do destinatário da mensagem. Esclarecendo, tomemos por conceito inicial de repertório o conjunto de elementos que possuem significado para o usuário de um sistema de comunicação. O repertório é o conjunto de signos conhecidos ou assimilados por um indivíduo ou por um grupo de indivíduos, uma espécie de estoque de experiências, fixados por determinado código.” Eduardo Molan Gaban, in *A efetividade da norma jurídica, uma abordagem pragmática*, 2º. Relatório Final de Iniciação Científica entregue à FAPESP, p.10.

*plementar*⁶⁴, de modo que, no caso desta última, um dos participantes do processo de comunicação exerce ou pode exercer *poder* sobre o outro.⁶⁵

Em outras palavras, para que haja a comunicação, é imprescindível, dentre outros elementos de ordem estrutural, a presença do “bit”⁶⁶ informacional, viabilizado pela correspondência mínima entre os repertórios dos participantes da troca de mensagens. Verificando-se a presença (a) do “bit”, (b) do canal e (c) do envio de mensagens, pressupõe-se a comunicação, porém ainda não se sabe se sua natureza é simétrica ou complementar. Por vezes, a natureza do processo de comunicação é preestabelecida, como é o caso da linguagem normativa do direito, cuja predominância é da complementaridade⁶⁷.

Todavia, em processos cuja natureza não seja preestabelecida, vislumbrando-se na esfera de *probabilidades* os resultados (“*feedbacks*”) da interação, como é o caso da linguagem econômica⁶⁸, temos que voltar nossas atenções a detalhes do processo, aos efeitos da interação, ou às suas probabilidades, para que possamos identificá-la. Assim, um fator marcante à identificação da natureza da relação de comunicação é o equilíbrio ou não dos repertó-

64 “(...) a interação simétrica é caracterizada pela igualdade e a minimização da diferença; a interação complementar baseia-se na maximização da diferença.” In *Pragmática da comunicação humana*, p.63.

65 Eduardo Molan Gaban, in *A efetividade da norma jurídica, uma abordagem pragmática*, 1º. Relatório Final de Iniciação Científica entregue à FAPESP, p.49.

66 “BIT. Na teoria da comunicação, o bit é a unidade de da quantidade de informação. O termo ‘bit’ (diz-se também ‘binit’) é uma abreviação da expressão inglesa ‘binary digit’. Os dados, nos sistemas de informação mecânica e eletrônica, como o computador, são representados somente por dois estados possíveis; é portanto uma notação binária que se emprega para ilustrar essas indicações (...) Se se considera um código, ou sistema de signos, suscetível de servir de base à transmissão de uma mensagem, esse código, comportando dois sinais possíveis, ambos igualmente prováveis, (0 e 1, p. ex.), tem a capacidade de um bit cada vez que é utilizado (...)” in Jean Dubois e outros. Utilizamos assim o termo bit com o significado de possibilidade de escolha binária revestida de conteúdo informacional.

67 “(...) o direito caracteriza-se como um discurso eminentemente complementar, uma vez que não possibilita o diálogo em sua completude, pois estabelece unidirecionalmente, através de seu cometimento, a forma pela qual devem se comportar seus endereçados (...)” in *A efetividade da norma jurídica* (...), p.21.

68 De forma diversa da linguagem do direito, que prescreve condutas e vincula resultados, a economia se estabelece, com maior rigor, no âmbito descritivo (para com a realidade), apresentando maior grau de imprevisibilidade e menor grau de vinculação comparada ao direito, enquanto ordenamento jurídico.

rios dos sujeitos da comunicação. Tomando para tanto a noção de *equilíbrio de conteúdo informacional*, ou seja, se são semelhantes em conteúdo informacional ou se um deles possui um conteúdo informacional demasiadamente superior ao do outro.

Caso haja um equilíbrio de repertórios, é grande a probabilidade da comunicação estabelecer-se em patamares de simetria. Entretanto, caso haja desequilíbrio de repertórios, há maior probabilidade da comunicação estabelecer-se em patamares de complementaridade, ou seja, de uma das partes exercer poder sobre a determinação do comportamento da outra.

Desse modo, temos que uma acentuada diferença de repertórios, sobretudo no aspecto conteúdo⁶⁹, pode desvirtuar a natureza de uma comunicação, de modo a converter uma relação cuja normalidade repouse na simetria (igualdade de posições) à complementaridade. Restando uma das partes sobreposta à outra em *poder de informação*, é potencialmente hábil a abusar da sua posição de sumo “detentor” de informação em detrimento da outra parte. Assim, v.g., no caso de uma simples relação comercial de compra e venda de bens, algo que poderia resultar em uma troca de ônus e bônus, poderá resultar em abuso por parte de um dos sujeitos da relação.

Podemos então entender que a assimetria de informação pode ser representada por uma *assimetria* ou *desequilíbrio de conteúdo* de repertórios. Tendo por certo que tal desequilíbrio pode resultar em desequilíbrio da capacidade de barganha e sobreposição de interesses numa relação entre dois sujeitos em torno de bens e/ou valores.

Análoga à definição de assimetria de informação, com base na teoria da informação, encontramos a definição de Joseph E. Stiglitz com base na teoria econômica, a saber:

“Asymmetric information is a situation in which economic agents involved in a transaction have different information, as when a private motorcycle seller has more detailed information about its quality than the prospective purchaser, or an employee will know more about their ability than their employer. Information that is distributed asymmetrically between economic agents can be categorized as ex ante, pre-contractual of the transaction, or ex post, post-

69 Partindo da premissa que, em visão ampla e simplificada, numa linguagem estão presentes aspectos de estrutura e de conteúdo, tal como na escrita a sintaxe e semântica, temos que o aspecto conteúdo expressa-se em informações já consolidadas e informações novas e inteligíveis, hábeis a crescer, globalmente, o repertório do receptor (ouvinte).

contractual of the transaction, that influence economic behavior and operation of the market.”⁷⁰ (destacamos).

Em interessante e recente tese de doutoramento, o Prof. Fábio Gallo Garcia, da Fundação Getúlio Vargas – EAESP, afirma que a ciência econômica se ocupa primordialmente do estudo do uso dos recursos limitados para obtenção de máxima satisfação material, tendo-se em conta que a distribuição de tais recursos se dá pelo envolvimento de agentes em transações as mais diferenciadas. Por sua vez, essas transações de mercado são explicadas em modelos microeconômicos que detalham mercados individuais.⁷¹

Grande parte desse detalhamento teórico, partiu do pressuposto crítico de que os agentes detinham total informação sobre os bens e serviços que estavam negociando. Ou seja, basearam-se na simetria e perfeição de informações, distanciando-se das situações presentes na realidade, “servindo antes de marcos teóricos para a compreensão de realidades complexas”.

*“De fato, os mercados trabalham com informações imperfeitas porque as informações são custosas ou impossíveis de ser obtidas. Ademais, como pontuam VARIAN (1990) e STIGLITZ (1993), esses desvios informacionais dos mercados podem estar relacionados a uma ou às duas pontas envolvidas nas transações que se realizem correntemente na economia.”*⁷²

Com base nesse conceito microeconômico, Fábio Gallo Garcia definiu a assimetria informacional com sendo a situação em que ao menos um dos agentes envolvidos em transações econômicas específicas é melhor informado do que as outras partes envolvidas. Além disso, ressalta, define-se comumente duas formas de assimetria informacional, a saber, a *ex-ante* (pré-evento) e a *ex-post* (pós-evento).

70 (Trad. Livre): “Informação assimétrica é uma situação na qual os agentes econômicos envolvidos em uma transação têm informações diferentes, como é o caso do vendedor de motocicletas tem informações mais detalhadas a respeito da qualidade destas do que o provável comprador, ou do empregado que sabe mais a respeito de suas habilidades do que seu empregador. Informação que é distribuída assimetricamente entre agentes econômicos pode ser categorizada como *ex ante*, pré-contratual da transação, ou *ex post*, pós-contratual, que influenciam o comportamento econômico e a operação do mercado”. In *Economics*, p. 450.

71 In Verificação da existência de assimetria de informação no processo de emissão de ações no mercado brasileiro, p.25.

72 *Ibid.*, p.26.

Ligada a essas assertivas, tem-se a “seleção adversa”, concepção teórica que traz a idéia de que um agente econômico envolvido em uma transação comercial qualquer conhece algo sobre as suas próprias características que a outra parte (o outro agente) desconhece. Esse conceito é representado pelo problema de “informação escondida” no mercado, tendo sido bem explorado por George Akerlof (1970), em estudo realizado no mercado de carros usados nos EUA⁷³.

73 Comentando o mercado de carros usados nos EUA, George Akerlof (1970), Professor da Universidade Berkeley, Califórnia, encontrou uma explicação simples para o fenômeno da depreciação do valor (redução do preço) de carros usados com relação aos carros novos, com base na imperfeição das informações. A essa teoria, denominou seleção adversa. Para ele, uns carros são piores que os demais. Neles, pode haver defeitos ocultos, os quais são desvendados por seus primeiros possuidores, apenas após a aquisição do veículo, ou, na terminologia de Stiglitz (1993) e Takor (1993), ex-post contrato. George Akerlof atribuiu a tais carros defeituosos o apelido de “limões”; com a natureza refletida no pensamento dos proprietários através do enunciado: “algo no veículo não anda bem, e pode piorar”. Prosseguindo, revela que enquanto garantias reduzem o custo de possuir um “limão”, não eliminam o problema que perfaz sua natureza de “limão”, de modo que seu proprietário fica cada vez mais ansioso para vendê-lo, pois, mesmo com a presença de termo de garantia, sabe que, provavelmente, em algum momento o “limão” vai quebrar de vez. Os possuidores/donos dos “limões” sabem que não foram bem sucedidos em sua aquisição e querem “passa-los” (vendê-los) para outros proprietários. A qualquer preço, aqueles que possuem os piores “limões” têm ansiedade por vendê-los rapidamente. Como o preço cai, por consequência do grande movimento de venda de “limões”, aqueles que tem os carros usados em melhor estado que típicos “limões”, decidem que é melhor permanecer com os veículos a vendê-los a preços tão reduzidos. Isto significa que a qualidade média daqueles ainda oferecidos no mercado é reduzida. Segundo Akerlof, num efeito de seleção adversa, conforme o preço cai, o mix daqueles que optam por vender diminui proporcionalmente. Isto quer dizer que a qualidade da oferta diminui à medida da redução do preço. A razão para este tipo de movimento do mercado repousa na assertiva geral de que à medida que o preço aumenta, a qualidade aumenta, tendo-se por certo que o comportamento da demanda não se fixa apenas por preço, mas também por qualidade (“valor” do bem para o mercado). De forma proporcional, à medida que o preço cai, a qualidade dos produtos deteriora-se rapidamente, reduzindo-se, como o preço, a demanda por quantidade, posto que os consumidores não estarão dispostos a gastar com produtos de baixa qualidade.

Notamos a presença de informações assimétricas na relação entre vendedores e compradores de carros. Ou seja, os vendedores de carros têm mais informações sobre seus produtos que os compradores. Muitos mercados são caracterizados por assimetrias de informação em um dos pólos da relação, ou até mesmo nos dois pólos, e têm como consequência sua relativa redução do número de compradores e vendedores, em

O “risco moral”, efeito de assimetria de informação, caracteriza-se por situações em que determinado agente, de posse de uma informação privada, toma atitudes que podem afetar negativamente o outro agente. “Esse tipo de problema é típico do mercado de locação de veículos; exemplos surgem naquelas situações em que os motoristas dirigem com menos cuidado pelo fato do veículo estar totalmente segurado.”⁷⁴ O problema de “risco moral” é também representado por um problema de “atitude escondida”, visto que diversas seriam as situações em que um dos lados envolvidos em determinada operação não poderia observar as atitudes da outra.

Temos assim que, unindo o conceito da teoria da informação ao conceito econômico, este desequilíbrio de repertórios entre os agentes de um processo de comunicação projeta-se nas relações dos agentes de mercado, de modo que passa a influir de maneira marcante no regime de competição nos/dos mercados, chegando até a demandar intervenção *indutiva* do Estado para proporcionar o equilíbrio do setor.

Na esteira dessa definição, chamamos a atenção para o fato de que uma das “falhas” de mercado, propositalmente não pormenorizada nos capítulos anteriores, é representada pela assimetria de informação. Este fenômeno

comparação a mercados revestidos de informações “perfeitas”. A falta ou imperfeição de informações de parte dos agentes de mercado atinge de modo contundente as noções de preço e qualidade. Ou seja, as noções de preço e qualidade restam, para clientes e consumidores, distorcidas. Passando a haver confusão quanto ao valor de mercado do bem, resultando tal obscurecimento na atribuição de maior valor informacional ao fator preço, pois a qualidade é uma informação que permanece com os vendedores.

Sabe-se que o mercado de carros usados (tanto nos EUA quanto no Brasil) não é composto inteiramente por “limões”, havendo, de outra feita, carros usados de boa qualidade. Todavia, devido à acentuada assimetria de informações por parte da maioria daqueles que desejam compra-los, a assertiva da boa qualidade dos carros usados não tem efeitos práticos na relação direta entre compradores e vendedores. Da mesma forma, aqueles que desejam vender bens e serviços, num ambiente de assimetria de informações, apresentarão posturas diferenciadas quanto às suas estratégias competitivas, pois tiveram a noção da demanda distorcida em decorrência da imperfeição informacional. Em mercados em regime de competição, as normas de defesa da concorrência estabelecerão limites à assimetria de informação presente entre agentes econômicos, com vistas a preservar a competitividade no mercado. Situação que deve ser revista em mercados acometidos por “falhas” estruturais, ou naqueles em que a competição não resulte informação suficiente ao consumidor.

74 In Verificação da existência de assimetria de informação no processo de emissão de ações no mercado brasileiro, p.27.

de desnível de repertórios encontrado numa corriqueira troca de mensagens e projetado nas relações entre agentes de mercado que, quando acentuado em grau e situado em contexto de interesse social, traz ao Estado o dever de atuar nas estruturas dos setores por ele acometidos.

Assumindo como premissa o conceito de assimetria de informação e seu potencial de desequilibrar a estrutura de um mercado, vejamos, em primeiro lugar, quais efeitos podem ser notados no modelo econômico da concorrência perfeita, aplicável às realidades mercadológicas como padrão analítico, e na seqüência, quais reflexos de assimetria de informação apresentam-se na realidade dos mercados e no setor específico de assistência suplementar à saúde.

5.1. Reflexos no modelo econômico de “mercado perfeitamente competitivo”:

O primeiro impacto da assunção da existência de informações assimétricas nas realidades dos diferentes mercados, resultou na reestruturação de modelos econômicos, como é o caso do modelo do mercado com regime de “concorrência perfeita”. Adotando as palavras do jurista e ex-Conselheiro do CADE, Prof. João Bosco Leopoldino da Fonseca, podemos observar com se cristaliza o modelo de concorrência perfeita:

*“(...) a **concorrência perfeita** pressupõe uma absoluta igualdade de todos os integrantes do mercado, ou seja, pressupõe-se que todos os concorrentes são equivalentes a um átomo (atomicidade) e que a atuação individual de um deles na fixação de preços de seus produtos não consiga afetar de maneira substancial a formação de preços dos bens. Pressupõe ainda a fluidez, pois que todos os concorrentes teriam pleno conhecimento da intenção e da forma de atuação de todos os outros, e conseqüentemente podem determinar com toda liberdade a quantidade e qualidade da oferta e da procura e, ainda, podem livremente entrar no mercado ou dele sair. **A fluidez traz consigo o requisito da informação, que, sendo correta, clara e transparente, é o fruto opimo da lealdade (“fairness”).** Pressupõe também que haja uma homogeneidade do produto e uma formação de preços absolutamente isenta de qualquer influência desigualadora. A homogeneidade não significa igualdade de produtos, mas so-*

bretudo tem como característica a substitubilidade.” (sic.)⁷⁵ (destacamos).

Acostumados normalmente a utilizar o modelo econômico da “concorrência perfeita” como parâmetro de análise de impacto na concorrência real de setores da economia, estudiosos, notadamente os economistas, supunham viger nesse modelo situações de perfeita troca e posse de informações, isto é, supunham haver perfeito equilíbrio de informação entre os agentes de mercado. Em contrapartida, incorporando o fator “informação assimétrica” aos modelos econômicos, estudiosos têm tido um imenso trabalho em preencher a lacuna verificada entre a realidade dos mercados e a realidade descrita no modelo de “concorrência perfeita” com informações perfeitas e simétricas.

É o que extraímos das lições do economista Joseph E. Stiglitz, cuja crença condiz com uma realidade repleta de *informações imperfeitas*, verificadas em vários graus de presença a irradiar uma série de efeitos às relações entre agentes econômicos, demandando atuação governamental. Para ele, menos que a informação perfeita suposta tradicionalmente no modelo de concorrência perfeita, temos informação imperfeita⁷⁶.

Explicando a terminologia utilizada por Stiglitz, entendemos que, ao empregar o termo *informação imperfeita* quer significar (i) ora a simples desigualdade de repertórios entre os agentes do processo de comunicação e, outrossim, (ii) a detenção de dados equivocados da realidade das variáveis e fatores dos mercados. Assim, temos a *informação imperfeita* como gênero e a *assimetria de informação* (repertórios) e *informação equivocada* como espécies.

Adotamos, em contrapartida, o termo *assimetria de informação* para significar tanto o desequilíbrio de repertórios quanto a detenção de dados equivocados da realidade, isto é, enquanto sinônimo do termo *informações imperfeitas* para Stiglitz, pois, seja pela incompletude ou pela equivocidade, a informação será imperfeita, resultando em última análise, numa visão relacional, em assimetria de informação.

75 In Lei de proteção da concorrência – comentários à legislação antitruste, p.4.

76 “Recently another flaw in the model of perfect competition has come to the fore: its assumption that market participants have full information about the goods being bought and sold. Economists describe such a situation by saying there is perfect information. Less-than-perfect information is called imperfect information. By incorporating imperfect information into their models of the economy, economists have come along way in closing the gap between the real world and the world depicted by the perfect competition, perfect model (...).” (sic.) In Economics, p.493.

Mas, ressalta-se, o simples fato de indivíduos e firmas não serem perfeitamente bem informadas, por si só, não reflete a crítica ao modelo competitivo (da concorrência perfeita), tal como o fato dos mercados não serem perfeitamente competitivos não fundamenta, de igual maneira, a crítica ao referido modelo. Não configuram argumentos necessários para que descartemos o modelo. Segundo Stiglitz, as questões são: *há algum importante fenômeno econômico que pode unicamente ser explicado pela presença de informações imperfeitas? Há importantes previsões do modelo que são incorretas, como pressupostos de firmas e consumidores bem informados? Há, em outras palavras, instâncias relevantes em que o modelo torna-se incompleto ou desvirtuado?*⁷⁷ Acrescentando, o autor alega que após as duas últimas décadas, economistas passaram a acreditar que a resposta a tais indagações é afirmativa.

Vistos assim os conceitos do fenômeno da assimetria de informações e seus reflexos inicialmente notados no modelo econômico de mercado perfeitamente competitivo, observemos agora um dos principais efeitos do crescimento do grau de assimetria informacional nos mercados e como se reagiu para manter o equilíbrio das relações mercadológicas.

5.2. Mecanismos de mercado de equilíbrio de informação:

Mercados acometidos por elevados graus de assimetria de informação nas relações entre seus agentes estão provavelmente direcionados à inexistência, posto que o número de compradores e vendedores reduz-se com o crescimento dos efeitos da seleção adversa e do risco moral. Stiglitz⁷⁸ nos

77 “The fact that individuals and firms are not perfectly well-informed is, by itself, not necessarily a telling criticism of the competitive model, just as the criticism that markets are not perfectly competitive does not necessarily cause us to discard the model. The question is: are there important economic phenomena that can be only explained by taking into account these imperfections of information? Are there important predictions of the model that are incorrect, as a result of assumptions concerning well-informed consumers and firms? Are there, in other words, important instances in which the model is either incomplete or misleading? (...) over the past two decades, economists have come to believe that the answer to these questions is yes.” Ibid., p.495.

78 “One of the consequences of asymmetric information is that there may be relatively few buyers and sellers, far fewer than there would be with perfect information. Economists use the term thin to describe markets in which there are relatively few buyers and sellers. In some situations, a market may be so thin as to be essentially nonexistent; economists call such a market incomplete.” (sic.), Ibid., mesma p.

ensina que economistas usam do termo “*thin*” (delgado) para descrever mercados nos quais esteja presente um número relativamente pequeno de compradores e vendedores. Outrossim, em algumas ocasiões, um mercado pode ser tão delgado que é tido por inexistente; ao qual atribui-se o adjetivo “*in-completo*”.

Estes segmentos necessitam de mecanismos intermediários com funções de equilibrar as informações entre seus agentes, para que tenham efetivamente relações de mercado, não deixando com que padeçam à inexistência. “*Brokers*”, *sinalização de qualidade/credibilidade, publicidade e propaganda* representam mecanismos hábeis a reduzir e até mesmo sanar assimetrias de informação em mercados deste gênero.

Conforme a revista norte-americana *Consumer Reports*⁷⁹, um “*broker*” (ou agente, corretor, intermediário) é aquele que arranja contratos entre duas partes. De tempos antigos, notamos a presença de “*brokers*”, por exemplo, em questões matrimoniais, mercado de ações e mercado de automóveis (tanto novos quanto usados). Segundo Stiglitz⁸⁰, o trabalho do “*broker*” só existe em decorrência das imperfeições de informação. Mas, por que as pessoas não buscam as informações e não realizam diretamente os negócios, v.g., para arrumar um cônjuge, para comprar ações ou carros? Para o economista, o problema mais óbvio é que há, nos mercados, muitas e diferentes variáveis disponíveis, sendo que, gasta-se muito em tempo, energia e dinheiro para se coletar as principais informações e tomar uma decisão bem informada.

Outro mecanismo voltado a sanar a informação é a *sinalização de qualidade/credibilidade* do produto. Através dela, clientes e consumidores poderão creditar qualidade ao produto ou serviço, antes mesmo de adquiri-los (atua na noção *ex-ante*). Por outro lado, através da sinalização de qualidade, as firmas podem atrair mais os consumidores e clientes expressando a oferta de produtos e serviços de melhor qualidade.

Há uma premissa básica que norteia a sinalização de qualidade: “ações falam mais alto que palavras”⁸¹. Dessa forma, depreendemos que a sina-

79 “A better way to buy a car?”, *Consumer Reports*, September 1989, Apud, Joseph E. Stiglitz, in *Economics*, p.501.

80 “In every case, though, a broker is someone whose job exists only because of imperfect information. (...) The obvious problem is that many different variables are available, and it costs time and energy and money to collect the information to make an informed decision.” *Economics*, p.501.

81 “There is a simple principle: actions speak louder than words.” (sic.), *Ibid.*, p.498.

lização de qualidade é efetivada por *ações* das firmas cujo objetivo é atribuir noção de qualidade e credibilidade aos seus produtos, como conferir garantias relativamente extensas aos usuários dos produtos ou serviços e/ou relacioná-los a marcas munidas de “reputação” no mercado.

A reputação tem um papel extremamente importante na promoção de incentivos nas economias de mercado. Representa na verdade uma forma de garantia e faz com que as firmas estabeleçam um compromisso de qualidade para com os clientes e consumidores.

Demais disso, numa visão complementar do fator *reputação*, crê-se que os mercados com informações imperfeitas diferem-se dos mercados com informações perfeitas pelos efeitos da competição no estabelecimento do preço dos “bens”. Nos mercados competitivos com informações perfeitas, a concorrência dirige os preços a baixo do custo marginal, ao passo que, nos mercados em que a qualidade é mantida de acordo com mecanismo de *reputação*, sendo competitivos ou não, o preço deve permanecer acima do custo marginal.⁸²

Ainda no aspecto da *reputação*, temos que, enquanto o mecanismo da reputação opera no sentido de manter os preços acima dos custos, sendo competitivo ou não, nos mercados em que a reputação seja importante a concorrência é freqüentemente bastante imperfeita. Assim, a necessidade de estabelecer *reputação* age como importante barreira à entrada, limitando o grau de concorrência em dadas indústrias. Esta afirmação reflete-se na premissa de que ofertando um produto de uma firma estabelecida com uma boa reputação e um produto de um entrante sem reputação, *pelo mesmo preço*, o consumidor irá normalmente optar pelo bem advindo da firma com reputação.⁸³

Entrar no mercado sob estas condições torna-se uma tarefa extremamente cara, posto que as firmas têm de gastar quantia considerável de dinheiro para estabelecerem-se com marcas fortes e reputação.

A reputação, as garantias e outras ações que atraíam a atenção dos consumidores à qualidade dos “bens” oferecidos no mercado podem ser veiculadas por *publicidades e propagandas*, outro mecanismo de sinalização de

82 “In competitive markets with perfect information, competition drives price down to marginal cost. In markets in which quality is maintained as the result of a reputation mechanism, whether competitive or not, price must remain above marginal cost.” Ibid., p.504.

83 “Why try a new cola drink when you know what Pepsi and Coca-Cola taste like?” Ibid., p.505.

qualidade e credibilidade. A propaganda pode representar três vertentes, com linhas divisórias tênues entre suas naturezas, podendo ser (a) informativas, (b) persuasivas e (c) enganosas.

No primeiro caso, a propaganda tem importante função econômica de veicular relevantes informações sobre quais escolhas (preço, localização, garantias, facilidades, características etc.) estão disponíveis no mercado. No segundo caso, a propaganda tem função de persuadir o consumidor a experimentar dado “bem” ou persuadi-lo a cativar-se a dado produto ou serviço em função de sua qualidade (v.g., publicidade de cigarros e bebidas). No terceiro caso, a propaganda tem a função de distorcer a realidade com vistas a confundir os consumidores e clientes sobre produtos e serviços ofertados no mercado (v.g., atribuindo-lhe características e atribuições de função inexistentes), fazendo-os crer que dois produtos idênticos, na realidade, são completamente diferentes.

No caso desta última modalidade de propaganda, a mudança na curva da demanda pode resultar em prática anticompetitiva, objeto da tutela do Estado por meio das autoridades de defesa da concorrência.

É bom lembrarmos que a publicidade tem uma função importante nas estratégias competitivas das firmas, da feita que, se bem sucedida, pode alterar a curva da demanda do mercado para seus produtos e/ou serviços.

Tendo até aqui conferido os primeiros efeitos gerais da assimetria de informação notados no modelo de mercado perfeitamente competitivo e seus primeiros reflexos concretos nas relações de mercado, de modo a demandar a intervenção de mecanismos de equilíbrio para viabilizar a manutenção da existência dos setores acometidos por altos graus desse fenômeno, vejamos agora como o desequilíbrio informacional pode afetar o setor específico da economia nacional de assistência suplementar à saúde.

5.3 Assistência suplementar à saúde (regulação geral):

Partindo de uma regulamentação superficial, o Estado buscou estabelecer regulação no setor de assistência suplementar à saúde, entendido como o que compreende as modalidades de assistência médica que vinculam o acesso do usuário ao sistema ao pagamento de um plano ou seguro de saúde, independentemente da contribuição compulsória desse usuário à seguridade social, ou seja, envolvendo toda a assistência à saúde que não integrasse o Sistema Único de Saúde (SUS).

As várias modalidades de assistência médica suplementar combinam a função de seguro com a de prestação de serviços de atenção médica. E in-

cluem, como principais formas institucionais, a medicina de grupo, as cooperativas médicas, os planos próprios das empresas (autogestão e planos administrados) e os seguros de saúde.

Promulgou-se algumas leis para iniciar a regulamentação do setor e criou-se a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para implantar o processo de regulação do setor e monitorá-lo.

Antes, porém, de adentrar na específica atividade de regulação setorial da ANS, vejamos algo da regulação geral que, agregado à atividade da ANS, contribui para a redução do grau de assimetria de informações no setor.

Nesse plano, o Estado, no âmbito da regulação geral, deve tomar para si a função de informador e fiscal das relações entre firmas e consumidores, de modo a assegurar o equilíbrio das informações e das forças entre esses dois agentes de mercado. Em seu papel de informador, deverá se voltar notadamente ao consumidor informando-lhe dos direitos e das peculiaridades do setor; estabelecendo assim uma constante interface com a regulação setorial, levada a efeito pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Para tanto, o Estado se vale do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), composto pelas entidades: Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ); Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC); Programas de Orientação e Proteção ao Consumidor (PROCONS); Delegacias do Consumidor (DECONS); Comissões Permanentes de Defesa do Consumidor (COMDECONS) ligadas às Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores.

Complementando os quadros do SNDC, iniciativas de defesa dos consumidores por parte de entidades civis (como o Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC) passam a exercer atividades de informação e fiscalização das relações entre firmas e consumidores no sentido de buscar compensar a assimetria entre tais agentes no mercado de assistência suplementar à saúde.

Uma característica importante do SNDC é a horizontalidade das relações entre os órgãos que o compõem. Os PROCONS são organismos autônomos, não estão submetidos a uma hierarquia, e têm a atribuição precípua de zelar pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor; a ausência de hierarquia traduz-se em atribuições compartilhadas entre estes órgãos.

Deste modo, cabe ao DPDC, e aos PROCONS estaduais e municipais: (1) apurar denúncias apresentadas por entidades representativas, pessoas jurídicas ou por consumidores individuais; **(2) informar e orientar os consumidores sobre seus direitos e garantias;** (3) solicitar à polícia judiciária a instauração de inquérito para apuração de delito contra o consumidor, e repre-

sentar junto ao Ministério Público competente; (4) fiscalizar as relações de consumo e aplicar sanções administrativas⁸⁴.

Com atuação análoga aos mecanismos de mercado de equilíbrio de informação, o Estado, de forma concorrente à regulação setorial, passa exercer a *sinalização e controle de qualidade* dos produtos e serviços ofertados aos consumidores, de modo que, em sentido amplo e ainda no espectro da regulação geral, acabam por integrar o SNDC órgãos públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios responsáveis pela fiscalização e pelo controle de qualidade, produção, industrialização, distribuição e publicidade, tais como o Instituto Nacional de Pesos e Medidas (IPEM), o Instituto Nacional de Metrologia (INMETRO) etc.

Por esse viés, agindo de forma coordenada e no cumprimento de suas atribuições, tais órgãos responsáveis pelo monitoramento e pela prestação de informações no âmbito da regulação geral (v.g., os PROCONS⁸⁵), acabam

84 Lígia Giovanella e outros: “Além dessas atribuições concorrentes – mas que não competem entre si –, cabe aos Procons, estaduais e municipais, a formular e executar a política de proteção e defesa do consumidor, no âmbito de suas competências, e atender os consumidores. Entre as penalidades administrativas, compete aos Procons, no que se refere aos planos de saúde, aplicar multas e cassar o registro do produto junto ao órgão competente. As penalidades arroladas no Decreto n.º 2. 181 - Art. 18 - são: multa; apreensão e/ou inutilização de produto; cassação de registro do produto junto ao órgão competente; revogação da concessão; cassação de licença do estabelecimento; suspensão temporária de atividades; interdição; intervenção administrativa; imposição de contrapropaganda.”, in Defesa dos consumidores e regulação dos planos de saúde, p.160/161.

85 “É atribuição de todos os Procons, estaduais e municipais, elaborar e publicar, anualmente, o cadastro de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços (Obrigação definida no artigo 44 da Lei nº8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). E remeter cópia do mesmo ao DPDC; cabe a esse órgão elaborar, e publicar, o Cadastro Nacional, a reunir todas as reclamações feitas aos órgãos públicos de proteção e defesa de consumidores, em todo o país.

Os cadastros de reclamações fundamentadas contra fornecedores são considerados, na legislação, instrumento essencial de defesa e orientação dos consumidores. Compete aos órgãos públicos assegurar-lhes publicidade, confiabilidade e continuidade. O cadastro corresponderia à consolidação dos registros – feitos pelo órgão público de defesa do consumidor – de todas as reclamações fundamentadas. Ou seja, o cadastro é o conjunto de notícias de lesão, ou ameaças, ao direito do consumidor, analisadas por órgão público de defesa do consumidor, e consideradas procedentes, por decisão definitiva.

por contribuir para com os reguladores setoriais, no caso a ANS, auxiliando-os na decodificação precisa do setor e no teste de efetividade de estratégias implantadas, funcionando, em síntese, como instrumentos de medição de “*feed backs*” do objeto regulado. Isto quer dizer, no setor em apreço: contribuem para a redução da assimetria de informação presente na relação entre o Estado e o setor de assistência suplementar à saúde (envolvendo as firmas e consumidores), cerne da apreensão do objeto a ser regulado.

É importante acrescentar que a diferença dos métodos e códigos utilizados na coleta de informações é um problema que atinge a regulação, posto que acaba por inviabilizar a confecção de um cadastro unificado que reflita a realidade do setor, ou em outras palavras, represente uma fonte fidedigna de informações, apta a equilibrar os repertórios do Estado para com os agentes econômicos do setor de assistência suplementar à saúde. Frente a essa situação:

*“Com o objetivo de facilitar a elaboração do Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas, definido em lei, o DPDC, em 1999 acordou – em reunião nacional com os Procons – **haver a necessidade de alcançar a harmonia de conceitos, critérios e procedimentos no acolhimento de reclamações. Esta harmonia é imprescindível para se conseguir superar as dificuldades de construção de um Cadastro Nacional.** E as dificuldades decorrem da heterogeneidade de procedimentos para se processarem as reclamações, e da ausência de uniformidade de critérios e códigos de classificação usados na elaboração dos relatórios e cadastros de fornecedores, pelos Procons.”⁸⁶ (destacamos).*

Como um exemplo de importância desses mecanismos de coleta de informações, constatou-se que as reclamações junto aos PROCONS têm ori-

Os cadastros devem ser sempre atualizados, e divulgados a cada ano. E não podem conter informações negativas sobre fornecedores por um período superior a cinco anos. Para a maioria dos Procons, a obrigação de manter cadastros atualizados traduz-se na divulgação de relatórios anuais de reclamações; esses relatórios contêm as listas dos fornecedores contra os quais registraram-se reclamações procedentes, qualificadas segundo o tipo e o atendimento - ou não - da queixa. É possível o acesso eletrônico ao Cadastro de Fornecedores elaborado pelo Procon-PR. O Procon-SP oferece, por telefone, consulta ao Cadastro de Fornecedores, e, assim, municia consumidores com informações sobre empresas contra as quais houve reclamações fundamentadas nos últimos cinco anos.” Ibid., p.165/166. (destacamos).

86 Ibid., p.166.

gem principalmente nos contratos individuais de planos de saúde⁸⁷, *i.e.*, nas relações entre consumidores e firmas prestadoras de serviços suplementares à saúde. Esta situação decorre essencialmente da presença de informações assimétricas no pólo dos consumidores, os quais acabam por assinar contratos com risco excessivo (do não atendimento de suas necessidades) e pouca cobertura (abrangência dos serviços contratados de assistência suplementar à saúde).

É o que podemos observar de pesquisa realizada junto aos PROCONS do Estado do Paraná⁸⁸. No transcorrer do ano de 1999, o Procon estadual do Paraná, realizou 72.987 atendimentos a consumidores. Deste total, 5,8% (4.216) referiam-se à área da saúde; 80% destas solicitações de informação e reclamações diziam respeito a operadoras de planos e seguros saúde.⁸⁹

Atendimentos realizados por área, Procon/PR - 1999

Área	n.º atendimentos	%
Serviços	22.718	31,15%
Assuntos financeiros	15.599	21,40%
Produtos	12.386	16,97%
Habitação	8.034	11,00%
Saúde	4.216	5,77%
Consórcios	2.849	3,90%
Alimentos	595	0,80%
Extra Procon	6.590	9,01%
Total	72.987	100,00

Fonte: Procon-PR; <http://celepar.br/proconpr>

Dessas reclamações, a principal é relacionada aos contratos, seguida de questões informacionais sobre suas disposições e abrangências:

87 “As reclamações junto aos Procons têm origem, principalmente em consumidores de planos de saúde individuais. No caso de planos de pessoa jurídica, a atuação dos Procons é mais limitada, pois os contratos são estabelecidos, e as negociações realizadas, entre a pessoa jurídica – empresa empregadora – e a operadora de planos de saúde.” *Ibid.*, p.168.

88 Optou-se por abordar dados do Estado do Paraná, pois foi o único que apresentou maiores e mais sistematizadas informações sobre o setor de assistência suplementar à saúde.

89 in Defesa dos consumidores e regulação dos planos de saúde, p.171.

Escala dos cinco (5) motivos mais freqüentes, relativos a operadoras de planos e seguros de saúde, Procon/PR, 1997-1999

Problema	1997	1998	1999
Contrato (não cumprimento/rescisão)	(1.º) 980	(1.º) 1.097	(1.º) 1.320
Dúvida sobre cobrança	-	(4.º) 232	(2.º) 587
Reajuste	(2.º) 603	(3.º) 394	(3.º) 399
Prazo de carência	(3.º) 150	(2.º) 417	(4.º) 336
Substituição/alteração do plano	-	-	(5.º) 229
Danos causados ao consumidor	(4.º) 47	-	-
Recusa/mal atendimento	(5.º) 70	(5.º) 150	-
Total de atendimentos - operadoras*	2.138	2.653	3.383
Total de atendimentos - área da saúde	2.683	3.530	4.216
Total de atendimentos Procon-PR	60.093	67.362	72.987

*total de atendimentos referentes a operadoras de planos e seguros de saúde no ano

Fonte: Procon/PR, elaboração própria com base em dados disponíveis em <http://selegar.br/proconpr>

Assim, tendo em vista que os principais problemas decorrem de posse de informações assimétricas por parte dos consumidores contratantes de assistência suplementar à saúde, *e.g.*, dúvidas sobre peculiaridades sobre os contratos como cobrança, reajustes, ressarcimento de despesas e não pagamento de sinistros⁹⁰, pode uma ação de informação levada a efeito pelo Estado reduzir esse foco de problemas no âmbito geral da regulação, refletindo benesses ao mercado incumbido de regulação setorial.

Entretanto, ressalta-se, o monitoramento e a prestação das informações da regulação geral necessita da complementação e enriquecimento de conteúdo das estratégias e reflexões contextuais imanentes à regulação setorial. Refletindo sobre os dados colhidos junto à dinâmica do setor pelos órgãos de regulação geral, a ANS deve apreender o setor e traçar-lhe estratégias regulatórias acopladas a sua realidade. No próximo item veremos um pouco das características da regulação setorial de assistência suplementar à saúde explorando alguns de seus problemas e êxitos alcançados.

90 “Os motivos mais freqüentes de reclamações registradas, nos últimos cinco anos – seguindo, em parte, aqueles dos atendimentos – diziam respeito a contratos, dúvidas sobre cobrança, reajustes, ressarcimento de despesas e não-pagamento de sinistro. É interessante observar que preocupações quanto a prazos de carência não tiveram tradução em reclamações específicas. Talvez isso se deva à existência de regras claras, definidas pela Lei 9.656, que permitem a solução do problema por meio de simples esclarecimento. Outra possibilidade é o registro deste tipo de reclamação estar sendo feito sob outra rubrica, como aquela relativa aos contratos, abrangente em demasia.” *Ibid.*, p.172.

5.4. Assistência suplementar à saúde (regulação setorial):

A atividade de saúde é um setor produtivo responsável pela geração e pela circulação de valores tão expressivos quanto limitadamente conhecidos. A produção de informações detalhadas sobre a estrutura, a distribuição e a evolução destes valores é fundamental para a tomada de decisões, a formulação e o acompanhamento de políticas públicas no setor.

Estas informações assumem um caráter ainda mais relevante em situações de restrição de recursos – como nos países menos desenvolvidos e, em particular, no Brasil –, quando as mesmas podem ser imprescindíveis à melhoria da gestão e da regulação estatal do setor de assistência suplementar à saúde.

George Edward Kornis (Economista, Professor Adjunto do Instituto de Medicina Social da UERJ) e Rosângela Caetano (Médica, Pesquisadora Associada do Instituto de Medicina Social da UERJ), nos ensinam que:

“A expansão e o impacto das recentes iniciativas do governo, no sentido de regulamentar o segmento de assistência médica suplementar – desencadeadas a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.656/98, e das várias medidas provisórias e resoluções subseqüentes – tornam imperiosa a necessidade de se ampliarem os conhecimentos sobre a estrutura produtiva e sobre a dinâmica desse segmento. Assim será possível subsidiar as iniciativas, do Ministério da Saúde, de acompanhamento e regulação das instituições a atuarem nesse campo da assistência.”⁹¹

A razão para cautela do Estado com relação ao desenvolvimento de sistemas de acompanhamento e regulação do funcionamento das entidades de assistência médica privada no Brasil, além de atender a uma determinação legal, disposta na Lei Orgânica da Saúde (Lei 8080 de 19 de setembro de 1990), está diretamente relacionada com o peso dos gastos relativos aos cuidados de saúde no orçamento das famílias brasileiras. Isto é, antes de tudo, representa uma questão de economia popular, protegida constitucionalmente.

Segundo a última Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF) realizada no Brasil (IBGE, 1999), o gasto médio mensal das famílias, com "assis-

91 in Dimensão e estrutura da assistência médica suplementar no Brasil, p.35/36.

tência à saúde"⁹² representou, no período de outubro de 1995 a setembro de 1996, 6,5% do total dos gastos, conforme exposto na Tabela, abaixo:

GASTO MÉDIO MENSAL DAS FAMÍLIAS BRASILEIRAS (%)											
Classes de rendimento mensal (salário mínimo)											
Tipos de Despesa	Total	Até 2	Mais de 2 a 3	Mais de 3 a 5	Mais de 5 a 6	Mais de 6 a 8	Mais de 8 a 10	Mais de 10 a 15	Mais de 15 a 20	Mais de 20 a 30	Mais de 30
Desembolso global	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	99,99	99,99
Despesas correntes	81,26	95,05	92,90	91,56	91,25	88,32	86,67	85,17	84,28	80,19	74,58
Despesas de consumo	71,14	93,07	89,95	87,58	85,45	82,29	80,18	78,09	76,60	71,40	59,59
Alimentação	16,61	32,29	33,39	29,48	26,07	24,34	21,86	18,9	16,2	16,23	10,26
Habituação	20,51	25,64	23,73	24,19	24,78	22,96	22,58	22,69	20,2	19,92	17,8
Vestuário	4,7	5,27	5,48	5,73	5,84	5,66	5,72	5,7	5,29	4,25	3,83
Transporte	9,81	8,85	9,29	10,65	10,15	10,73	10,41	10,53	11,19	10,25	8,85
Higiene e cuidados pessoais	1,35	1,94	1,88	2,04	2,2	1,91	1,77	1,58	1,35	1,48	0,89
Assistência à Saúde	6,5	9,59	7,29	6,65	6,54	6,57	7,04	6,84	7,55	9,76	5,8
Educação	3,46	1,38	1,51	1,75	2,25	2,05	2,25	3,19	4,06	4,56	3,95
Recreação e cultura	2,51	1,49	1,21	1,64	2,13	2,34	2,36	2,72	2,89	2,54	2,66
Fumo	1	2,81	2,53	2,1	1,72	1,84	1,79	1,2	1,16	0,68	0,41
Serviços Pessoais	1,16	1,06	1,27	1,12	1,11	1,22	1,25	1,28	1,39	1,13	1,07

92 Nos grandes grupos de despesa de consumo, publicados pela POF, para o conjunto da população, os gastos com saúde só foram suplantados pelos gastos das famílias com "alimentação" (16,61%), "habitação" (20,51%), "transporte" (9,81%) e "outras despesas correntes" (10,12%). Assim, os gastos das famílias brasileiras com cuidados de saúde superam as despesas com vestuário (4,7%), higiene e cuidados pessoais (1,35%), educação (3,46%), recreação e cultura (2,51%), fumo (1%), serviços pessoais de beleza (1,16%) e despesas diversas (3,51%).

Despesas diversas	3,51	2,24	2,37	2,24	2,66	2,66	3,14	3,46	3,32	3,6	4,07
Outras despesas concorrentes	10,12	1,98	2,95	3,98	5,8	6,03	6,49	7,08	7,68	8,79	15
Aumento do ativo	16,92	4,47	6,15	7,6	8,22	10,63	12,31	12,87	14,1	17,89	23,05
Diminuição do passivo	1,82	0,48	0,95	0,84	0,53	1,05	1,03	1,96	1,62	1,91	2,36

Fonte: IBGE. Diretoria de Pesquisa, Departamento de Índice de Preços. Pesquisas de Orçamento Familiares: 1995-1996.

Obs.: Os itens classificados como gastos com "assistência à saúde" incluem tanto as despesas com pagamento de planos de saúde (1,89%) quanto aquelas com medicamentos (1,89%), tratamento dentário (0,97%), consulta médica (0,26%), hospitalização (0,16%), óculos e lentes (0,17%) e outras (1,18%).

Para George E. Kornis e Rosângela Caetano, um conhecimento minucioso, e uma mensuração criteriosa das relações e dos fluxos monetários afeitos ao segmento da assistência médica suplementar são necessários para o Estado poder melhor acompanhar e regular as atividades e o funcionamento desse "subsetor".⁹³ O que, em outras palavras, pode ser expresso por um equilíbrio de informações por parte das Autoridades com vistas a compreender de modo a empregar-lhe mecanismos efetivos de regulação.

Dessa forma, antes de vislumbrar estabelecer metas estratégicas ao setor, deve o Estado decodificar sua realidade, valendo-se para tanto de mecanismos de equilíbrio de informação. Concebem-se assim dois passos à consecução da regulação neste setor, quais sejam: (a) a decodificação e compreensão do setor pelo Estado, e (b) o estabelecimento de estratégias regulatórias para sanar a assimetria de informações entre as firmas e os consumidores do setor.

"A eficácia dos mecanismos de regulação depende, em primeiro lugar, do conhecimento do próprio objeto a ser regulado. *No caso brasileiro, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) – criada através da Medida Provisória nº 1928, de 25/11/1999, para re-*

93 In Dimensão e estrutura (...), p.35/36.

gulamentar a atuação dos planos de saúde – defronta-se com uma limitação que somente poderá ser superada ao longo dos próximos anos.

(...)

Esta limitação – a falta de informações públicas, coerentes e comparáveis, sobre o volume de recursos financeiros que as empresas sob a jurisdição da ANS movimentam, anualmente – impede que se conheça, com clareza, o peso do segmento de saúde suplementar na economia brasileira. Essa realidade patente quando se observa que o Sistema de Contas Nacionais, elaborado pelo IBGE agrega o setor de saúde mercantil ao de educação mercantil e, assim, inviabiliza mensurações, em separado, de cada um desses setores e, ainda mais, dos segmentos que os compõem (IBGE, 1997a, 1997b, 1998, 1999a e 1999b).”⁹⁴ (destacamos).

Para o conhecimento do objeto regulado e também para o teste de efetividade de aplicação das medidas regulatórias, propõe-se o estabelecimento/otimização de alguns mecanismos como: (i) Sistema de Contas Nacionais (SNC) para a área da saúde⁹⁵; (ii) Sistema de Coleta de Informações das diversas possíveis fontes (oficiais e não-oficiais) de informação do setor⁹⁶; (iii)

94 George E. Kornis e Rosângela Caetano, in Dimensão e Estrutura da Assistência Médica Suplementar no Brasil, p.45.

95 “A elaboração de Contas Nacionais para a área de Saúde é uma forma privilegiada de obtenção de informações sobre esse subsetor. Isto porque as Contas Nacionais permitem conhecer as dimensões macroeconômicas do sistema de saúde bem como a de seus vários subcomponentes, como é o caso da assistência médica suplementar. E fornecem uma visão geral tanto sobre a origem e o volume dos fluxos financeiros relacionados com as atividades de saúde, quanto sobre o destino e o uso detalhado dos recursos. Além disso, informam sobre os fluxos dos recursos financeiros no setor.

Essa metodologia possibilita, ainda, a identificação de um conjunto de lacunas de informações necessárias ao acompanhamento da evolução econômica do subsetor, ao longo dos anos. E a superação dessas lacunas poderá contribuir para o aperfeiçoamento e a harmonização do sistema estatístico do país e para a produção regular das informações essenciais ao acompanhamento e à regulação da assistência médica suplementar, no Brasil.” In Dimensão e estrutura econômica da assistência médica suplementar à saúde, p.36/38.

96 “As principais fontes de dados e informações sobre o subsetor são: (1) informações oferecidas pelas entidades representativas das diferentes modalidades deste tipo

mecanismos legais de prestação de informações pelos agentes econômicos do setor⁹⁷; (iv) procedimentos participativos de interface entre regulação geral e setorial para coleta de dados e equilíbrio de informações⁹⁸.

de assistência (ABRAMGE; CONAMGE; SINAMGE; UNIMED do Brasil; FENASEG; ABRASPE; CIEFAS); (2) dados do Ministério da Saúde (DATASUS; Departamento de Medicina Suplementar; Agência Nacional de Saúde Suplementar); (3) dados do Ministério da Fazenda (Superintendência de Seguros Privados/SUSEP); (4) dados do IBGE (Assistência Médico-Sanitária; Pesquisa Nacional por Amostra Domiciliar/PNAD; Pesquisa de Orçamento Familiar/POF; Índice de Preços ao Consumidor Ampliado/IPCA; Sistema de Contas Nacionais; Contas Regionais do Brasil; Matrizes de Insumo-Produto); (5) Conselho Nacional de Saúde; (6) Conselho Federal de Medicina (CFM); (7) Federação Nacional dos Médicos; (8) Conferência Nacional de Saúde; (8) Federação Nacional de Estabelecimentos e Serviços de Saúde; (9) Federação Brasileira de Hospitais (FBH); e, (10) Associação Médica Brasileira (AMB).

Os dados dessas fontes estão dispersos e apresentam discrepâncias significativas, para um mesmo ano; esse fato, aliado à inexistência de dados das mesmas fontes, para todos os anos, torna muito difícil comparar as informações. Os dados oriundos de fontes oficiais – como os dos Ministérios da Saúde, da Fazenda e do IBGE (PNAD – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) – são relativamente limitados, tanto em quantidade como em abrangência de conteúdo, pouco sistematizados e apresentam, ainda, descontinuidades temporais.

A maioria das informações é produzida pelas empresas a integrarem o mercado, seja por meio de suas entidades representativas, seja através de firmas privadas de consultoria, contratadas pelas operadoras de planos e seguros. É difícil confrontar estes dados e informações com os de outras fontes, e isso lhes reduz a confiabilidade. Do mesmo modo que nas fontes oficiais, identificam-se tanto divergências entre os dados das várias entidades, quanto a lacunas e descontinuidades, a restringirem a possibilidade de construção de séries temporais, necessárias à elaboração de análises menos limitadas.” In *Dimensões e estrutura (...)*, p.47.

97 A Lei 9.656/98, que regulamenta os planos e seguros privados de assistência à saúde – já alterada, de acordo com os artigos da Medida Provisória n.º 1908-16, de 28 de julho de 1999 de 1999, representou um importante passo para delimitar o âmbito do plano de saúde como o da prestação continuada de serviços com a finalidade de garantir, sem restrições financeiras, assistência médica às famílias (Lei 9.656, Art. 11).

O artigo 8º da Lei 9.656 em seu inciso VI, impõe aos planos de saúde a obrigação de constituírem reservas técnicas para atuarem no ramo. “Esse fator vem permitindo a criação, pela ANS, de um sistema de informações econômico-financeiras sobre a assistência médica suplementar, sistema capaz de subsidiar essa Agência em seu processo de regulação e monitoramento. O mesmo Art. 8º da Lei 9.656 também contribui para a padronização das informações sobre o segmento, ao exigir, nos incisos I,

II, III, IV e V, que todas as operadoras tenham uma rede credenciada de hospitais e médicos; tal exigência não era feita às empresas de seguro até a edição dessa Lei. Assim, as operadoras (seguradoras e medicina de grupo, principalmente) passarão a atuar da mesma forma, isto é, como administradoras de planos de saúde.” (in Dimensão e estrutura ..., p.48/49).

A Lei n.º 9.656/98 ressalta a importância da participação do setor de assistência suplementar no saneamento do sistema de saúde nacional. Nesta seção, estão relacionados os artigos 19, 20 e 32 da Lei n.º 9.656/98, que tratam das informações a serem fornecidas ao órgão regulador e do ressarcimento das operadoras de planos de saúde ao SUS, como forma de contribuição para a equidade do sistema e para a melhoria da gestão dos recursos assistências.

98 “Câmaras setoriais e conselhos consultivos - A proposta é reunir, periodicamente, representantes das diferentes categorias de interessados em um campo de política pública, com o intuito de discutir premissas, agendas e resultados. As grandes vantagens dessa prática são a constituição de um espaço de encontro entre os diferentes agentes do processo, a criação da possibilidade de uma maior negociação de agendas e a construção de convergência de interesses, especialmente na periferia informal do mercado. Um problema dessa forma de participação é o pouco tempo para a reunião formal, que leva os assuntos a serem discutidos de forma superficial e as reuniões a se tornarem enfadonhas, e assim desestimula a participação dos agentes titulares. Outra limitação se relaciona à seleção das categorias de investidores (stakeholders) e de seus representantes. Assim, o aproveitamento será tanto melhor quanto maior for o cuidado na formação de agendas e pautas, e mais cuidadosa a seleção dos participantes. Recomenda-se, sempre, reservar espaços para entendimentos fora da pauta formal.

Ouvidoria - Processos de ouvidoria, através de balcões e de diversas mídias, apresentam grande capilaridade, e permitem maior inclusão do público, e têm muita relevância para a ANS. O desafio maior da Ouvidoria consiste no tratamento sistemático das críticas e contribuições, de modo a torná-las conseqüentes. É recomendável apresentar-se, publicamente, o resultado dessas contribuições, como um meio de se fomentar a participação.

Fóruns virtuais de discussão - São uma imagem invertida dos fóruns reais, apreciados anteriormente. Ainda que não ofereçam a oportunidade do encontro e da articulação informais, são vantajosos para a construção e a captação de contribuições, dos pontos de vista técnico ou político. Por serem ilimitados no tempo, alcançam públicos mais amplos do que os das câmaras e conselhos. São mais efetivos quando informados por relatórios de desempenho e análises de custo e benefício, produzidos pelas agências, pelos entes regulados e por outros investidores mais diretamente envolvidos nos fóruns de deliberação e nos processos presenciais de discussão. Em alguns países, a produção de relatórios de auto-avaliação, e a apresentação dos mesmos para discussão, constitui obrigação legal das agências. Os investidores podem ser incentivados a produzir relatórios e, em algumas situações, os entes sob regulação serem obrigados a

Através do caminho da coleta e sistematização de informações, em primeiro plano pelo Estado, busca-se definir corretamente o setor de assistência suplementar à saúde bem como suas fronteiras e áreas voltadas a ser atendidas ora pela regulação geral e ora pela regulação setorial ou, de forma concorrente/concomitante, pelas duas modalidades de regulação.

“No Brasil, o segmento da assistência médica suplementar compreende um conjunto de receitas e despesas de agentes – públicos e privados –, cuja natureza é complexa e heterogênea. O setor envolve interesses contraditórios e alcança valores monetários cuja magnitude é difícil avaliar, principalmente porque as informações existentes são, em geral, incompletas.

(...)

Uma melhor compreensão da complexidade e da heterogeneidade desses interesses pode resultar do detalhamento das várias modalidades assistenciais a constituírem esse segmento de saúde.

(...)

*A impossibilidade de identificar, no interior do agregado, o peso específico da saúde mercantil não permite que as informações sobre o setor saúde, fornecidas pelas Contas Nacionais, provejam os meios para se dimensionar o subsetor da assistência médica suplementar do Brasil. **Assim, o levantamento das fontes de dados oficiais e não-oficiais sobre o subsetor reveste-se de grande importância, dada a escassez de informações – em termos quantitativos e qualitativos – sobre este segmento da assistência, no país.**”⁹⁹ (destacamos).*

declarar o impacto da regulação sobre seus negócios, e a fornecer outras informações pertinentes á mesma. Os fóruns virtuais podem ser de acesso irrestrito, ou reservados a determinados públicos.” In Em busca de um sistema de controle e avaliação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, p.149.

99 George E. Kornis e Rosângela Caetano, In Dimensões e estrutura (...), p.41/47; “Em síntese, pode-se afirmar serem dispersas as informações estatísticas existentes no Brasil sobre esse segmento, há discrepâncias entre as fontes e, conseqüentemente, baixa comparabilidade. Por um lado, isto reclama um esforço consistente de organização e produção de informações e, por outro, determina a necessidade de adaptações e desenvolvimentos metodológicos para o tratamento das informações que existem.”, p.48. Ver, no mesmo sentido, Lígia Bahia e Ana Luiza Vianna (p.9 e ss.); Nilson do

No plano das relações entre consumidores e firmas, ultrapassada a fase inicial de conhecimentos gerais do objeto a ser regulado, a atuação do regulador setorial se assemelharia aos mecanismos de mercado de equilíbrio de informação, articulando os papéis de (i) “*Broker*”; (ii) elaborador e *veiculador de publicidade e propaganda* relativas ao setor e suas peculiaridades; (iii) *sinalizador de credibilidade e qualidade*, v.g., publicando cadastro nacional atualizado das firmas de planos de saúde, para que o consumidor exerça seu direito de escolher o plano suplementar de assistência à saúde que apresente menos riscos e maior credibilidade. Exercendo também o papel de mediador de conflitos entre firmas e consumidores e de educador/fiscalizador geral do setor.

A complexidade do setor de assistência suplementar à saúde reclama novas estratégias de regulação e controle, que precisam estar fundadas em conhecimentos mais sólidos sobre os diversos atores que interagem nesse segmento. Em nosso país, isto se constitui em desafio de grande envergadura.¹⁰⁰

Segundo afirmam Nilson do Rosário Costa (Departamento de Planejamento da ENSP/FIOCRUZ), José Mendes Ribeiro (Departamento de Planejamento da ENSP/FIOCRUZ), Pedro Luís Barros Silva (Instituto de Economia/UNICAMP), Marcos André de Melo (Departamento de Ciências Políticas/UFPe) o desenvolvimento institucional da ANS requer elevados investimentos, para se corrigirem as falhas observadas no setor de seguro de saúde brasileiro¹⁰¹. E a pouca experiência internacional de regulação de mercados pulverizados, e a acentuada assimetria de informação e baixa mobilidade de escolha dos consumidores, como se dá no Brasil, dificultam aprendizagem da regulação desse mercado.

Há, por exemplo, sérias falhas quanto ao nível de informação e entendimento do consumidor: não existe consenso sobre o que seria a conduta responsável dos planos e, com frequência só há cobertura à população de baixo risco (Banco Mundial, 1995).

Rosário Costa (Departamento de Planejamento da ENSP/FIOCRUZ), José Mendes Ribeiro (Departamento de Planejamento da ENSP/FIOCRUZ), Pedro Luís Barros Silva (Instituto de Economia/UNICAMP), Marcos André de Melo (Departamento de Ciências Políticas/UFPe) (140).

100 Ibid., p.125.

101 Apesar de terem utilizado o termo seguro de saúde, acreditamos que os autores se referiam ao setor de assistência suplementar à saúde, de maneira geral.

Essa reação, advinda de um processo de **seleção adversa**, leva as seguradoras a oferecer serviços à população de baixo risco (essencialmente de inadimplência, e as vezes de sinistralidade) e deixa as clientelas de alto risco sem cobertura, ou dependentes do Sistema Único de Saúde. O mesmo se aplica aos segurados que sofrem de enfermidades de alto custo, ou crônicas - como as doenças mentais - a descoberto na maioria dos planos (Bahia, 1999).

“A correção das falhas de mercado, e das condutas oportunistas [risco moral], é legitimada pela falha das modalidades auto-reguladoras, através das quais as próprias empresas, ou associações de empresas, poderiam estabelecer padrões e acompanhar o desempenho. Na ausência dessa atividade auto-reguladora, as intervenções da agência reguladora têm sido orientadas para garantir o cumprimento dos contratos, a equidade nas condições de cobertura e alguma qualidade nos padrões de atenção.

A criação da ANS representa o princípio de estabelecimento de jurisprudência reguladora da medicina de pré-pagamento, das cooperativas médicas e dos planos de empresas. Antes, planos de seguro de saúde eram objeto da jurisdição da SUSEP (Superintendência de Seguros Privados). Apesar disso, em todos os segmentos persistiram as exclusões de segurados de alto risco e de tratamentos, ou diagnósticos, onerosos.”¹⁰² (destacamos).

Em sentido análogo e alertando para a questão da avaliação de desempenho das estratégias regulatórias, Anna Maria Campos (Professora Adjunta do Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro) e Dércio Santiago Jr. (Doutorando do Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro) lembram que a construção de sistemas de avaliação e controle deve ser uma meta e não um conjunto de ações a ser imposto.

“O desafio da ANS é desenvolver a capacidade de aprender com a necessidade, e, assim, é fundamental criar espaços de aprendizagem ao longo do processo. Seria aconselhável iniciar o processo com versões simples de mecanismos das diversas categorias, ao invés de se desenvolver, de imediato, sistemas de grande complexidade.”¹⁰³

102 In As agencies de regulação independentes, p.140

103 in Em busca de um sistema de controle e avaliação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, p.152.

Com muita propriedade, esses mesmos autores lembram que a atividade do regulador setorial estará sujeita a pressões desiguais dos diferentes grupos de interesse envolvidos no processo de regulação, razão pela qual deve estar apto a exercer o papel de mediador na apreensão dos “*feed backs*” e no atendimento das demandas de interesse.

“A tarefa de avaliação atrairá, sempre, a atenção de grupos de interesse. E esses grupos tentarão influenciar a escolha dos métodos de avaliação, no sentido de se atenderem suas conveniências particulares. A existência de interesses inconciliáveis torna delicada a avaliação das ações e do impacto da Agência. Para contrapor-se à tendência da avaliação vir a ser influenciada por grupos de interesse melhor organizados e com maior acesso à Agência, recomenda-se a criação de espaços para garantir-se o acesso de interesses insuficientemente organizados ou representados. A capacidade técnica da agência reguladora para lidar com as pressões dos grupos de interesse é indispensável mas não insuficiente; para tanto é preciso haver, ainda, capacidade de negociação (entre interesses representados) e de advocacia (de interesses não-representados).”¹⁰⁴

Lígia Bahia (Professora Adjunta do Núcleo de Estudos de Saúde Coletiva/UFRJ) e Ana Luiza Viana (Professora Adjunta do IMS/EURJ), por seu turno, estabelecem em termos gerais os principais objetivos a serem atingidos no setor de assistência suplementar à saúde, dado que nos auxilia a entender o cerne da questão da assimetria de informação presente na relação entre firmas e consumidores no setor de assistência suplementar à saúde.

“Em termos gerais, a regulamentação visava corrigir e atenuar as falhas do mercado, como a assimetria de informações entre clientes, operadoras e provedores de serviços e a seleção de riscos. A seleção dava-se da parte das empresas de planos – que preferem oferecer cobertura para os riscos menores - e, por parte de clientes, - que tendem a adquirir seguros e planos em razão de já apresentarem um problema (seleção adversa) e a consumir mais serviços em função das coberturas dos planos (risco moral ou moral hazard).”¹⁰⁵

104 Ibid., mesma p.

105 in Regulação e Saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar, p.13.

Maria Angélica Fonseca de Mesquita (Gerente de Pesquisa da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos da ANS e ex-Coordenadora Geral de Regulação de Planos de Saúde do Departamento de Saúde Suplementar - DESAS/SAS/ Ministério da Saúde) e as consultoras da ANS Flávia Maria Daou Lindoso da Fonseca, Flávia Costa Figueiredo e Rosemaire Aparecida Silva, tratando da assimetria de informação presente na relação entre Estado e consumidores, acreditam que o desconhecimento da situação de saúde da população assistida pelas operadoras agrava ainda mais a situação. Há pouquíssima, ou quase nenhuma, informação, seja no âmbito público ou privado, sobre o perfil epidemiológico e o atendimento prestado aos consumidores de planos de saúde.

Para elas, a despeito do inegável esforço despendido pelo Ministério da Saúde - no sentido de criar e de modernizar sistemas de informações adequados ao controle da gestão e à organização dos recursos públicos - ainda são muitas as carências. E grandes as dificuldades de se obter dados, notadamente quando as fontes são empresas privadas.

“Em algumas cidades do Brasil, a população vinculada a planos de saúde já é maioria. Em todo o País, o segmento suplementar e privado de assistência é responsável pela saúde de aproximadamente 30 milhões de pessoas à margem do controle de gestores municipais e estaduais de saúde.

A equidade do sistema público fica comprometida não só pela desordem na destinação de recursos e pela escassez de informações, como pelas irregularidades e pela baixa integração dos sistemas público e privado. A solução para a ineficiência resultante depende pouco da ação assistencial de provedores e gestores e mais das políticas integradoras de organização dos sistemas público e privado, em cada município, que vierem a ser estabelecidas e implementadas.”¹⁰⁶ (destacamos).

Visto estes pontos, podemos concluir que o setor de assistência suplementar à saúde está repleto de assimetrias de informação, dado que nos permite inferir que um dos principais problemas do setor advém do desequilíbrio informacional remanescente entre seus agentes e, o que é pior, envolvendo o Estado como parte detentora de informações assimétricas para com a realidade do setor. Tal asserção ganha força com o argumento (baseado nas

106 in A regulação da assistência suplementar à saúde: legislação e contexto institucional, p.85.

principais reclamações/demandas por informação de consumidores e constatações de estudiosos do setor) de que com o simples estabelecimento de equilíbrio de informação entre, em primeiro lugar, Estado e o setor, e logo depois, entre consumidores e firmas, vislumbrar-se-á bons níveis de equilíbrio a dado mercado.

Contudo, em que pese ser simples a metodologia que procurou ser explorada neste trecho do presente trabalho, representada pela seqüência de atos 1 - [conhecimento do objeto]; 2 - [elaboração de estratégias]; 3 - [aplicação das estratégias]; 4 - [teste de efetividade]; 5 - [reflexão sobre os resultados]; e 6 - [calibragem das estratégias], o Estado, agindo com metodologia diversa e desvestida da devida reflexão, acabou por despender quantias consideráveis do Erário e colher poucos resultados que refletiram soluções efetivas aos problemas do setor. Com base nessa constatação, passaremos a abordar brevemente algumas das falhas do Estado em regular o setor de assistência suplementar à saúde.

5.4.1 O problema dos custos para regular:

Como aventado em alguns pontos nos capítulos anteriores (3 e 4), na escolha da estratégia regulatória, bem como do mecanismo a ser adotado pelo Estado para regular dado setor da economia, o governo deve sopesar os custos e retornos de sua empreitada, de modo a impedir que o custo da estratégia e mecanismos seja mais elevado que os benefícios almejados ao setor.

Lembrando novamente a lição do advogado norte-americano Posner¹⁰⁷, crítico ferrenho da intervenção regulatória estatal, um dos principais elementos que encarecem a atividade regulatória é o problema de informação, precisamente, a assimetria de informação presente na relação entre o Regulador e as firmas e o funcionamento do mercado a ser regulado. Isto ocorre em setores revestidos de redes dinâmicas e complexas de funcionamento, bem como de arranjo complexo de seus agentes, como é o caso do setor de assistência suplementar à saúde no Brasil.

Em setores como este, os governos normalmente desconhecem as peculiaridades da dinâmica do mercado, bem como as informações sobre estrutura de custos e ganhos por parte das firmas fixadas no mercado e, sobretu-

107 “This is primarily because of information and incentive problems of regulators and because of efforts by the regulated firms to neutralize regulation or to bend it to their advantage.” In *Natural Monopoly and its Regulation*, p.7. (destacamos).

do, a qualidade de seus produtos e serviços. Infelizmente, mesmo estando aquém do grau mínimo de conhecimento do setor para estabelecer uma estratégia regulatória efetiva, os governos acabam por expedir normas gerais e diretrizes regulatórias distantes dos problemas reais do setor, despendendo recursos em excesso e colhendo poucos resultados. Como consequência, os consumidores acabam por ter de arcar com a ineficácia regulatória, perdendo em termos de custo, qualidade, segurança e salubridade.

Nestes casos, conforme as palavras de Posner trazidas no capítulo 3, as “falhas regulatórias”, acabam por se tornar mais sérias que as próprias “falhas de mercado” que a regulação deveria supostamente corrigir.

Na seqüência, devido principalmente à assimetria de informação presente na relação do Estado com a dinâmica e os entes integrantes do setor (firmas e consumidores), fixaram-se premissas equivocadas ao início do processo de regulação no Brasil. Isto ficou aparente em vários momentos do processo regulatório implantado no setor de assistência suplementar à saúde, v.g., na Lei n.º. 9.656/98, que introduziu o conceito legal de *plano de assistência suplementar à saúde*, posteriormente redefinido como *plano privado de assistência à saúde*.

Artigo 1.º - Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

I – Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto do prestador, por conta e ordem do consumidor;

*II – Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou **entidade de autogestão**, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo;*

Através dessa definição, a Lei, provavelmente partiu da premissa do *produto/serviço* comercializado para então englobar todas as pessoas jurídicas a ele relacionadas enquanto prestadoras. Entretanto, esse modelo operacional adotado pela agência não levou em consideração peculiaridades presentes no contexto do setor, sobretudo na questão das realidades distintas das prestadoras de assistência complementar à saúde, *e.g.*, as autogestões em saúde, modalidade institucional de prestação de serviços de assistência complementar à saúde.

As autogestões em saúde são regidas por estatutos e não possuem fins lucrativos, representando, na grande maioria dos casos, entidades criadas por grupos de funcionários de empresas ou associações da sociedade civil. Ao contrário dos demais planos de assistência complementar à saúde, as autogestões são, em regra, patrocinadas pelas empresas, voltando-se exclusivamente a oferecer cobertura aos seus empregados e familiares.

Acreditamos que a estratégia regulatória adotada no setor assistência complementar à saúde, sobretudo no caso das autogestões em saúde, pode ser representada por uma assimetria de informação presente na relação entre o Estado e o setor de assistência complementar à saúde. cremos que uma falha na decodificação do setor tenha sido responsável pelo estabelecimento desta premissa, o que resultou na adoção de uma estratégia regulatória despida de efetividade, principalmente para com as autogestões em saúde, englobadas no regime dos *planos privados de assistência complementar à saúde*.

Outra ação que pode ser encarada como uma “falha” no processo de decodificação e aprendizagem do setor que provavelmente adveio da assimetria de informações do Estado para com os agentes do setor, especificamente com relação às seguradoras:

“A lei de planos de saúde foi alterada para retirada de qualquer menção a seguradoras ou seguros. Porém, por operarem, na prática, produto semelhante às demais operadoras, apesar de seguirem normas próprias, inclusive diferentes do que prevê o Decreto-Lei n.º 73/66, as seguradoras foram forçadas a constituir outra empresa não-seguradora, a fim de poderem atuar como operadoras de planos de saúde. Recentemente, a Lei n.º 10.185, de 12 de fevereiro de 2001, permitiu às sociedades seguradoras operar planos segundo a Lei n.º 9.656/98, desde que se constituam como seguradoras especializadas nesse produto; a atuação em quaisquer outros ramos ou

modalidades de seguros é vedada, e as seguradoras ficam submetidas à regulação do CONSU e da ANS.”¹⁰⁸ (destacamos).

Essa exigência aplicada às seguradoras acabou por reforçar o efeito de seleção adversa e transferência de risco e custo aos consumidores. Felizmente, a diretriz foi alterada, conferindo maior efetividade, em termos econômicos, à regulação do setor.

Em situação análoga, podemos observar outro exemplo de “falha regulatória” representado pela omissão da legislação específica quanto a dois importantes aspectos dos planos de empresas (modalidade de assistência suplementar à saúde), de acordo com os dizeres de Lígia Bahia, Aloísio Teixeira e Maria Lúcia T. Werneck Vianna:

“A legislação não faz referência a dois importantes aspectos dos planos de empresas: a elegibilidade de dependentes (arbitrada diretamente pela empresa empregadora) e os subsídios tributários envolvidos com o financiamento desses planos. A existência de subsídios cruzados neste segmento, isto é, de pessoas com mais de um plano de saúde (titular de um plano empresarial e dependente, como cônjuge, de outro, ou dependente de mais um plano, na condição de filho, de pai e de mãe, vinculados a planos de empresas), tem que ser considerada no processo de aperfeiçoamento das normas legais.”¹⁰⁹ (destacamos).

Assimetrias de informação de difícil transposição que acarretem falhas ao processo regulatório, por outro lado, podem ser representadas por conseqüências do descuido passado das autoridades, cujos efeitos afloraram na realidade presente do setor. Isto ocorre na assistência suplementar à saúde, pois jamais recebera cuidado específico do Estado brasileiro, tal como notamos nas palavras de George Edward Kornis e Rosângela Caetano:

“A insuficiência de informações deriva, em grande parte, da legislação em vigor até recentemente, que permitia que as empresas atuassem sem um controle coordenado, além de considerar muitas das

108 Maria Angélica Fonseca de Mesquita e outras, In a regulação da assistência suplementar à saúde (...), p.89.

109 in Nota sobre a regulação dos planos de saúde de empresas, no Brasil, p.30.

mesmas entidades filantrópicas e, portanto, livres de controles fiscais e administrativos.”¹¹⁰

O estabelecimento de metas intransponíveis, em termos econômicos, por parte dos agentes do setor representa outra “falha regulatória”, ocasionada pela posse de informações assimétricas por parte do Estado, notada no setor ora em comento, a saber:

“Uma avaliação dos obstáculos para o cumprimento dos preceitos legais ajuda a elucidar a relativa imunidade, à intervenção governamental, das regras a organizarem o mercado de assistência suplementar. O Ministério da Saúde, por exemplo, viu-se pressionado por grandes seguradoras e por entidades de defesa do consumidor, e as isentou de adaptar os contratos antigos à necessidade de ampliação das coberturas, prevista pela legislação (Medida Provisória 1908-17).”¹¹¹ (destacamos).

Utilizado, um pouco mais, das palavras de Lígia Bahia, em sua abordagem do setor, vemos que:

“Por enquanto, a divisão de responsabilidades, pelos riscos da assistência à saúde entre Estado e mercado resulta num quadro de iniquidades mais grave do que haveria se a aporte sociedade não destinasse recursos aos planos de saúde. A carga de riscos de despesas com saúde das famílias de clientes cobertos por planos empresariais, do tipo executivo, não-contributivo, é totalmente voltada para fora, enquanto são vultosas as despesas dos clientes de planos básicos, contributivos, especialmente os que prevêem o copagamento do consumo dos serviços. Apesar disso, a divisão do sistema entre público e privado continua a basear-se no critério que distingue os clientes entre pagantes e não-pagantes.”¹¹² (destacamos).

Em outras palavras, os efeitos nefastos da seleção adversa e do aproveitamento em termos de barganha (devido ao desequilíbrio de repertórios) das firmas em detrimento dos consumidores, ainda mantém elevado o nível de

110 in Dimensão e estrutura (...), p.48.

111 Lígia Bahia e outros, in Regulação e Saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar, p.14.

112 Ibid., p.17.

iniqüidade no setor, como também, mantém grande parte da demanda de consumidores da assistência excluída da cobertura.

Apesar destes exemplos relacionados a “falhas regulatórias”, a ANS tem sido afortunada na colheita de bons resultados de suas estratégias de regulação a pouco implantadas no país. Todavia, o caminho ainda é longo para se sanar a elevada assimetria de informação presente na relação dos consumidores dos planos de assistência suplementar à saúde (que em grande parte desconhecem a existência da própria ANS!) e, principalmente, do Estado para com as diversas realidades de firmas prestadoras, para efetivamente engendrar um regulação e monitorar o setor.

Num balanço final de custos e ganhos, não podemos afirmar que os ganhos tenham superado os gastos com o processo de regulação deste setor, o que nos leva à assertiva de Posner, em que a “falha regulatória” acaba por ser mais gravosa (e custosa) que as “falha nas estruturas do mercado” que se buscou regular.

6. Conclusão:

Como pudemos verificar ao longo deste trabalho, regulação econômica/social geral e setorial são intrinsecamente relacionadas, tendo em vista a consecução da eficiência econômica, expressa em termos de eficiência *produtiva, alocativa e distributiva*¹¹³, e de benesses para com a sociedade. Vimos também que o *equilíbrio de mercado* e o *bem-estar da sociedade* podem ser atingidos pelo estabelecimento de um regime de concorrência no mercado ou pelo estabelecimento de um regime de regulação setorial.

O regime de competição no mercado pode resultar, v.g., em qualidade, menor preço e inovação tecnológica, refletindo pura *eficiência econômica*

113 Para uns, eficiência alocativa: “a eficiência alocativa relaciona-se com a distribuição dos recursos na sociedade. (...), definição da Teoria Neoclássica (...), verificar se existe eficiência alocativa é simplesmente determinar se os recursos estão empregados naquelas atividades que os consumidores mais apreciam ou necessitam”, In Regulação da Atividade Econômica – princípios e fundamentos jurídicos, Calixto Salomão Filho, Malheiros, São Paulo, 2001, p.111. Para outros, eficiência distributiva “refere-se à capacidade de eliminação, por meio da concorrência ou de outro dispositivo, de rendas monopolísticas ou outros ganhos temporários por parte de agente individuais” Mário Possas e outros, in regulação da concorrência nos setores de infraestrutura no Brasil, p.5.

no/ao mercado. Resultando esta última em benefícios à sociedade, sobretudo ao consumidor, que desfrutará de bens mais baratos e revestidos de maior qualidade, sem contar na possibilidade de se inibir o controle de preços exercido por agente monopolista, por oligopólio ou tipo similar de concentração industrial, de modo a (i) obstar que se propaguem perdas de eficiência econômica e de bem-estar social; (ii) inibir a redução de qualidade e diversidade dos bens ofertados no mercado; (iii) manter o fluxo de inovação e desenvolvimento tecnológico no mercado, em busca do desenvolvimento de melhores produtos e serviços a menores preços.

Em síntese, temos que a estratégia antitruste volta-se a manter a função competitividade no mercado, para colher os diversos resultados acima citados. Contudo, esta fórmula nem sempre é suficiente, tornando inconsistente a equação [regime de competição = eficiência econômica = bem-estar sociedade]. Isto se dá nos casos de falhas nas estruturas de mercado.

Nestes casos, a eficiência econômica, ou equilíbrio do mercado, logo, o bem-estar da sociedade deverão ser atingidos pela utilização de estratégias regulatórias que levarão em conta o contexto e as peculiaridades de cada setor da economia.

Vimos ainda que, por vezes, mesmo em mercados competitivos, podem os fins sociais não ser atingíveis pelo estabelecimento de regimes de competição, situações em que a regulação assume a finalidade de objetivar conquistas sociais aos setores, que pela proporção de eficiência distributiva poderão atingir o desígnio de eficiência econômica para bem-estar social. Restará a equação [regulação social = eficiência distributiva = eficiência econômica = bem-estar social].

A regulação empregada no setor de assistência suplementar à saúde é um exemplo claro dessa modalidade de atuação estatal, pautada em objetivos sociais voltados ao estabelecimento da equidade nas relações de mercado.

Nesse panorama, o Direito, sobretudo por intermédio da atividade da administração pública, estabelecerá os procedimentos a serem adotados para a implantação dos processos regulatórios: (i) subsidiando a aplicação de tais estratégias; (ii) estabelecendo o procedimento e mecanismos de implantação, e (iii) servindo de limite ao grau de discricionariedade das autoridades para optar por uma ou outra modalidade estratégica - em termos de custos e ganhos (econômicos e sociais).

Entretanto, qual será o grau de um ou de outro modo de intervenção quando o mercado apresentar características que demandam as duas formas de atuação? (*i.e.*, a regulação setorial e a regulação geral, como é o caso dos mer-

cados com assimetria de informações – tal qual o de assistência suplementar à saúde).

Herbert Hovenkamp¹¹⁴ alerta que o princípio geral que norteia a dinâmica da regulação e sua interface com a defesa da concorrência e defesa do consumidor (regulação geral) é que quanto menor a interferência do Estado nos mercados, maior será o espaço para atuação, v.g., do sistema de defesa da concorrência. A intervenção antitruste é geralmente apropriada com respeito às decisões de mercado que (a) são imediatamente ou potencialmente anti-competitivas; e (b) são feitas de acordo com a discricção de agentes privados sem supervisão governamental.

Da mesma forma, alerta que a relação entre a regulação e a defesa da concorrência se torna problemática quando o regime regulatório opera com os mecanismos de (a) controle de preços; (b) restrições à entrada (ou atribuição de vantagens competitivas a firmas já estabelecidas em detrimento de novas ou potenciais firmas que vislumbrem fixar-se no setor); ou (c) requeira ou permita alguma prática que a lei de defesa da concorrência ordinariamente proíba.¹¹⁵

De modo interessante e acertado, o professor Floriano de Azevedo Marques Neto preceitua que “de uma maneira até certo ponto simplista, o principal bem jurídico tutelado numa e outra forma de regulação geral (consumidor e antitruste) acaba sendo o indivíduo, pois se os beneficiários imediatos da regulação antitruste, são os competidores de um dado segmento, de forma mediata a tutela da competição também tenderia a proteger o consumidor, principal prejudicado das práticas anticompetitivas”¹¹⁶.

Assim, cremos ser papel do Estado, valendo-se dos ditames da Constituição e das Leis específicas, optar pela melhor estratégia a ser engendrada, de modo a possibilitar um diálogo entre uma e outra forma de atuação, seja regulação geral ou de regulação setorial (econômica e social), posto que,

114 “To state a general principle, the less the regulatory regime interferes with the workings of the market, the more room for antitrust. Intervention under the antitrust laws is generally appropriate with respect to market decisions that (a) are actually or potentially anticompetitive; and (b) are made according to the discretion of private firms without effective agency supervision.”, In *Federal antitrust policy (...)*, p.649.

115 “The relationship between antitrust and regulation generally becomes problematic when the regulatory regime (a) controls price; (b) restricts entry (or gives incumbent firms an advantage over new or potential entrants); or (c) requires or permits some practice that antitrust law ordinarily prohibits.”, *Ibid.*, mesma p.

116 In *Regulação setorial e autoridade antitruste (...)*, p.6.

v.g., no caso da assimetria de informação, a atuação simplificada por apenas um viés operacional, poderá resultar na adoção de medidas com efetividade limitada, não abarcando a totalidade do problema e não atingindo o desígnio social da eficiência econômica.

No Brasil, como visto, há necessidade de atuação conjunta da regulação geral e regulação setorial no setor de assistência suplementar à saúde. Neste setor, vislumbra-se, numa visão imediata, proteger o consumidor, estabelecendo-se para tanto mecanismos de regulação pautados em critérios de ordem social. O equilíbrio de informação para o efetivo bem-estar dos consumidores, transparente, e.g., pelo real exercício de seu direito de escolha, é um dos objetivos almejados no processo de regulação do setor de assistência suplementar à saúde.

Creemos assim, finalizando, que a tarefa de *informar-se* (Estado) *para informar* (consumidores) *e regular* reveste-se de cidadania e se volta, precipuamente, a estabelecer maior equidade às relações de mercado no setor de assistência suplementar à saúde, como também, em setores que apresentem comportamento e/ou realidade correlatos.

7. Bibliografia:

AZEVEDO MARQUES NETO, FLORIANO, *A nova regulação estatal e as agências reguladoras independentes*, in *Direito Administrativo Econômico*, coordenado por CARLOS ARI SUNDFELD, Malheiros Editores, São Paulo, 2000.

_____, *Regulação setorial e autoridade antitruste – a importância da independência do regulador*, in *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*, Coordenado por CELSO FERNANDES CAMPILONGO, Editora Max Limonad, São Paulo, 2002.

BARKER, BILL; TRÉMOLET, SOPHIE, *Public Police for the Private Sector – Regulating Quality*, The World Bank Group Private Sector and Infrastructure Network, Note Number 221, October 2000.

BILAC PINTO, atualizado por ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO, *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*, 2ª Edição, Editora Forense, São Paulo, 2002.

CAMPILONGO, CELSO FERNANDES, *Voto vista proferido no Ato de Concentração n.º.08012.006762/2000-09, com requerentes Banco Finasa de*

Investimentos S.A., Brasmetal Indústria S.A. e Zurich Participações e Representações, apreciado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Brasília/DF, setembro de 2001.

DALLARI, DALMO DE ABREU, *Elementos de teoria geral do Estado*, Editora Saraiva, São Paulo, 1979.

DUBOIS, JEAN e outros, *Dicionário de Linguística*, Editora Cultrix, São Paulo, 1998.

DUPAS, GILBERTO, *Economia global e exclusão social – pobreza, emprego, Estado e o futuro do capitalismo*, Editora Paz e Terra, São Paulo, 1999.

FIANI, RONALDO, *Teoria da Regulação Econômica: estado atual e perspectivas futuras*, Texto publicado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – Instituto de Economia, disponível no site www.ufrj.br/ie.

FONSECA DE MESQUITA, MARIA ANGÉLICA, *A Regulação da assistência suplementar à saúde: legislação e contexto institucional*, in Coletânea do MINISTÉRIO DA SAÚDE e AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, *Regulação e saúde: estrutura e perspectivas da assistência médica suplementar*, ANS (série C. Projetos, Programas e Relatórios, n.76), Editora MS, Rio de Janeiro, 2002.

GALLO GARCIA, FÁBIO, *Verificação da existência de Assimetria de Informações no processo de emissão de ações no mercado brasileiro uma forma de medir a importância da Estrutura de Ativos da Empresa*, Tese de Doutorado, FGV-EAESP, São Paulo, 2002.

GIOVANELLA, LÍGIA; MENDES RIBEIRO, JOSÉ, ROSÁRIO COSTA, NILSON, *Defesa dos Consumidores e regulação dos planos de saúde*, in Coletânea do MINISTÉRIO DA SAÚDE e AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, *Regulação e saúde: estrutura e perspectivas da assistência médica suplementar*, ANS (série C. Projetos, Programas e Relatórios, n.76), Editora MS, Rio de Janeiro, 2002.

GRAU, EROS ROBERTO, *O direito posto e o direito pressuposto*, Malheiros Editores, 3ª. Ed., São Paulo 2000.

HOVENKAMP, HERBERT, *Federal Antitrust Policy – The law of competition and its practice*, Hornbook series, West Publishing CO., St. Paul, Min., 1994.

KORNIS, GEORGE EDWARD; CAETANO, ROSÂNGELA, *Dimensão e estrutura econômica da Assistência Médica Suplementar no Brasil*, in Coletânea do MINISTÉRIO DA SAÚDE e AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, *Regulação e saúde: estrutura e perspectivas da assistência*

médica suplementar, ANS (série C. Projetos, Programas e Relatórios, n.76), Editora MS, Rio de Janeiro, 2002.

LEOPOLDINO DA FONSECA, JOÃO BOSCO, *Lei de Proteção da Concorrência – Comentários à Legislação Antitruste*, 2ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2001.

MARIA CAMPOS, ANNA; SANTIAGO JR., DÉRCIO, *Em busca de um sistema de controle e avaliação da Agência Nacional de Saúde Suplementar*, in Coletânea do MINISTÉRIO DA SAÚDE e AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, *Regulação e saúde: estrutura e perspectivas da assistência médica suplementar*, ANS (série C. Projetos, Programas e Relatórios, n.76), Editora MS, Rio de Janeiro, 2002.

MOLAN GABAN, EDUARDO, *A Efetividade da norma jurídica, uma abordagem pragmática*, PUC-SP / FAPESP, Monografias Inéditas de Iniciação Científica, São Paulo, maio e dezembro de 2000.

POSNER, RICHARD A., *Natural Monopoly and its Regulation*, 30TH anniversary edition, CATO Institute, Washington D.C., 1999.

POSSAS, MÁRIO; PONDÉ, JOÃO LUIZ; FAGUNDES, JORGE, *Regulação da Concorrência nos setores de infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*, Texto publicado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – Instituto de Economia, disponível no site www.ufrj.br/ie.

ROSÁRIO DA COSTA, NILSON; MENDES RIBEIRO, JOSÉ; BARROS SILVA, PEDRO L.; MELO, MARCOS ANDRÉ DE, *As agências de regulação independentes*, in Coletânea do MINISTÉRIO DA SAÚDE e AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, *Regulação e saúde: estrutura e perspectivas da assistência médica suplementar*, ANS (série C. Projetos, Programas e Relatórios, n.76), Editora MS, Rio de Janeiro, 2002.

SALOMÃO FILHO, CALIXTO, *Regulação e Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*, Malheiros Ed., São Paulo, 2001.

STIGLITZ, JOSEPH E., *Promoting competition and regulation policy: with examples from network industries*, Senior Vice President and Chief Economist, The World Bank, *Speech delivered* on the Research Center for Regulation and Competition, Chinese Academy of Sciences, Beijing, China, July 25, 1999.

_____, *Governo, mercado financeiro e desenvolvimento econômico*, Revista Brasileira de Economia, 44(3):269-95, Rio de Janeiro, jul. /set. de 1990.

_____, *Economics*, First Edition, W.W. Norton & Company, New York / London, 1993.

_____, *Economics of the Public Sector*, Third Edition, W.W. Norton & Company, New York / London, 2000.

TEIXEIRA, ALOÍSIO; BAHIA, LÍGIA; WERNECK VIANNA, MARIA LÚCIA T., *Nota sobre a regulação dos planos de saúde de empresas, no Brasil*, in Coletânea do MINISTÉRIO DA SAÚDE e AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, *Regulação e saúde: estrutura e perspectivas da assistência médica suplementar*, ANS (série C. Projetos, Programas e Relatórios, n.76), Editora MS, Rio de Janeiro, 2002.

WATZLAWICK, PAUL; BEAVIN, J. HELMICK; JACKSON, DON D., *Pragmática da Comunicação Humana, Um estudo de Padrões, Patologias e Paradoxos da Interação*, Tradução de Álvaro Cabral, Editora Cultrix, São Paulo, 1996.

WISCUSI, KIP. W.; VERNON, JOHN M.; HARRINGTON JR., JOSEPH E., *Economics of Regulation and Antitrust*, Second Edition, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1997.