

O Estado Social e os Desafios da Regulação Independente

A regulação está associada à ideia de estabelecimento de regras e ao funcionamento equilibrado do sistema de mercado. Embora não exista um conceito unívoco para a regulação, ela é, regra geral, entendida como uma forma de intervenção do Estado fundamentalmente distinta daquela que o associa à prossecução directa de uma actividade produtiva ou de aprovisionamento de bens e serviços (Baldwin e Cave, 1999).

Enquanto poder, a regulação deve ser compreendida no domínio do respectivo sistema político e jurídico-constitucional e na articulação desses sistemas com a economia. A regulação é um poder/autoridade que se traduz na capacidade de gerar e fazer cumprir certas regras, por isso tem subjacente a natureza e a força de um poder executivo. Neste sentido, a regulação deve ser concebida no âmbito das actividades de governação (definida em sentido lato e não estritamente político-partidário).

Daí que assuma particular importância no domínio da regulação um correcto entendimento prévio do mercado enquanto mecanismo descentralizado de ordenação económica. A compreensão do carácter imprescindível e insubstituível das funções auto-reguladoras do mercado – assim como do necessário enquadramento jurídico-constitucional que favorece a sua actuação – são pré-requisitos fundamentais para que as

funções de regulação atribuídas ao Estado possam ser devidamente concebidas e executadas. De facto, a discussão sobre os contornos da regulação deve ter sempre presente que o papel fundamental do Estado é o de criar condições para a manutenção e desenvolvimento do que poderíamos designar – na linha de Hayek – como uma ordem espontânea. Uma ordem que para o ser precisa de assentar em regras gerais e abstractas que não visam fins específicos e particulares mas antes a salvaguarda da possibilidade de os indivíduos poderem prosseguir os seus próprios fins de forma autónoma e descentralizada. Ora, neste sentido, o bem público mais importante que o Estado pode fornecer é precisamente a criação de condições para a manutenção e desenvolvimento desta ordem espontânea e é a esta luz que o papel da regulação e a justificação da sua independência devem ser fundamentados (Alves, 2006).

A INDEPENDÊNCIA DA REGULAÇÃO

Grosso modo, a regulação diz-se independente nos casos em que não existe nenhuma dependência funcional face ao Governo, mais precisamente a sujeição a ordens, instruções e orientações governamentais precisas ou ainda dependência de recursos financeiros ou meios operacionais. É claro que a avaliação desta independência afigura-se, na prática, muito mais exigente, pelo que transcende a aparente simplicidade do enunciado teórico. O seu fundamento assenta no objectivo de retirar da esfera directa de actuação dos governos (definidos em sentido estrito) certas funções materialmente executivas ou mesmo com relevância política, cujo desempenho, pela sua natureza, é particularmente susceptível de ser negativamente afectado pelas características dos processos políticos democráticos. Com esta independência procura-se impedir que os objectivos das funções regulatórias sejam postos em causa pelos efeitos decorrentes da instabilidade política, da gestão política dos ciclos eleitorais ou da “governamentalização” das maiorias parlamentares. Simultaneamente, a concessão de independência visa favorecer a credibilidade dos agentes a quem foram conferidos os poderes de regulação. Nas circunstâncias nas quais as entidades reguladoras se mantêm sujeitas aos poderes de tutela governamental, continuamos em presença de regulação, só que se trata de uma regulação governamental, vulgarmente associada à dependência do Executivo. Natural-

A discussão sobre os contornos da regulação deve ter sempre presente que o papel fundamental do Estado é o de criar condições para a manutenção e desenvolvimento do que poderíamos designar – na linha de Hayek – como uma ordem espontânea. Uma ordem que para o ser precisa de assentar em regras gerais e abstractas que não visam fins específicos e particulares mas antes a salvaguarda da possibilidade de os indivíduos poderem prosseguir os seus próprios fins de forma autónoma e descentralizada.



mente, a opção pelo desenvolvimento de uma regulação independente suscita a necessidade de desenvolver e adaptar os mecanismos de responsabilização e controlo democrático das instituições, considerando as implicações da opção por um modelo de Estado tendencialmente fragmentado.

Em relação aos interesses privados e de grupos associados à actividade regulada, a regulação tem necessariamente de procurar salvaguardar a sua independência (à excepção da auto-regulação exercida pelas ordens profissionais). Um objectivo cuja dificuldade se torna evidente, se tivermos em conta que os indivíduos envolvidos no processo de regulação não deixam por isso de ter interesses e motivações próprias, à semelhança de todos os outros agentes que agem nos campos económico e político (Alves e Moreira, 2004). É também por ser profundamente irrealista pressupor o contrário que o próprio exercício da regulação exige vigilância constante por parte dos cidadãos no contexto de um Estado de Direito.

A regulação não se deve porém confundir com as instituições e os agentes que a exercem. As entidades reguladoras independentes são instituições que surgem e proliferam no contexto da reorganização política e da reconfiguração da tipologia da administração pública, no âmbito dos sistemas políticos associados a equilíbrios de poderes, ou melhor, a democracias representativas liberais que lidam com economias mistas.¹

A ORIGEM DAS ENTIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES

A criação de entidades reguladoras não é um fenómeno novo. A experiência norte-americana vem dos finais do século XIX e acentuou-se a partir da grande crise de 1929, por via das reformas políticas do “New Deal” que instituíram múltiplas e numerosas entidades reguladoras independentes tendo por objectivo declarado a resolução de alegadas falhas de mercado (Eklund, 1998)².

A institucionalização de entidades reguladoras na Europa foi mais tardia. Nos anos noventa do século XX, em vários países europeus, incluindo Portugal, verificou-se um “boom” de entidades reguladoras especializadas em vários sectores, provocado, em parte, pela criação, manutenção ou transformação de empresas de capitais públicos ao mesmo tempo que se abriam ao mercado certos sectores regulados (vg. energia; telecomunicações; concorrência, etc.)³. Portanto, a novidade da regulação não reside no conceito, mas sim na criação de várias entidades reguladoras independentes que, no tempo, têm coincidido com a revalorização ideológica do mercado (enquanto forma de organização económica adequada) e com o cumprimento dos objectivos próprios do processo de integração europeia. Aliás, Giandomenico Majone (1996) chama a atenção para o enredo institucional da União Europeia, dando-o como exemplo de “Estado” fundamentalmente regulador, no qual se tem assistido, a propósito do Mercado Comum e da União Monetária, a uma lógica de alargamento progressivo da actividade regulatória.

A influência do modelo anglo-saxónico trazida pelos ventos da globalização e a crescente importância da teoria da agência e dos incentivos são factores a considerar, mas, provavelmente mais importante tem sido a convicção política de que as entidades reguladoras constituem dispositivos de governação e legitimação credíveis e promissores. Dispositivos que marcam, na dinâmica reformista própria do Estado Social europeu, a era



* MESTRE DO INSTITUTO DE ESTUDOS POLÍTICOS DA UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
** PROFESSOR DA UNIVERSIDADE DE AVEIRO

pós-privatizações e da abertura dos mercados. Assim se compreende que a regulação, o papel do Estado Regulador e as entidades reguladoras se tenham entranhado no discurso político multifacetado dos partidos sociais-democratas, socialistas, trabalhistas ou conservadores, que defenderam ou defendem, com mais ou menos entusiasmo, a redução da presença directa do Estado na esfera produtiva não só por razões de eficiência e liberdade económica, mas também pela frustração de realização dos padrões de justiça social pretendidos e anunciados.

REGULAÇÃO ECONÓMICA E REGULAÇÃO SOCIAL

O discurso político, da direita à esquerda, sobre regulação e vocação das entidades reguladoras afigura-se ainda quase sempre incipiente. Situando-se na discussão sobre a intervenção do Estado, isto é, no debate que vai do “Estado Mínimo” ao “Estado Social”, as várias estratégias dessa intervenção agrupam-se muitas vezes na dicotomia entre dimensão económica e dimensão social da regulação. Segundo Jacint Jordana (2007) a distinção entre regulação económica e social reside no entendimento de que esta última se justifica, não pelo princípio económico de fazer funcionar o mercado, mas sim pela intervenção pública que supostamente prossegue a protecção dos interesses sociais ou naturais (por exemplo o meio ambiente, a saúde, condições de trabalho, qualidade e segurança de bens e serviços, etc). Já a definição de regulação proposta por Selznick (1985), apela ao reconhecimento e valorização de certas actividades pela comunidade como tratando da regulação de todos os bens necessários para a realização da “justiça social”. Neste sentido, a regulação social seria mais um instrumento de controlo da situação social existente se esta não estivesse

ENSAIO REGULAÇÃO INDEPENDENTE

em conformidade com o padrão de distribuição considerado “justo”. Logo, a dimensão social que se pretende associar à regulação terá a ver com políticas públicas que visam prosseguir critérios de justiça social que estão na base de “engenharias” (re)distributivas (vg. discriminação positiva), motivadas pela vontade política de ajustar a repartição de recursos em função de um desejado critério normativo de bem-estar social que menospreza o sistema de livre empresa e que vê no mercado a sede própria do egoísmo que gera a injustiça social.

Por seu lado, o conceito de regulação económica tem sido associado à intervenção nos mercados e à terminologia há muito adoptada pelos autores norte-americanos que desenvolveram a teoria económica da regulação, nomeadamente Stigler em 1971⁴, Posner (1974) e Peltzman (1976). Deste ponto de vista, a existência ou necessidade de regulação justifica-se pela reacção aos aproveitamentos ou abusos de poder dos agentes económicos que procuram alcançar uma posição dominante ou monopolística no mercado. Parte-se do reconhecimento de que, em economias mistas, tanto os mercados como os governos são imperfeitos, e por isso têm falhas potencialmente contrárias à protecção dos cidadãos/consumidores.

A distinção entre regulação social e regulação económica parece assim apelar à querela ideológica que separa o Estado do mercado ou o sector público do privado. Contudo, essas disputas perdem boa parte da relevância no contexto das políticas reformistas que conduziram à abertura ao mercado da prestação do serviço público e à adopção de critérios em-

presariais na gestão pública na linha do “*New Public Management*” e, mais recentemente, no âmbito dos novos paradigmas associados à noção de Governação Pública (Moreira e Alves, 2009)⁵. Neste contexto, as falhas de mercado e as falhas de Estado não devem ser tratadas isoladamente nem em função de entendimentos de regulação distintos, uma vez que não existe uma compartimentação perfeitamente definida entre os sectores público, social e privado e os padrões de conduta dos agentes que neles actuam.

Tanto a regulação económica como a regulação social poderão ser nuances de uma mesma estratégia para recuperar a eficácia do poder do Estado, seja para realizar a justiça distributiva, seja para limitar as falhas do mercado. A propalada “crise financeira” não veio condenar definitivamente o mercado. Pelo contrário, veio revelar a incapacidade dos poderes de supervisão nas suas vertentes de detecção, prevenção, e, bem assim, a irremediável fragilidade do modelo regulatório face às situações fraudulentas induzidas pela cobiça que reitera o pessimismo antropológico que justifica tanto a regulação como a necessidade de estar atento às suas falhas e limites. Ao invés do (mais uma vez) anunciado óbito do capitalismo (numa linha de anúncios semelhantes que tem já uma longa história), a crise vem isso sim alertar para a necessidade de reformas do sistema tanto no âmbito monetário⁶ como a nível dos modelos de regulação dos mercados. A tudo isto, e simultaneamente, crescem os limites e insuficiências do processo político. Portanto, nos tempos que correm, a discussão





mais interessante (ainda que não necessariamente a mais popular) é, mais do que a dicotomia potencialmente geradora de equívocos entre regulação económica e social, a de saber como melhorar a inteligência da regulação como um todo, de modo a encontrar um sentido para uma realidade onde o Estado (a lei), a sociedade (pessoas e comunidade) e o mercado (iniciativa empresarial e concorrência) devem coexistir e cooperar sem crispação social e radicalismo político.

Preferimos, assim, acolher uma só regulação em sentido amplo, que se consubstancia numa intervenção estatal sobre mercados/sectores, desde que não se traduza numa actividade (“hard”) produtiva ou de aprovisionamento, cuja autoridade prossiga os valores imanescentes ao sistema político, democrático, representativo e liberal: limitação do poder, protecção dos direitos e liberdades, confiança, universalidade, equidade e responsabilidade. Neste sentido, as entidades reguladoras deverão zelar pela liberdade de iniciativa económica, pela concorrência, pela liberdade de escolha, mas também realizar estas funções num contexto em que se espera que contribuam para a criação de condições favoráveis à prossecução dos objectivos do Estado Social. O desafio coloca-se assim em articular uma regulação que preserve o mercado como continuação da liberdade individual e que afirme o primado da lei e da justiça para defender a concorrência contra a onipotência de quaisquer poderes com os direitos sociais cuja consagração legal se tornou progressivamente característica da generalidade dos Estados democráticos. Uma forma possível de conjugação, na linha de Walzer (1983) reside no reconhecimento de esferas distintas da vida humana, sendo que numas o mercado predominaria e noutras estaria excluído, de modo a que nas esferas não mercantilizáveis predominassem valores não mercantis. Uma hipótese alternativa (embora talvez até certo ponto possa ser considerada complementar), na linha de Hayek (1998), é realçar os perigos e limites da sucessiva proclamação e alargamento de novas categorias de direitos para os próprios fundamentos do enquadramento político-constitucional da ordem espontânea na qual assenta a existência das sociedades livres. ●

¹ Quanto ao enquadramento jurídico, em Portugal, a consagração expressa das entidades administrativas independentes resultou da 4.ª revisão constitucional, de 1997, a qual acrescentou o n.º 3 do art.º 267.º, da Constituição da República Portuguesa.

² O “New Deal” conduziu à criação nos Estados Unidos de dezenas de agências federais, as quais receberam o apelido irónico de “alphabet agencies” (agências alfabéticas), devido à profusão das siglas com que eram designadas: CCC (Civilian Conservation Corps), TVA (Tennessee Valley Authority), AAA (Agricultural Adjustment Administration), PWA (Public Works Administration), FDIC (Federal Deposit Insurance Corporation), SEC (Securities and Exchange Commission), CWA (Civil Works Administration), SSB (Social Security Board), WPA (Works Progress Administration), NLRB (National Labor Relations Board).

³ A este propósito, cf. por exemplo OCDE (2002).

⁴ Em 1971, Stigler redigiu um artigo intitulado “The Economic Theory of Regulation” partindo da ideia anteriormente introduzida por Bernstein, em 1955 em *Regulating Business by Independent Commission*, (New Jersey: Princeton University).

⁵ Para várias aplicações da mesma temática, cf. Moreira, Jalali e Alves (2008).

⁶ A este respeito, continua a ser recomendável ler Rothbard (2000). Na mesma linha, veja-se também Huerta de Soto (2006).

BIBLIOGRAFIA

ALVES, André Azevedo, *Ordem Liberdade e Estado, Uma Reflexão Crítica sobre a Filosofia Política em Hayek e Buchanan*, Porto, Edições Praedicare, 2006.

A discussão mais interessante (ainda que não necessariamente a mais popular) é, mais do que a dicotomia potencialmente geradora de equívocos entre regulação económica e social, a de saber como melhorar a inteligência da regulação como um todo, de modo a encontrar um sentido para uma realidade onde o Estado (a lei), a sociedade (pessoas e comunidade) e o mercado (iniciativa empresarial e concorrência) devem coexistir e cooperar sem crispação social e radicalismo político.

MOREIRA, José Manuel e ALVES, André Azevedo, *O que é a Escolha Pública? Para uma análise económica da política*. Cascais, Principia, 2004.

BALDWIN, Robert e CAVE, Martin, *Understanding Regulation*, Oxford University Press, USA, 1999.

CARPINTEIRO, José, “O Estado Social e Regulação: Um estudo sobre a Entidade Reguladora da Saúde”, IEP-UCP, 2008 (texto de dissertação não publicado).

CONFRARIA, João, *Regulação e Concorrência, desafios do século XXI*, Lisboa, Campus do saber, 2005.

EKLUND, Robert B Jr., *The Foundations of Regulatory Economics*, Volume I, Chetnam, UK, 1998.

ESPADA, João Carlos, *Direitos Sociais e de cidadania, uma crítica a F. A Hayek e Raymond Plant*, Lisboa, INCM, (1997) reedição de 2004.

HAYEK, Friedrich A. (1998 [1976]) *Law, Legislation and Liberty, Vol.2: The Mirage of Social Justice*. Londres, Routledge.

HUERTA de SOTO, Jesús, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, (3ª ed.), Unión Editorial, Madrid, 2006.

JORDANA, Jacint, “O Estado regulador e o desenvolvimento das instituições autónomas de governo do mercado” in *O Estado e a Economia, O modelo económico e social europeu no século XXI*, Fundação Ebert Stiftung, 2007.

MAJONE, Giandomenico, “The rise of regulatory state in Europe” in *West European Politics* 17 (3); 1994; *Regulating Europe*, London, Routledge, 1996.

MOREIRA, José Manuel e ALVES, André Azevedo, “Gestão Pública: entre a visão clássica da Administração Pública e o novo paradigma da Governação Pública.” *Revista Enfoques: Ciência Política y Administración Pública* Vol. VII, Nº 11, 2009.

MOREIRA, José Manuel; JALALI, Carlos e ALVES, André Azevedo (eds.) *Estado, Sociedade Civil e Administração Pública. Para um novo paradigma do serviço público*. Almedina, Coimbra, 2008.

MOREIRA, Vital, “Regulação Económica, Concorrência e Serviços de Interesse Geral”, in *Estudos de Regulação Pública I*, CDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

ROTHBARD, Murray N., *America's Great Depression*, (5ª ed.). Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2000.

OCDE, “Regulatory Policies in OECD Countries – From Interventionism to Regulatory Governance”, 2002.

SELZNICK, P., “Focusing organizational research on regulation”, in Noll R (Ed.) *Regulatory policy and the social sciences*, University of California Press, Berkeley, 1985.

WALZER, Michael, *Esferas da Justiça* (1983), Editorial Presença, 1999.