

ESTADO EMPRESÁRIO: MONOPÓLIOS, CONVENIÊNCIA E TENDÊNCIAS DISFUNCIONAIS

Cristiane Schwanka¹

Resumo: O objetivo da discussão sobre a monopolização de alguns setores da economia pelo Estado brasileiro, cuja exploração se dá, em alguns casos, por empresas estatais, apoia-se na proposta de investigar se o espaço da função empresarial estatal perante o atual estágio de evolução de desenvolvimento da economia se mostra adequado. A atuação do setor empresarial do Estado depara-se com questões cujo objeto central se localiza na interligação entre o Direito Constitucional, o Direito Administrativo e a economia, sem prejuízo das diversas imbricações e referências do Direito Privado, e que determina um constante diálogo intra-sistemático e interdisciplinar entre a ciência jurídica e econômica. Para tanto, propõe-se analisar a temática a partir do viés construído pela Teoria da Escolha Pública – *Public Choice*. Ao abordar a intervenção na economia mediante estadualização de monopólios e da atividade empresarial estatal é inevitável se deparar com a questão acerca da indelegável prossecução do interesse público conferida ao Estado e o aparente antagonismo pela prossecução do lucro, pelo Estado, na exploração de atividades econômicas.

Palavras-Chave: Administração Pública. Eficiência. Empresa

¹ Doutoranda em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR. Bolsista da CAPES – Proc. Nº 17925/12-6, para estágio de doutoramento perante a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelas Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL. Especialista em Gerenciamento de Obras pelo CEFET/PR. Advogada. Engenheira Civil. Vínculo empregatício com a Companhia de Saneamento do Paraná – Sanepar. *E-mail*: criss.adv@gmail.com

Estatal. Escolha Pública. Intervenção. Lucro. Monopólio. Monopólio Natural.

STATE BUSINESS OWNER: MONOPOLIES, CONVENIENCE AND DYSFUNCTIONAL TRENDS

Abstract: The purpose of the discussion about the monopolization of some sectors of the economy by the Brazilian State (government sector), whose exploitation takes place, in some cases, by state enterprises, relies on the proposal to investigate the function space business state before the current stage of evolution of economic development is appropriate. The role of the business sector of the state is faced with questions whose central object is located at the interface between the Constitutional Law, Administrative Law and the economy, irrespective of the various overlapping and references of Private Law and that determines constant dialogue within systematic and interdisciplinary legal and economic Science. By the way, we propose to analyze the issue from the bias built by Public Choice Theory. When we discuss about the intervention in the economy by nationalizing monopolies and business activity state is come across the inevitable question about the inalienable pursuit of public interest given to the State and the apparent antagonism by the pursuit of profit by the State, in the exploitation of economic activities.

Keywords: Efficiency. Public Administration. Public Choice. Intervention. Profit. State-Owned Company. Monopoly. Natural Monopoly.

INTRODUÇÃO



bserva-se que o setor empresarial do estado brasileiro hoje agudiza com problemas relacionados a eficiência econômica, interferência governamental na gestão e nos resultados, não raro, perseguindo a maximização de lucro e de receitas para o Estado.

Não obstante a expressa preferência constitucional pela intervenção direta e indireta do Estado em termos econômicos apenas para as situações de relevante interesse coletivo e segurança nacional, fato é que se observa intensa atividade empresarial em diversos setores da economia.

A questão que aqui se coloca é indagar se o grau de protagonismo do Estado brasileiro para a prossecução do bem comum ainda reclama o exercício de atividades empresariais nos diversos setores que ele ainda atua. Afinal, entende-se que a intervenção pública na economia deve pautar-se *(i)* por uma efetiva necessidade em prol da prossecução do interesse público tal como delimitado constitucionalmente, e *(ii)* pelas mesmas regras a que se encontra subordinada a atividade econômica privada.

Diante do exposto, alude-se que revisitar os fundamentos da escolha pública que elegeu a monopolização de diversos setores da economia brasileira é uma necessidade que se impõe, notadamente em face da evolução do modelo de Estado e sw sua função na Sociedade.

1 MONOPÓLIO NATURAL: UMA APROXIMAÇÃO A PARTIR DA ANÁLISE MICROECONÔMICA

1.1 O MERCADO CONCORRENCIAL: O MODELO DA CONCORRÊNCIA PERFEITA²

² Sobre a denominação de ‘modelo de concorrência perfeita’ é importante destacar a ausência de unanimidade para seu uso, tendo surgido autores que posicionam-se de forma contrária à denominação de ‘modelo concorrência

O jogo da oferta e da procura, em regra, determina os níveis de preços do mercado, assim “o mercado é a interacção do conjunto de vendedores e compradores, actuais ou potenciais, que se interessam pela transacção de determinado produto ou fator de produção.”³

Para a ciência econômica, a noção de mercado é fundamental para que seja possível analisar o mecanismo de formação de preços e sua respectiva funcionalidade como sinalizadores da conduta dos agentes. Para realizar um adequado estudo de determinado setor do mercado, recomenda-se o isolamento de seus mecanismos e partes que o integram, de tal forma a possibilitar a avaliação de sua independência no plano das respectivas causalidades. “Começar por separar os vários mercados pode ser a via adequada para se alcançar, no final, uma síntese que seja ao mesmo tempo realista e mais rigorosa”.⁴

Alguns mercados se aproximam mais, na sua forma de organização, do modelo retratado de oferta e procura, além disso, muitos mercados são inteiramente descentralizados e desprovidos de uma estruturação estável, sem significar que eles se desviem do funcionamento básico do mais organizado dos mercados. Um mercado desorganizado pode se comportar como se estivesse organizado, na medida em que seja um mercado concorrencial e que nele aja um número suficiente eleva-

perfeita’, no qual se assume que todos os indivíduos possuem informação completa e perfeita. Na realidade, ao assumir que, em regra, a informação é imperfeita e incompleta determinados autores adotam a opção pela designação de ‘modelo de concorrência quase perfeita’, a qual traduz a idéia de existência de um serviço de custo zero para a sociedade na medida em que produz um ambiente ótimo de bem-estar, que faz do modelo de concorrência perfeita uma referência utópica. (Cf. RODRIGUES, Eduardo Raul Lopes. *Políticas públicas de promoção da concorrência*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2007, p. 165.)

³ ARAÚJO, FERNANDO. *Introdução à Economia*. V. 1. Coimbra: Almedina, 2004, p. 136.

⁴ ARAÚJO, FERNANDO. *Op. Cit.*, p. 137.

do de compradores e vendedores, que disponham de liberdade de participação nas trocas, de um grau razoável de racionalidade e de informação sobre o que está sendo transacionado.⁵

A oferta representa um conjunto de atitudes de alguém que se dirige ao mercado para entregar um bem ou prestar um serviço, avaliado a partir, dentre outros fatores, do seu custo de oportunidade da produção do bem ou das aptidões e meios para a prestação de serviço.⁶

A procura, por outro lado, constitui-se do conjunto de atitudes realizadas por alguém que se dirige ao mercado visando a satisfação de suas necessidades, por meio da aquisição de um bem ou da utilização de um serviço. O valor que é atribuído ao bem ou a prestação de serviço de que necessita é atribuído, essencialmente, em função da utilidade que se associa a ele, sendo que podem existir outras determinantes da avaliação do preço, tais como o conhecimento do nível de preço praticado pelo mercado ou até mesmo as próprias limitações orçamentárias do adquirente.⁷

Na perspectiva econômica, os mercados concorrenciais baseados em sistema livre de formação de preços representam o mecanismo mais eficiente de alocação de recursos escassos a usos alternativos e competitivos.⁸ Tal situação induz a que a intervenção pública a do ponto de vista econômico somente é justificável quando se verificam imperfeições no mercado.

Na perspectiva de mercado com estruturas que se afastam da concorrência perfeita⁹, como no caso do monopólio¹⁰, a

⁵ ARAÚJO, FERNANDO. *Op. Cit.*, p. 138.

⁶ *Id.*, p. 135.

⁷ *Id.*, p. 136.

⁸ AZEVEDO, Maria Eduarda. *As parcerias publico-privadas: instrumento de nova governação pública*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 467.

⁹ Numa aproximação difundida nos manuais de microeconomia, pode-se afirmar que os modelos de concorrência perfeita correspondem a mercados nos quais prevalecem estruturas de um oligopólio relativamente grande, e que, por esse motivo possui uma grande aderência à realidade. Nesse espaço

existência de apenas um agente econômico para a produção de determinados bens ou serviços, confere a ele a possibilidade de praticar de preços não concorrenciais, tendentes a desviar o preço do seu equilíbrio ao mesmo tempo em que remete as quantidades produzidas para níveis ineficientes.¹¹

Richard Posner adverte que muito embora os termos monopólio e monopolista sejam utilizados para se referir ao poder de mercado exercido por uma única firma, em vez disso o senso comum informa que qualquer mercado que não reúna as condições para a competição perfeita pode ser dito que ele apresenta elementos monopolistas.¹²

Todavia, esse modelo de estrutura de mercado pode acarretar efeitos sociais não desejáveis, associados ao funcionamento do mercado, conforme adiante se demonstrará.

1.2 OS MONOPÓLIOS NATURAIS: A ESTADUALIZAÇÃO DOS MONOPÓLIOS

Importa destacar que o termo monopólio natural não se refere apenas ao número atual de vendedores no mercado, mas à relação entre a demanda e a tecnologia para seu suprimento, pelo lado da oferta. Assim, se o total da demanda de um mercado relevante pode ser satisfeita a baixo custo por apenas uma firma do que por duas ou mais, diz-se que esse mercado é um

de transação, cada protagonista possui elevado grau de liberdade. (Cf. RODRIGUES, Eduardo Raul Lopes. *Op. Cit.*, p. 165-167.)

¹⁰ Quando há no mercado um único vendedor, ou quando há um vendedor com preponderância esmagadora sobre os demais vendedores, diz-se que há monopólio no mercado (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 337)

¹¹ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Eficiência económica e restrições verticais*: os argumentos da eficiência e as normas de defesa da concorrência. Lisboa: AAFDL, 2008, p. 53.

¹² POSNER, Richard A. *Natural monopoly and its regulation*. Washington: Cato Institute, 1999, p. 1. [tradução livre]

monopólio natural, independente do número atual de empresas que existam no mercado.¹³

Nesse sentido, a característica mais marcante para justificar uma operação de mercado em regime de monopólio está fundamentada na situação peculiar em que os custos totais de produção são tendencialmente inferiores com um único operador para cada serviço em determinada região.¹⁴

Fato é que a nacionalização dos monopólios naturais representa uma opção aberta ao Estado, ao ser realizada por meio da estadualização dos agentes econômicos, muito embora envolva a possibilidade de enfraquecimento dos incentivos para o controle de custos, situação que normalmente é associada à apropriação particular dos lucros.¹⁵

A intervenção do Estado, para muitos dos economistas, traz consigo uma ampla possibilidade de falhas, que podem ser ainda mais graves, do que toda e qualquer falha de mercado, ou de qualquer desvio do paradigma concorrencial perfeito.¹⁶

Os gestores públicos, tendo a capacidade de, com relativa impunidade, transferirem custos para os contribuintes e para os consumidores, não-de-tender a pautar a sua conduta por outras finalidades que não a da maximização de lucros – por exemplo, a <<lógica clientelar>>, a prestação de favores a classe política, a auto-perpetuação nos seus cargos, etc., tudo finalidades que subalternizam o controle dos custos.¹⁷ (ARAÚJO, 2004, vol. 1, p. 618).

¹³ *Ibid.*

¹⁴ MAÇÃS, Fernanda. Serviços públicos de abastecimento de água, saneamento de águas residuárias urbanas e resíduos urbanos. In: FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo. (Coords.) *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 508. (507-570)

¹⁵ ARAÚJO, FERNANDO. *Op. Cit.*, p. 618.

¹⁶ ARAÚJO, FERNANDO. *Op. Cit.*, p. 618.

¹⁷ *Ibid.*

Um exame crítico dessa questão parece oportuno, uma vez que muitas das situações monopolistas podem ser artificialmente criadas e mantidas pela intervenção do Estado, por meio de distorção das reais condições concorrenciais. A simples crença de que o Estado está a interagir perante uma situação de monopólio natural, pode não retratar a realidade.

Ainda que estejam presentes algumas das características para a configuração de monopólio natural, pode ser que elas não sejam suficientes para justificar a permanência do direito exclusivo de exploração do mercado pelo ente estatal.

Ao contrário do que se sugere com a opção pela estadualização, para muitos o Estado é parte do problema, não sendo, portanto, a via adequada para a solução.¹⁸

Repise-se, todavia, que em determinados mercados a eficiência obtida por meio do regime de operação por monopólio pode se mostrar a melhor opção sob o ponto de vista da maximização do bem-estar. Os benefícios não podem ser analisados apenas sob a ótica dos custos, porém podem existir setores operados por agentes estatais nos quais a escolha pelo monopólio natural pode culminar com resultados contrários ao bem-estar da sociedade, notadamente em termos de benefícios sociais e uma vez considerados todos os custos que os integram.

1.3 O MONOPÓLIO DE FATO E A TEORIA DOS MERCADOS CONTESTÁVEIS

É generalizada a idéia de que o mercado é ainda o melhor disciplinador de todas as soluções monopolistas que não sejam decorrentes de verdadeiras condições de monopólio natural, todavia, há situações em que mesmo quando o Estado retirar barreiras de entrada ou de saída do mercado e direitos exclusivos de produção, poderá subsistir ainda uma situação denomi-

¹⁸ *Id.*, p. 619.

nada por monopólio de fato¹⁹.

Em apertada síntese, alude-se que o monopólio de fato pode decorrer da tradição, dentre outros, (i) da prestação de serviços públicos de longa data ofertada pelo Estado e que não permite, por razões de reconhecimento e vinculação do mercado com o serviço ou mesmo a marca, que se estabeleçam as condições necessárias para operação em mercado livre, e (ii) da existência de barreiras de entrada ou de informação que acabam por perpetuar a condição de monopólio.

Destaca-se ainda a situação de que durante algum tempo os potenciais concorrentes foram mantidos à distância em razão do alto custos fixos do investimento inicial para entrada no mercado, ou seja, em face das barreiras de entrada impostas pelo próprio Estado monopolista.

Nessa situação é razoável compreender que é necessário que se opere no mercado um período de adaptação, notadamente para superação das barreiras de informação que manteve os concorrentes potenciais distanciados de determinado setor do mercado.

Sublinha-se igualmente que o monopolista que persistir

¹⁹ No Brasil, a situação da Petrobrás representa um exemplo típico de monopólio de fato. Após a extinção do monopólio legal do petróleo e do gás ocorrido em 1997, a pesquisa e prospecção nesses setores foi amplamente expandida, podendo-se afirmar que a descoberta da reserva petrolífera do pré-sal somente foi possível em decorrência da participação de empresas privadas com respectivos acervos tecnológicos e financeiros, os quais acrescidos da expertise da equipe técnica da Petrobras possibilitaram a descoberta. Com isso, o Brasil passou a figurar no cenário mundial como importante pólo petrolífero e sendo possível afirmar que a empresa estatal Petrobrás foi que a maior beneficiária do fim do monopólio legal. Todavia, o tamanho e peso da empresa estatal nesse setor do mercado inviabiliza o surgimento de novos concorrentes. Embora extinto, o monopólio de fato, se mantém, afinal os consumidores não possuem alternativa pois a Petrobrás é hegemônica em praticamente toda a cadeia produtiva, inviabilizando a concorrência privada. A empresa estatal Petrobrás não deixou de exercer seu poder de mercado, consagrando-se na posição de agente monopolista.

na lógica da maximização do lucro, mantendo sua produção abaixo de sua escala de eficiência ao mesmo tempo em que estabelece seus preços acima dos custos marginais, virá a descobrir no longo prazo que a sustentabilidade de sua posição no mercado estará ameaçada, podendo ser derrotado pelos concorrentes recém-chegados.²⁰

Com o objetivo de manter sua posição no mercado, o monopolista racional ameaçado por novos concorrentes adotará medidas defensivas, como por exemplo, baixar os preços em direção aos custos marginais e de ampliar sua produção mais próxima à escala de eficiência²¹. Nesse cenário, a necessidade de sua sobrevivência no mercado superará à sua finalidade de maximização do lucro, afinal, é justamente sua margem de lucro que desperta o interesse dos novos concorrentes do mercado, abrandando a concorrência com a finalidade de torna-la menos atrativa.²²

Agindo dessa maneira, o monopolista estará ainda, mesmo que involuntariamente, devolvendo aos consumidores parte do excedente do bem-estar que lhe havia sido capturado pelo exercício do poder de mercado e, ao mesmo tempo, estará o monopolista a provocar incrementos de bem-estar total tendente a aproximar o mercado da situação maximizadora que ocorreria na concorrência efetiva.²³

No limite, o monopolista que, vendo-se colocado numa situação de mercado contestável, mais resguarda a sua viabilidade futura. É também o monopolista que mais reduz a perda absoluta de bem-estar e mais devolve aos consumidores o seu quinhão de <<excedente das trocas>>, é aquele que

²⁰ ARAÚJO, FERNANDO. *Op. Cit.*, p. 619.

²¹ POSNER, Richard A. *Natural monopoly and its regulation*. Washington: Cato Institute, 1999, p. 5. [tradução livre]

²² ARAÚJO, FERNANDO. *Op. Cit.*, p. 619.

²³ *Id.*, p. 620.

se auto-disciplina a ponto de simular os efeitos de bem-estar de um mercado ‘efetivamente competitivo’.”²⁴

Fernando Araújo aduz que George Stigler tornou-se conhecido por sua insistência do combate estadual ao domínio do mercado da parte de produtores poderosos, por ter reconhecido que a simples abertura dos mercados, a contestabilidade dos mercados, faria com que até mesmo os gigante perdessem seu poder de mercado, no âmbito de um mercado interno.²⁵

Existem situações em que os “custos que para o monopolista são históricos, irrecuperáveis, e por isso negligenciáveis no curto prazo, mas não o são para os <<pretendentes>>.”²⁶ Assim, toda vez em que pretendentes se aproximam do mercado monopolístico, atraídos pelas oportunidades que se apresentam, diz-se que o monopólio torna-se contestável.

Afirma-se que no âmbito do mercado contestável, o nível de preços de concorrência é atingido por meio de simples concorrência potencial.

A teoria dos mercados contestáveis, ou da ‘concorrência potencial’, refere-se à tendência para que um produtor, mesmo que isolado no mercado numa situação monopolista, reduza espontaneamente os seus lucros até o nível do lucro normal, como o faria num contexto de contestação efectiva num mercado concorrencial, dada a ameaça de entrada de concorrentes que decorreria da manutenção de lucros extraordinários.”²⁷

A exceção à teoria dos mercados contestáveis é a existência efetiva de barreiras econômicas de entrada e de saída, sob a forma de elevados custos irrecuperáveis, não apenas ca-

²⁴ *Ibid.*

²⁵ ARAÚJO, FERNANDO. *Op. Cit.*, p. 620.

²⁶ *Id.*, p. 619.

²⁷ ARAÚJO, FERNANDO. *Op. Cit.*, p. 621.

pazes de desestimular a entrada de concorrentes como também representando causas de atingimento de escala mínima de eficiência, o que afastaria concorrentes potenciais de aproximação desse mercado.²⁸

Mercado contestável é, pois, aquele em que os custos de entrada não são, nem todos irrecuperáveis (<<sunk costs>>), nem muito elevados, sendo portanto, que a estrutura de custos variáveis dos recém-chegados e dos <<históricos>> é aproximadamente comparável – tratando-se, portanto, de saber se os recém-chegados são viáveis, se podem chegar a uma <<escala mínima>> para lá do <<break even>>, instalando-se no mercado em competição, com o ex-monopolista.”²⁹

Destaca-se que um dos efeitos da cobrança de um preço de monopólio é a transferência de riqueza dos consumidores de um produto para os proprietários da empresa de vendê-lo. Por esse motivo, é que a doutrina usualmente considera os preços de monopólio como socialmente indesejáveis, por causa de seus supostos efeitos sobre a distribuição de renda, a estabilidade econômica global, a alocação de recursos econômicos e dos incentivos inerentes ao negócio.³⁰

Por esse motivo, é pelo menos plausível afirmar que, em muitos casos, talvez na maioria dos mercados de hoje, o padrão de preço e dos lucros desejáveis resida na concorrência.

1.4 GORDON TULLOCK³¹: OS CUSTOS SOCIAIS DO MONOPÓLIO

²⁸ *Id.*, p. 622.

²⁹ *Id.*, p. 360.

³⁰ POSNER, Richard A. *Op. Cit.*, p. 4. [tradução livre]

³¹ BUCHANAN, James M; TULLOCK, Gordon. The Calculus of Consent: logical foundations of constitutional democracy. In: *The Collected Works of James M. Buchanan*. Vol. 3. Liberty Fund Inc., 2000. Disponível em: <http://www.econlib.org>. Acesso em 25.abr.2013.

Afirma-se que até a publicação do artigo de Gordon Tullock, ocorrida em 1967, as discussões acerca dos custos sociais do monopólio – *The social costs of monopoly* –, consideravam que esses custos eram medidos unicamente em termos do triângulo do peso morto – *deadweight triangle* – ou seja, dos consumidores perdidos resultantes da restrição do monopólio da produção.³² Dessa forma, o retângulo de rendas do monopólio era tratado como uma transferência pura dos consumidores para o monopolista, desprovido de qualquer significado de bem-estar.³³

O estudo de Gordon Tullock destacou que o direito de fornecer o produto ou o serviço monopolizado era um direito valioso e que existem custos para obter ou manter esse direito e que isso representa um desperdício social, uma vez que servem apenas para determinar a identidade do destinatário da renda do monopólio, sem qualquer impacto positivo sobre a alocação de recursos.³⁴

Assim, a questão nuclear desponta ser verificar se nos casos de mercado exclusivo, está-se diante da existência de verdadeiro monopólio natural, ou de um monopólio produzido por meio da manipulação concorrencial para favorecimento de determinados grupos econômicos ou políticos. Por meio da manutenção da aparência de um monopólio natural pode se possibilitar a construção de uma lógica clientelar, em prejuízo do alcance do bem-estar da sociedade.

De fato, a abordagem de Gordon Tullock evidencia que a temática acerca de monopólios não está adstrita à matéria econômica, mas recebe inflexões de natureza política que me-

³² MUELLER, Dennis C. Public choice: an introduction. In: *The encyclopedia of public choice*. Vol. I. New York: Klumer Academic Publishers, 2004, P. 36.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

recem ser investigadas e, para tanto, alude-se que a teoria da escolha pública se apresenta como adequada, eis que possibilita a incorporação de dados políticos à investigação por meio da aplicação de metodologia econômica.

2 TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA: UMA APROXIMAÇÃO

A análise do tema acerca da atuação empresarial do Estado constitui, essencialmente, uma questão situada no plano da escolha pública. Remete ao plano da concepção política dominante, notadamente sobre o Estado e seu papel.

Significa dizer que em determinado momento histórico, o sistema político decidiu que o Estado brasileiro deveria exercer função empresarial em setores econômicos eleitos definindo que, em alguns deles, o exercício se daria em regime de monopólio³⁵, afastando o agente econômico privado desses setores.

O sistema político democrático constitui o espaço no qual se realiza a interação entre as preferências individuais a partir da qual se produz a escolha pública. E, nesse ambiente, a reflexão apoiada na teoria da escolha pública³⁶ - *Public Choice* - busca identificar os motivos individuais que estão por detrás decisões políticas governamentais. Ou seja, indagar se os resultados da escolha pública estariam sempre se acordo com os

³⁵ Diz-se que há monopólio no mercado nos casos em que há um único vendedor, ou quando há um vendedor com preponderância esmagadora sobre os demais vendedores. (Cf. ARAÚJO, Fernando. *Op. Cit.*, 2005, p. 337.)

³⁶ Para maior aproximação e aprofundamento da Teoria da Escolha Pública e a influência de grupos de interesse na escolha pública, recomenda-se, dentre outros: BUCHANAN, James M; TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: logical foundations of constitutional democracy*. In: *The Collected Works of James M. Buchanan*. Vol. 3. Liberty Fund Inc., 2000. Disponível em: <http://www.econlib.org>. Acesso em 25.abr.2013.

interesses gerais, de tal forma que os burocratas³⁷ e políticos agiriam sempre de acordo com o interesse geral ou se preferências diversas seriam eleitas.

Em apertada síntese, pode-se afirmar que o principal objetivo da teoria da escolha pública é a aplicação de método da ciência econômica a um objeto que tradicionalmente tem sido considerado no âmbito da ciência política: grupos de interesse, partidos políticos, processo eleitoral, análise da burocracia, escolha parlamentar e análise constitucional.

A teoria da escolha pública revela que todos esses atores e instituições interferem na possibilidade e capacidade de implementação das decisões políticas e, por consequência, nas políticas públicas. Destaca ainda o dado essencial integrante das democracias representativas consistente no peso do sufrágio universal capacidade de influenciar as decisões, uma vez que em face do horizonte temporal limitado os governos devem a ele submeter-se.

A teoria tem se apresentado como a principal crítica à correntes essencialmente econômicas que fundamentam a intervenção econômica do Estado na economia, notadamente a teoria econômica do bem-estar³⁸ – *welfare economics*. Enquanto essa última centra suas atenções sobre as falhas de mercado para justificar a intervenção corretora do Estado, a teoria da escolha pública joga luz sobre as falhas de governo e a necessária imposição de limites para a intervenção estatal.

³⁷ Para efeitos deste trabalho adota-se o conceito de burocrata como sendo aquele que abrange toda a hierarquia do funcionalismo público, notadamente aquele que detém poder de gestão e decisão sobre os funcionamentos públicos. No âmbito deste trabalho ganham especial relevância pelo fato de que os burocratas de topo são escolhidos pelos políticos e, em regra, permanecem em seus postos no uso do poder da máquina administrativa enquanto o candidato, ou seu partido político, está no poder.

³⁸ ARROW, Kenneth. *Social Choice and Individual Values*. New Haven: Yale University Press, 1951. Disponível em <http://cowles.econ.yale.edu/P/cm/m12-2/>. Acesso em 17.mai.2013.

A moderna literatura da teoria da escolha pública desenvolveu-se entre as décadas de 40 e 60 com a publicação dos artigos de Duncan Black (1948), James Buchanan e Gordon Tullock (1949), Kenneth Arrow (1951) e posteriormente, com Mancur Olson (1965).³⁹ Essas obras são consideradas fundadoras de dois programas de investigação que embora estejam interligados, são considerados distintos: a teoria da escolha pública - *public choice* - e a teoria da escolha social - *social choice*, a qual se autonomizou em razão dos trabalhos mais recentes propostos por Kenneth Arrow e Amartya Sen (1970), mas permanece com estreita relação com a teoria da escolha pública.

Os adeptos da teoria da escolha pública procuram entender e prever o comportamento do mercado político, utilizando as técnicas de análise da economia, notadamente da escolha racional, na modelagem do comportamento de tomada de decisão do mercado.⁴⁰

A interpenetração entre a análise econômica e a análise política, por meio do método proposto pela teoria da escolha pública permite refletir sobre como são construídas as decisões públicas, bem como a forma como serão, ou não implementadas. Para breve aproximação, apresenta-se uma breve incursão sobre algumas das abordagens de alguns dos autores citados.

2.1 O CONTRIBUTO DE DUNCAN BLACK: A REGRA DA MAIORIA, SOB CONDIÇÕES RESTRITIVAS, PERMITE A OBTENÇÃO DA SOLUÇÃO DE EQUILÍBRIO

Nas democracias representativas as decisões políticas são realizadas no interior de instituições em que um conjunto de indivíduos escolhem, de acordo com regras específicas, que

³⁹ MUELLER, Dennis C.. *Op. Cit.*, p. 34.

⁴⁰ ROWLEY, Charles K.. Public choice and constitucional political economy. In: *The encyclopedia of public choice*. Vol. I. New York: Kluwer Academic Publishers, 2004, p. 3.

permitem passar de distintas preferências individuais para uma única escolha coletiva.

Assim é que a expressão das preferências do legislador, ao sabor das oscilações da maioria democrática e dos grupos de interesse, traduz-se na política econômica dos poderes públicos, sendo que em muitas vezes a eficiência entra em conflito com valores sociais, com o desenvolvimento econômico ou com o benefício equitativo de certos estratos sociais⁴¹.

Fato é que, a escolha coletiva no processo democrático dificilmente decorre do resultado de uma unanimidade, a existência de obtenção de consenso, em regra, irá fazer com que alguns indivíduos sejam mais beneficiados com a aprovação de uma proposta do que com outra.

Nesse ambiente, a análise do sistema político pela ciência econômica, correntemente denominada de *Public Choice* e desenvolvida inicialmente por Duncan Black⁴² no ano de 1948, desponta como um meio de análise das preferências da comunidade em escolha pública feita por diferentes agentes em um ambiente institucional de interação.

Duncan Black, no trabalho referido, defende que o indivíduo pode ser representado pelas suas preferências e que tanto a ciência política quanto a ciência econômica pretendem responder à mesma questão na busca da identificação das características de um equilíbrio econômico-político, sob determinadas condições. Trata-se da proposta de uma abordagem metodológica com foco no processo de escolha inerente ao método democrático, qualificado como um processo pelo qual certos agentes adquirem poder de decidir em nome de outros por meio de um processo de competição pelo voto.

⁴¹ MONCADA. Luís S. Cabral de. *Direito económico*. 6. Ed. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 40.

⁴² DUNCAN, Black. On the Rationale of Group Decision Making. In: *Journal of Political Economy*. Vol. 56, No. 1 (Feb. 1948), p. 23-34. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1825026>. Acesso em 5.abr.2013.

A proposta de Duncan Black parte do problema do ciclo sobre a regra da maioria simples e desenvolve a construção do teorema do votante mediano, dividindo a população de votantes em dois grupos de idêntica dimensão: os que preferem mais e menos do que o indivíduo mediano. Nesse modelo, o votante mediando nunca perde uma disputa.

A modelagem do teorema tem sido frequentemente invocada para descrever equilíbrios em estudos teóricos e tem sido utilizada como base analítica para a maior parte do trabalho empírico em termos de escolha pública.⁴³

O autor comprova que nenhum procedimento de agregação de preferências individuais pode garantir que se produza um ordenamento social completo considerando todas as opções possíveis, para satisfazer cinco axiomas razoáveis.⁴⁴

A importante contribuição de Duncan Black no desenvolvimento inicial da teoria da escolha pública consistiu na demonstração, pelo autor, de que tanto os fenômenos econômicos quanto os fenômenos políticos podem ser representados por determinado número de variáveis matemáticas independentes, cada uma influenciando e sendo influenciada por outras.

Dessa forma, o autor demonstra a possibilidade do enquadramento da teoria econômica e política em uma única, definida por ele como Teoria das Escolhas.⁴⁵

2.2 A ABORDAGEM DE KENNETH ARROW: O TEOREMA DA IMPOSSIBILIDADE

A visão tradicional do Estado benevolente, orientada pela tomada de decisão coletiva apoiada na função de bem-estar social passa a ser questionada mais severamente, a partir de

⁴³ MUELLER, Dennis C. . Public choice: an introduction. *Op. Cit.*, p. 34.

⁴⁴ *Id.*, p. 35.

⁴⁵ DUNCAN, Black. *Op. Cit.*, p. 23-34.

estudos como de Kenneth Arrow⁴⁶, publicado em 1951, no qual o autor defende que seria impossível que uma entidade possa assumir um planejamento construído a partir de uma função sobre a ordem de preferências da sociedade, com base em pressupostos razoáveis, “simplesmente porque não haveria condições para se conhecer as preferencias sociais”⁴⁷, afirma.

A abordagem de Kenneth Arrow buscou elementos na teoria do voto e da economia do bem-estar para capturar problemas de agregação para a escolha social como requisito da função de bem-estar social. O autor demonstra por meio da utilização de uma série de axiomas que existem barreiras lógicas que impendem que as preferências individuais sejam ordenadas no sentido do interesse coletivo e que não há garantia de que a decisão coletiva baseada no voto seja efetivamente a opção que proporciona maior satisfação e bem-estar ao conjunto da sociedade.

Ora, se é por meio do sistema político que os indivíduos expõem suas preferências e se esse mesmo sistema se mostra incapaz de garantir que a decisão tomada seja aquela que reflita o interesse da sociedade, tal situação sugere que o Estado não possui condições plenas de assumir seu papel de ator eficiente no mercado, nos moldes de como foi concebido pela teoria da economia pública, uma vez que não é possível assegurar que o resultado da votação pela maioria traduza a preferência da sociedade.

A abordagem do autor ficou conhecida como teorema da impossibilidade de Kenneth Arrow em razão de ter introduzido elevado pessimismo na capacidade de se produzirem escolhas públicas a partir da construção das preferências individuais,

⁴⁶ KENNETH, Arrow. Social choice and individual values. Disponível em: <http://cowles.econ.yale.edu/P/cm/m12-2/>, Acesso em: 3.abr.2013.

⁴⁷ CRUZ, José Neves. *A influência da burocracia e dos grupos de interesse na escolha pública*. Coimbra: Centro de Investigação Jurídico Econômica, 2009, p. 8.

tendo em vista ter demonstrado que as preferências dos votantes possuem pouco peso nas escolhas públicas, tendo em vista a capacidade de manipulação política pelos seu representantes.

2.3 A PROPOSTA DE MANCUR OLSON: O PAPEL DOS GRUPOS DE INTERESSE NA DETERMINAÇÃO DA ESCOLHA PÚBLICA

Mancur Olson⁴⁸, em publicação datada do ano de 1965, propõe uma visão diferenciada acerca da atuação do indivíduo na política. Para o autor, os indivíduos são membros de diferentes grupos e se organizam em torno de determinado interesse comum e que, portanto, deixariam de atuar de forma isolada na política. Assim é que a interação de grupos organizados em torno de determinado interesse comum despontaria como fator preponderante que, a partir de então, não deveria ser desprezado⁴⁹. Todavia, Mancur Olson demonstrou que não apenas a existência de um interesse comum basta para a ação de um grupo de interesse.

De acordo com Mancur Olson⁵⁰, os indivíduos fazem uma escolha racional para contribuir ou não para o grupo, partindo de uma análise de custo-benefício, investindo pouco tempo na coleta das informações para ajudá-los a decidir a votar. Nesse sentido, a lógica da ação coletiva seria impedir que as pessoas dediquem, voluntariamente, tempo e dinheiro para a provisão de bens públicos.⁵¹

Fernando Araújo destaca que a ideia de racionalidade limitada se assenta na constatação de que o tempo é limitado, escasso e custoso, notadamente quando se visa adquirir ou

⁴⁸ OLSON, Mancur. *The logic of collective action*. Disponível em: <http://outsidethetext.com/archive/Olson.pdf>. Acesso em: 3.abril.2013.

⁴⁹ OLSON, Mancur. *Id.*, p. 5-6.

⁵⁰ OLSON, Mancur. *Id.*, p. 20-30.

⁵¹ MUELLER, Dennis C.. *Id.*, p. 35

prestar atenção adequada à informação que se dispõe, pois o tempo que se dedicaria a esses esforços otimizadores seriam pouco eficientes à resolução de problemas menos urgentes, deixando-se os agentes marginalmente desequilibrados na satisfação de todos nossos interesses.⁵²

Seria por essa razão que se adota um nível de ‘ignorância racional’ a partir da qual tomamos a maior parte das nossas decisões marginais, ao mesmo tempo em que tende-se à se agregar em grupos nos quais a divisão de trabalho e o compartilhamento de informações contribuem para a diminuição da margem de erro susceptível de ser associada à ignorância individual⁵³.

Mancur Olson acresce ainda que quando a possibilidade de um indivíduo do grupo para influenciar o resultado é muito pequena, ele deixa de ter incentivo para contribuir para a ação coletiva, tendo em vista que o resultado seria obtido mesmo sem a sua contribuição. Nesse ambiente, quando está em pauta uma escolha pública esse indivíduo adotaria um comportamento conhecido como *free-rider*, no sentido de que ele seria beneficiado com o resultado mesmo sem ter que contribuir para que isso acontecesse – efeito de carona⁵⁴.

O comportamento de *free-rider*, consiste, portanto, em se beneficiar dos ganhos do grupo sem pagar os custos, ou seja, sem contribuir para o ganho coletivo.

O estudo de Mancur Olson ainda demonstra que nos grupos menores os membros tendem a contribuir e participar, efetivamente, na ação coletiva, enquanto que nos grupos maiores ou pouco homogêneos em termos de interesses, dificilmente conseguem se organizar uma vez que não conseguem evitar o efeito de *free-riding*. O autor destaca que os grupos menores, por serem mais participativos na política, podem prejudicar o

⁵² ARAÚJO, Fernando. *Op. Cit.*, 2004, p. 41.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ OLSON, Mancur. *Op. Cit.*, p. 30.

interesse dos grupos maiores, enquanto que por outro lado, os grupos grandes possuem vantagens no exercício de *lobbying*, eis que possuem maior capacidade para pressão política e poder.⁵⁵

De acordo com Mancur Olson é possível identificar que existem grandes grupos na sociedade que permanecem latentes e como tal incapazes de pressionar o governo para a obtenção de políticas favoráveis aos seus membros, enquanto outros grupos, muitas vezes com uma dimensão menor e com ganhos globais menores, são mais eficazes em organizarem-se e em influenciarem as políticas governamentais.

2.4 OS AVANÇOS DA TEORIA: A DUPLA ABORDAGEM

Fernando Araújo enfatiza que o estudo do sistema político pela ciência econômica avançou com destaque para duas formas de abordagens do fenômeno da escolha pública— *Public Choice*, sendo uma mais interessada nos problemas relacionados com a formação de vontade política, às votações e à impossibilidade de agregação de preferências e, a outra vertente mais afeita à ação de grupos de pressão em alternativa à formação da vontade política legítima que deveria resultar do processo democrático, com crescente predominância dessa segunda vertente.⁵⁶

Nessa perspectiva, o processo de escolha pública pode ser representado como um conjunto de relações na qual todos os agentes, dentre os quais os votantes, os representantes políticos, os governantes e os burocratas do serviço administrativo, irão fazer incidir as suas influências, cada qual utilizando o seu poder de informação para obter efeitos que desejam, ainda que

⁵⁵ OLSON, Mancur. *Op. Cit.*, p. 31-35.

⁵⁶ ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 90.

seja em desfavor da sociedade. Evidencia-se, portanto, que a decisão coletiva resulta de um processo de conflito de interesses onde aqueles que detêm algum poder de monopólio (informação, ou influência privilegiada, por exemplo) conseguirão induzir a que a escolha final reflita as suas preferências.⁵⁷

Destaque-se, todavia, que no jogo de conflitos de interesses, os burocratas possuem o poder de obter, selecionar e controlar a informação no ambiente governamental, representando verdadeiro poder de monopólio apto a ser imposto à toda sociedade. Não se pode deixar de evidenciar que a burocracia administrativa possui a competência de, em certas circunstâncias, estabelecer o padrão de gastos de diversas categorias de serviços e bens públicos⁵⁸, de tal forma a fazer prevalecer as suas preferências e não a dos políticos.⁵⁹

Fato é que sem os burocratas não seria possível tornar efetivas as políticas públicas e satisfazer as necessidades coletivas. São, como todo grupo de interesse, motivados por interesses próprios e atuam segundo a racionalidade humana.

No entanto, a configuração institucional do sistema político também pode afetar o poder relativo dos grupos de interesse na determinação da escolha pública, na medida em que pode limitar o nível de informação sobre as alternativas a serem escolhidas ou, até mesmo reduzir as alternativas a serem eleitas.

Explica-se: as instituições políticas são relevantes na determinação da escolha pública e o uso que os políticos e burocratas fazem das instituições políticas em benefício próprio mediante o controle da agenda, limita a escolha pública por parte dos votantes de tal sorte que esses últimos ficam submetidos à opinar apenas sobre propostas escolhidas pelos primeiros, sem contudo poder escolher efetivamente de acordo com

⁵⁷ CRUZ, José Neves. *Op. Cit.*, p. 18.

⁵⁸ Fator conhecido como controle de agenda e que será objeto de enfrentamento na sequência deste trabalho.

⁵⁹ CRUZ, José Neves. *Op. Cit.*, p. 21.

as reais preferências que possuem⁶⁰. Para tanto, os burocratas e os políticos definem previamente uma alternativa a ser posta no referendo para votação de ‘sim’ ou ‘não’ ao nível proposto, dessa forma, os políticos e burocratas impedem que o votante possa escolher o nível ou outra opção que mais prefere.⁶¹

Esse poder de definir estruturalmente os assuntos que serão submetidos à votação é denominado de poder de controle de agenda e joga luz na forma de funcionamento do mercado político das escolhas públicas. Evidencia que a situação de concorrência imperfeita no ‘mercado político’ entre grupos de interesse, onde a informação está assimetricamente distribuída.⁶²

Com efeito, não se pode negar que a burocracia é um grupo de interesse que contém em seu interior o peso da influência política em razão da posição que ocupam na Administração Pública – Governo, razão pela qual é um grupo de interesse extremamente forte, não apenas porque defende as suas preferências e, em tese, do poder político dominante, mas porque possui amplo domínio da agenda política em face do poder de informação que detém em mãos próprias. Com efeito, a pressão política se transforma em poder de influência.⁶³

O papel do Governo no jogo de influências políticas, à luz da teoria da escolha pública, evidencia que o Estado não é apenas refletor dos interesses gerais, mas antes disso é constituído por agentes que possuem interesses próprios e poder de distribuição de ganhos, de tal forma que interagem no processo político levando a um resultado final que, em significativo número de vezes pode se desviar da maximização do bem-estar social.

⁶⁰ Não raro, apenas as alternativas previamente eleitas pelos burocratas administrativos são levadas ao conhecimento público.

⁶¹ CRUZ, José Neves. Op. Cit., 2009, p. 39.

⁶² CRUZ, José Neves. Op. Cit., 2009, p. 51.

⁶³ *Id.*, p. 59.

Fernando Araújo argumenta que para a *Public Choice* o mecanismo central da vontade coletiva não é a votação democrática, mas sim o *logrolling*⁶⁴, que se apresenta como a própria base do mercado de favores políticos, ou simplesmente, mercado político.⁶⁵

Esse comportamento evidencia que o sistema político, tal como está construído, é comparável a um leilão no qual políticos e burocratas se dispõem a fornecer bens à sociedade, tais como, políticas públicas, regulamentações e determinados bens públicos.

Para esse fim, o preço a pagar são os recursos gastos nas aquisições desses bens e a questão a ser investigada é saber se os bens produzidos pelo Estado têm sempre como objetivo o interesse público, ou se é, simplesmente, resposta à pressão de grupos de interesse, notadamente para serem convertidos em contribuições para campanhas políticas, garantias de lugares altamente remunerados em empresas públicas, votos favoráveis de empregados nessas mesmas empresas visando a reeleição de seus candidatos.

Para tanto, a abordagem trazida pela Teoria da Escolha Pública – *Public Choice* se mostra aplicável, uma vez que foca sua atenção na conformação dos contextos institucionais desencorajadores, de comportamentos maximizadores de renda

⁶⁴ De acordo com Fernando Araújo, o *logrolling* se opera quando dela resulta uma decisão com custos de ação coletiva superior, no seu total, aos da produção privada, sendo que isso tende a acontecer quando, nas palavras do autor, uma ‘clique’ se instala no poder e aí se perpetua, conseguindo vitórias ‘democráticas’ à custa de votações estratégicas e de alianças de ‘incidência parlamentar’ que, por troca de apoios em votações (o conluio do *logrolling* em prejuízo de terceiros), conseguem contornar as regras maioritárias e fazer aprovar programas de ação política com baixíssimo custo de persuasão e elevadíssimos custos externos. (ARAÚJO, Fernando. *Op. Cit.*, 2005, p. 616). [expressões entre aspas em respeito à ênfase original utilizada pelo autor]

⁶⁵ ARAÚJO, Fernando. *Op. Cit.*, 2005, p. 616.

por parte de determinados agentes.⁶⁶

Fernando Araújo pondera que ainda que subsistam intensas divergências no seio da *Public Choice*, nomeadamente quanto aos rumos que ela tem seguido desde a sua fundação, isso de modo algum impede uma grande pujança desta abordagem disciplinar, nem lhe tolhe a amplitude de desafios temáticos.⁶⁷

3 CAPTURA DE BEM-ESTAR E CAPTURA DE RENDA

Dennis Mueller aduz que foi Anne Krueger, em estudo publicado em 1974, que teve a ideia de atribuir o nome de *rent seeking* para essa lógica de apropriação de renda.⁶⁸

Os custos despendidos com o fenómeno *rent seeking* são potencialmente grandes e uma das curiosidades da literatura é que tem apresentado o caso como se fosse exclusivamente do setor público, porém a lógica do *rent seeking* igualmente se aplica ao setor privado.⁶⁹

O conceito de captura de renda – *rent seeking*, contempla todas as situações coletivas em que se dissipam recursos na disputa por alguns valores ainda não apropriados e susceptíveis de serem capturados. Fernando Araújo, leciona:

O <<rent-seeking>> consiste no esforço de transformação de recursos comuns em recursos privados, individualmente apropriados – uma transformação não isenta de custos, mormente quando ela é contestada e não é presidida por critérios normativos de adjudicação que sejam universalmente aceites, o que por si só determina uma dissi-

⁶⁶ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. Cit.*, p. 52.

⁶⁷ ARAÚJO, Fernando. *Op. Cit.*, 2005, p. 617.

⁶⁸ MUELLER, Dennis C.. *Op. Cit.*, p. 36.

⁶⁹ *Ibid.*

pação <<friccional>> dos ganhos em jogo.⁷⁰

Trata-se, em poucas palavras, de uma forma de dissipação de recursos que se afasta da maximização⁷¹ do bem-estar geral, podendo ser operacionalizada por meio de formas de oportunismo, traduzidas na exploração da vulnerabilidade da outra parte.

Fernando Araújo adverte que nem sempre o *rent seeking* é uma simples conduta de perversão ou resultado de um oportunismo, porque algumas vezes pode estar associado à racionalidade limitada do agente em contextos complexos que apresentam ao sujeito uma perspectiva de ganho imediato que não se afigura onerado com os mais remotos custos de dissipação de renda.⁷²

4 A INEFICIÊNCIA DO MONOPOLISTA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO: A DOUTRINA DO ‘TERRENO BALDIO OU NÃO CULTIVADO’

Quando, em posição dominante no mercado concorrencial, o beneficiário de direitos exclusivos não consegue desenvolver de forma eficiente a atividade que lhe foi acometida, essa ineficiência da empresa monopolista é comumente designada pela doutrina do ‘terreno baldio ou não cultivado’, por comparação com o agricultor que não cultiva o campo agrícola,

⁷⁰ ARAÚJO, Fernando. *Op. Cit.*, 2007, p. 57.

⁷¹ A maximização do bem-estar total pode ainda ficar comprometida por diversos outros fatores, dentre eles: presença de externalidades, efeitos causados por distorções informativas, impaciência dos negociadores no estabelecimento de soluções otimizadoras da captura, pela interferência de terceiros no contrato, por vontade de ambas as partes em converter determinado contrato em barreiras de entrada no Mercado (conluio), pelo efeito desincentivador do próprio desequilíbrio entre excedentes e pela natureza do que é contratualmente estimulado. (Cf. ARAÚJO, Fernando. *Op. Cit.*, 2007, p. 58-59.

⁷² ARAÚJO, Fernando. *Op. Cit.*, 2007, p. 58.

apesar de possuir todas as condições de o fazer.⁷³

Deve-se sublinhar, entretanto, que por vezes poderá ocorrer que o mercado não seja susceptível de corrigir as afetações iniciais de recursos e que poderá se verificar uma operação em condições sub-ótimas, de uso de baixo valor, por sobre-uso ou por sub-uso.⁷⁴

Quando se enfrenta a temática afeita a estadualização dos monopólios é usual que sejam colocadas em confronto questões de eficiência e de justiça distributiva, notadamente em face da prossecução da universalização de acesso a serviços.

Repise-se apenas que na perspectiva de *law and economics* ora adotada, a ênfase está na questão da eficiência. Conforme sublinha Fernando Araújo, para haver uma ‘tragédia’, seja dos ‘baldios’ ou dos ‘anti-baldios’, é necessário que exista um problema de bem-estar total, não sendo suficiente apenas a questão distributiva. Ainda que despontem resultados injustos em termos distributivos, que devem seu objeto de outra forma de análise.⁷⁵

Implica reconhecer que nem sempre estarão reunidas as condições necessárias para a extinção da monopolização de setores econômicos pelo Estado, com a conseqüente assunção desses setores pelo setor privado, em regime de livre mercado. Significa reconhecer que poderão existir situações em que o monopólio natural operado pelo Estado seja, efetivamente, a solução mais eficiente em termos de maximização bem-estar, a par da conclusão que a concorrência em determinado setor de bens ou serviços possa se afigurar pior que o monopólio.

Insista-se, todavia, o que se pretende é trazer à reflexão

⁷³ CADETE, Eduardo Maia. *Concorrência e serviços de interesse económico geral*. Lisboa: Centro de Informações Europeia Jacques Delors, 2004, p. 62.

⁷⁴ ARAÚJO, Fernando. *A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 31.

⁷⁵ ARAÚJO, Fernando. *Op. Cit.*, p. 31.

eventual existência de vício de origem na criação e operacionalização dos setores econômicos objeto de monopólio pelo Estado, notadamente explorado por meio das empresas estatais que demonstram largos resultados lucrativos.

Repise-se que conceito de atividade econômica contempla toda atividade que consista numa oferta de bens ou serviços num dado mercado susceptível, ao menos em princípio, de ser exercida por uma entidade privada que pretenda a realização de um escopo lucrativo. Representa uma noção evolutiva, intimamente ligada ao avanço tecnológico e à própria evolução social e política daquilo que pode ser prestado no mercado e pelo mercado. Nessa linha, assiste-se a uma política de liberação e privatização conducente a confiar ao setor privado a realização de tarefas que até pouco tempo eram apenas exercida pelo Estado e que se consideravam excluídas do mercado.⁷⁶

Essa noção traz consigo a idéia de que, em determinado sentido, a empresa pode ser ‘pública’ desde que seja idêntica a uma empresa privada, mas não deve ser ‘pública’ no sentido etimológico do termo.

Por óbvio que a situação reflete uma clara obscuridade: uma imprevista dificuldade objetiva de conciliar a ideia de uma empresa beneficiária de direitos exclusivos com um regime de concorrência livre.

5 UM IMPERATIVO PÚBLICO: A OBRIGATORIEDADE DO ALCANCE DA EFICIÊNCIA PRODUTIVA DOS MONÓPOLIOS

Em princípio, o recurso a propriedade pública das empresas que provem serviços sob condições de monopólio natural tem bom fundamento, uma vez que podem induzir uma maior eficiência econômica. A característica mais atrativa do monopólio público é que ele pode ser direcionado para equiparar o

⁷⁶ CADETE, Eduardo Maia. *Op. Cit.*, p. 23.

preço ao custo marginal, praticando somente a discriminação de preço necessário para evitar o déficit.⁷⁷

Assim, o interesse microeconômico da estadualização dos monopólios deve refletir valor agregado em termos de ganho de produtividade e eficiência na cadeia de produção e prestação dos serviços. Ou seja, deverá existir um acréscimo de valor economicamente superior à provisão tradicional do serviço em mercado de concorrência livre, devendo os benefícios esperados superar também os custos de transação⁷⁸ associados, uma vez que esses se tornam obstáculos friccionais tendentes a afastar do ponto de equilíbrio ótimo.⁷⁹

Nessa medida, se a participação do setor privado puder melhorar a eficiência produtiva sem comprometer a eficiência da afetação, será possível concluir que a opção pelo desenho estrutural de mercado centrado na estadualização do monopólio, não corresponda à linha de intervenção estatal mais vantajosa para mitigar a falha de mercado.

A participação do setor privado no mercado, em regra, é susceptível de se traduzir em eficiência produtiva em razão de diversos fatores, dentre os quais se destaca, sem contudo a eles se limitar: (i) a estrutura da propriedade em relação aos ativos necessários para se produzir e prestar o serviço requerido; (ii) o englobamento das diferentes fases da cadeia de produção e prestação de serviços; (iii) a partilha adequada dos riscos com o conseqüente sistema de incentivos ligados à produção e prestação dos serviços.⁸⁰

Naturalmente que os mercados de serviços associados à infraestrutura e serviços públicos estão sujeitos a falhas, de tal

⁷⁷ POSNER, Richard A.. *Op. Cit.*, p. 107. [tradução livre]

⁷⁸ Sobre os custos de transação e seus efeitos, ver dentre outros: STIGLITZ, Joseph E.. *Economics of the public sector*. 3. Ed. Singapura: W.W. Norton & Company, 2000, p. 229 e ss.; ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 197 e ss.

⁷⁹ ARAÚJO, Fernando. *Op. Cit.*, 2007, p. 253-254.

⁸⁰ AZEVEDO, Maria Eduarda. *Op. Cit.*, p. 471.

sorte que têm demandado a intervenção pública para garantir a respectiva provisão na quantidade e qualidade socialmente desejáveis. Assim é que, tradicionalmente, o setor público além de garantir o acesso e a prestação do serviço, igualmente assegura a propriedade dos bens infraestruturais e outros meios específicos indispensáveis à prestação de determinados serviços públicos.

Entretanto, a teoria econômica mais recente sugere que a formula clássica de provisão pode não ser a ideal, de tal forma a admitir que a promoção da eficiência de afetação de recursos é possível de ser combinada com a eficiência produtiva, por meio da atribuição da propriedade e exploração dos ativos infraestruturais ao setor privado.⁸¹

Nessa perspectiva, um operador-proprietário possui fortes incentivos para conseguir ainda maior eficiência produtiva, tendo em vista que detém o controle dos ativos e do seu respectivo uso. Todavia, há de se ter em conta que o dever de cautela estatal deve garantir que a propriedade privada seja suscetível de se constituir um elemento de incentivo para explorar a possibilidade de redução de custos, sem que a qualidade e a universalidade do serviço seja comprometida no processo.

Tal cenário induz que o setor público pode otimizar a sua intervenção na economia no que se refere à eleição de exploração dos monopólios de atividade econômica, ainda vigentes, por meio da análise do binômio qualidade da prestação do serviço e eficiência produtiva desejada.

Naquelas situações em que o setor público seja capaz de prosseguir idêntico nível de eficiência e mesma definição da qualidade do serviço com o setor privado, há de se optar pelo abandono da intervenção estatal nos moldes em que se encontra estabelecida.

Por sua vez, não se pode olvidar que na perspectiva do setor público, a existência de custos de transação elevados pode

⁸¹ *Ibid.*

ser um dos argumentos hábil a condicionar a decisão do ente público durante o processo de eleição entre confiar a prestação do serviço público a um agente privado ou realiza-lo ele mesmo, ainda que de forma menos eficiente.⁸²

Os custos de transação, embora toleráveis não são negligenciáveis, uma vez que são passíveis de afetar os ganhos globais de eficiência. Esse custos podem resultar, dentre outros, de fatores relacionados com a assimetria de informação quanto a benefícios e custos de cooperação, de questões relacionadas com medição e avaliação dos interesses em jogo, de bloqueios oportunistas e da possibilidade de existirem eventuais pagamentos compensatórios.⁸³

Desde logo, reconhece-se que os custos de transação podem se constituir em verdadeiras barreiras de entrada e funcionar como entraves à participação no mercado, limitando *ex ante* a concorrência pelo mercado.⁸⁴

Apesar de os custos de transação poderem representar um problema de grande envergadura imputado no momento de deslocamento da atividade econômica antes de domínio estatal para o setor privado, afigura-se possível que tais custos venham a declinar com o tempo na medida em que se verifiquem economias de escala e sejam incorporados os ganhos de experiência de gestão.⁸⁵ Para tanto, os ganhos de eficiência devem superar os custos de transação.

Trata-se de configurar esse teste como exercício de fundamentação da escolha pública, prevenindo que a colocação no mercado das atividades econômicas atualmente exploradas pelo Estado em regime de monopólio atenda, de forma preferencial ao fato se afigurar economicamente adequada sob o viés microeconômico, ao mesmo tempo em que deve ser garantida a

⁸² AZEVEDO, Maria Eduarda. *Op. Cit.*, p. 482.

⁸³ ARAÚJO, Fernando. *Op. Cit.*, 2007, p. 256.

⁸⁴ AZEVEDO, Maria Eduarda. *Op. Cit.*, p. 481.

⁸⁵ *Id.*, p. 483.

eficiência social.

Desse modo, o conceito de eficiência econômica enquanto objetivo a ser perseguido pela moderna Administração Pública, requer a demonstração da necessidade e utilidade da permanência da exploração das atividades econômicas em regime de monopólios pelo Estado.

6 O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA: A PROSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E O LUCRO

Ao buscar a caracterização da Administração Pública contemporânea, notadamente no que se refere à atuação empresarial do Estado é inevitável questionar se a busca pelo lucro inerente à atividade não representaria afronta à moralidade administrativa.

Dito de outro modo, indagar se o exercício da função administrativa brasileira, no atual cenário com setores de mercado monopolizado permite a identificação de um ‘Estado lucrador’.

Reconhece-se que as funções do Estado são decisivas para que o mercado assuma um papel essencial na coordenação da atividade econômica, papel característico de um sistema em que o planejamento não é um *imperativo*, mas antes *indicativo*, quadro para o qual apontam as economias de mercado, mesmo se corrigidas pela intervenção pública.⁸⁶

Desse modo, sendo comumente aceite que as falhas de mercado justificam a intervenção estatal, em face da frequência com que ocorre a monopolização de atividades econômicas, questiona-se se essa intervenção não se traduziria apenas em mera substituição de falhas de mercado por falhas de Estado, nos termos da abordagem trazida pelos adeptos da teoria da escolha pública.

⁸⁶ PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. *A posição dominante relativa no direito da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 10.

Nesse sentido, Richard Posner aduz que outro aspecto a ser analisado é se a equalização de rendimentos é a política social sólida, pelo menos no sentido de que justificaria esforços para eliminar os lucros de monopólio natural. Muitos economista contemporâneos, por exemplo, não estariam dispostos a afirmar que a distribuição mais equitativa da riqueza seria aumentar a soma de bem-estar ou a felicidade humana.⁸⁷

A eliminação do incentivo do lucro parece ser um preço alto a pagar por uma alocação eficiente e pela eliminação dos incentivos do monopólio, quando esse segundo objetivo puder ser bem resolvido, ou pelo menos aproximado, direcionando a empresa pública para maximizar os lucros e pela dosagem do gestores compensação aos lucros obtidos, preservando, assim, um elemento de incentivo do lucro.⁸⁸

Nesse modelo revisado do monopólio público, os lucros de monopólio caberiam ao governo, o que poderia, em seguida, distribuí-los de acordo com a necessidade do público. Uma possível solução poderia ser conceder desconto para os consumidores da empresa.⁸⁹

Embora o arranjo seja preferencialmente pelo monopólio público, isso não elide a preocupação com a eliminação do efeito disciplinador do mercado de capitais e de sua ameaça, ainda que atenuado, pelo efeito corporativo *take-over* decorrente da pressão política. Uma empresa pública é especialmente susceptível `a pressões de grupos de interesse e afastar-se de uma operação eficiente em áreas vitais da gestão empresarial como, por exemplo, política de preços e salários, política de contratação e locação de planta. Talvez esses efeitos possam ser afastados se somente alguns dos membros da diretoria colegiada fosse designado pelo governo, situação em que a empresa pública poderia, portanto, encontrar-se em competição

⁸⁷ POSNER, Richard A.. *Op. Cit.*, p. 4. [tradução livre]

⁸⁸ *Id.*, p. 107. [tradução livre]

⁸⁹ POSNER, Richard A.. *Op. Cit.*, p. 107. [tradução livre]

com o setor privado.⁹⁰

Empresa pública e empresa privada operam com diferentes padrões de privilégio e restrição que a igualdade concorrencial seria extremamente difícil conseguir.⁹¹

Na medida em que a empresa pública pode ser dissociada da influência política e suas operações colocado sobre uma base totalmente eficiente, por exemplo sem diferenciações tributárias, a concorrência leal com empresas do setor privado pode ser possível. De qualquer forma, uma questão sobre qual seria a reação do governo diante de uma boa fonte de receita – os lucros de um monopólio de uma empresa pública – não resta dúvida de que seria prejudicada a competição privada.⁹²

É muito difícil justificar uma empresa pública quando não se está diante de um monopólio natural.⁹³

Mesmo ignorando esses inconvenientes, é difícil demonstrar que a empresa pública pode ser superior no mercado em termos de princípio ou de viabilidade. Nenhuma alternativa parece prática quando sujeita a uma questão política. A suposta vantagem da empresa pública, com seus distributivos efeitos, sobretudo no que se refere à questão do custo marginal, pode ser obtida sem a empresa pública por meio de soluções de baixo custo, como por exemplo, uma modificação em impostos.⁹⁴

Em se tratando de falha de mercado, é necessário compreender o que é ineficiente e socialmente prejudicial sobre as estruturas de taxas existentes.⁹⁵

No longo prazo, pode haver poucos monopólios naturais, talvez nenhum, como sugere o ritmo da mudança no gosto do consumidor e da tecnologia em uma economia dinâmica.⁹⁶

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Id.*, p. 108-109. [tradução livre]

⁹² POSNER, Richard A.. *Op. Cit.*, p. 108-109. [tradução livre]

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ POSNER, Richard A.. *Op. Cit.*, p. 108-109. [tradução livre]

⁹⁵ *Id.*, p. 113. [tradução livre]

⁹⁶ *Id.*, p. 115. [tradução livre]

Em todo caso, fato é que o longo ciclo de intervencionismo estatal conheceu um recuo a partir dos anos oitenta em razão das transformações de natureza ideológica ocorridas no cenário político, notadamente em face do reconhecimento da existência da intervenção pública enquanto expressão de ineficiência da operacionalidade do setor público estatal.

A necessidade de reduzir o papel e funções do Estado, com a conseqüente redução do setor público constitui objetivo programático de diversos países, demandando uma nítida inversão da intervenção pública, configurando uma nova orientação política dominante no sentido de reposicionamento do público e da iniciativa privada na economia e na sociedade.⁹⁷

A redução do envolvimento da Administração Pública no provisionamento de bens e serviços públicos, a participação crescente do setor privado na execução de tarefas públicas, a valorização do mercado e a substituição dos monopólios estatais pela concorrência, não implica, necessariamente na redução da esfera de responsabilidade pública.

Registra-se: as tarefas públicas não perdem seu *status* de serem públicas pelo fato de serem executadas pelo setor privado. Antes disso, a configuração das funções e atividades transferíveis para o setor privado encontra uma fronteira natural e intransponível que diz respeito à reserva constitucional do Estado na prossecução do interesse público.

O protagonista Estado-Empresário por longo período assegurou para si uma parcela significativa dos fatores de produção e riqueza gerados no país.⁹⁸ Nesse sentido, em simetria com o texto constitucional e com a realidade social e econômica do estado brasileiro, o fim dos monopólios públicos constitui um marco indelével da intervenção estatal a ser perseguido.

⁹⁷ AZEVEDO, Maria Eduarda. *Op. Cit.*, p. 509.

⁹⁸ RODRIGUES, Eduardo Raul Lopes. *Políticas públicas de promoção da concorrência*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2007, p. 429.

Por fim, repise apenas que aquilo que se propôs discutir no presente artigo, com o apoio trazido pela teoria da escolha pública, foi o debate crítico que não deságua no tamanho do Estado, mas sim nos instrumentos para se obter um melhor Estado. E, acerca dessa última proposta parece existir um razoável consenso.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Fernando. *A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação*. Coimbra: Almedina, 2008.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. V. 1. Coimbra: Almedina, 2004.
- AZEVEDO, Maria Eduarda. *As parcerias publico-privadas: instrumento de nova governação pública*. Coimbra: Almedina, 2009.
- ARROW, Kenneth. *Social Choice and Individual Values*. New Haven: Yale University Press, 1951.
- BUCHANAN, James M; TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: logical foundations of constitutional democracy*. In: *The Collected Works of James M. Buchanan*. Vol. 3. Liberty Fund Inc., 2000. Disponível em: <http://www.econlib.org>. Acesso em 25.abr.2013.

- CADETE, Eduardo Maia. *Concorrência e serviços de interesse económico geral*. Lisboa: Centro de Informações Europeia Jacques Delors, 2004.
- CRUZ, José Neves. *A influência da burocracia e dos grupos de interesse na escolha pública*. Coimbra: Centro de Investigação Jurídico Económica, 2009.
- DUNCAN, Black. On the Rationale of Group Decision Making. In: *Journal of Political Economy*. Vol. 56, No. 1 (Feb. 1948), p. 23-34. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1825026>. Acesso em 5.abr.2013.
- FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Eficiência económica e restrições verticais: os argumentos da eficiência e as normas de defesa da concorrência*. Lisboa: AAFDL, 2008.
- KENNETH, Arrow. *Social choice and individual values*. Disponível em: <http://cowles.econ.yale.edu/P/cm/m12-2/>, Acesso em: 3.abr.2013.
- MAÇÃS, Fernanda. Serviços públicos de abastecimento de água, saneamento de águas residuárias urbanas e resíduos urbanos. In: FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo. (Coords.) *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 507-570.
- MONCADA. Luís S. Cabral de. *Direito económico*. 6. Ed. Coimbra: Coimbra, 2012.
- MUELLER, Dennis C.. Public choice: an introduction. In: *The encyclopedia of public choice*. Vol. I. New York: Klumer Academic Publishers, 2004.
- OLSON, Mancur. *The logic of collective action*. Disponível em: <http://outsidethetext.com/archive/Olson.pdf>. Acesso em: 3.abril.2013.
- PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. *A posição dominante relativa no direito da concorrência*. Coimbra: Almedina,

2001.

POSNER, Richard A.. *Natural monopoly and its regulation*. Washington: Cato Institute, 1999.

RODRIGUES, Eduardo Raul Lopes. *Políticas públicas de promoção da concorrência*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2007

ROWLEY, Charles K.. Public choice and constitutional political economy. In: *The encyclopedia of public choice*. Vol. I. New York: Klumer Academic Publishers, 2004.

STIGLITZ, Joseph E.. *Economics of the public sector*. 3. Ed. Singapura: W.W. Norton & Company, 2000.