

Impacto da Regulação e do Judiciário sobre o Bem-Estar Social

sob a Ótica da Teoria dos Jogos

Fernando B. Meneguin¹

Maurício S. Bugarin²

Resumo

O objetivo desta pesquisa é analisar conjuntamente os efeitos da regulação tradicional e do ativismo judicial na atividade econômica e no bem-estar social. Num primeiro jogo, analisa-se exclusivamente a interação entre firmas e agência reguladora. O regulador não conhece claramente a estrutura de mercado vigente, que pode ser de elevada concorrência ou oligopolizado, e deve decidir se intervém na economia por meio de determinação de preço-teto ou não intervém, deixando o mercado livre. O equilíbrio mostra que, se a capacidade técnica do regulador for suficientemente elevada, então a intervenção regulatória aumenta o bem-estar social. Depois se introduz o ativismo judicial *ex-post*, que consiste na imposição pelo Judiciário de redução de preço de uma empresa caso esta seja acionada judicialmente. Nesse caso, dois possíveis equilíbrios podem surgir. Se a intervenção judicial for moderada, a regulação e o sistema judicial se complementam, incrementando o bem-estar social. Por outro, se o ativismo judicial for extremo, então os dois mecanismos se tornam antípodos, de forma que coexistência de regulação ex-ante e ativismo judicial ex-post reduz o bem-estar social. A principal contribuição do estudo é justamente analisar o efeito conjunto desses dois tipos de intervenção pública, prevendo o impacto sobre o bem-estar social.

Palavras-chave

Regulação. Ativismo Judicial. Políticas Públicas. Bem-estar social.
Teoria dos Jogos.

¹ Doutor em Economia. Consultor-Geral Adjunto/Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal.

² PhD em Economia pela Universidade de Illinois. Professor Titular do Departamento de Economia da Universidade de Brasília.

Abstract

The goal of this paper is to analyze the combined effect of regulation and judicial activism on economic activity and social welfare. A first game includes only the regulation agency and the firms, in which the regulator does not know the cost structure of the firms in a specific market, which might be either competitive or oligopolistic. The regulator's intervention consists of setting a price cap for that industry. The equilibrium shows that, if the regulator's capabilities are high enough, then the regulatory intervention increases social welfare. Next, we introduce ex-post judicial activism. There is a probability that a customer will press charges against a firm in that industry, in which case the judicial system will impose a price reduction in that firm's products. In that case, two different equilibria may arise. If the judicial intervention is moderate, then the two types of intervention complement each other in such a way that the combined effect of ex-ante regulation and ex-post judicial intervention is an increase in expected social welfare. Conversely, if judicial activism is extreme, then the two types of intervention become antagonistic and their combined effect is to reduce expected social welfare. The main contribution of the present research is to bring together the two types of government intervention in the economy, the traditional Executive regulation and the more recent judicial intervention, and better understand the combined effect of these interventions on social welfare.

Key words

Regulation. Judicial Intervention. Public Policies. Social Welfare. Game Theory.

1. Introdução

O funcionamento das instituições, no qual se inclui o Sistema de Justiça no Brasil, precisa estar corretamente calibrado de forma a contribuir com uma eficiente coordenação do sistema econômico. A definição de Douglass North, renomado autor institucionalista, deixa clara essa importância: “*as instituições são as regras do jogo em uma sociedade ou, mais formalmente, são as restrições elaboradas pelos homens que dão forma à interação humana. Em consequência, elas estruturam incentivos no intercâmbio entre os homens, seja ele político, social ou econômico*” (North, 1990).

O Poder Judiciário, no entanto, pode prejudicar o desempenho econômico quando gera insegurança jurídica e demora a dar respostas, em tempo hábil, a questões relacionadas ao cumprimento dos contratos, à garantia dos direitos de propriedade ou à definição de disputas decorrentes dos vários marcos regulatórios. Além disso, uma decisão judicial tem o poder de modificar completamente o equilíbrio de determinado mercado, alterando a alocação de benefícios e custos aos membros da sociedade.

Por outro lado, o Judiciário também afeta a condução das políticas públicas. Os juízes, além de averiguarem a regularidade formal dessas políticas, também se pronunciam sobre sua conveniência e oportunidade, o que tem efeito direto na alocação dos escassos recursos do Estado.

Esse raciocínio conduz à seguinte indagação: qual o limite da intervenção do Poder Judiciário na atividade administrativa e na iniciativa privada? Sob o prisma da eficiência, o magistrado tem que tentar antever e medir os impactos que a sua decisão acarretará, ciente da alteração que promoverá nos benefícios e custos vigentes na sociedade.

Nesse sentido, Meneguin e Santos (2013) afirmam que “a análise econômica do direito fornece instrumental teórico para o alcance do próprio conteúdo da eficiência, em suas vertentes objetiva (benefícios e custos) e subjetiva (sujeitos prejudicados e beneficiados).” Ressaltam que o “resultado esperado ao se considerar de forma mais ativa o princípio da eficiência, garante, na aplicação do ordenamento jurídico, um incremento no bem-estar social”.

Pimenta (2006) transpõe o conceito de eficiência para a área jurídica ao afirmar que:

O Direito, como variável economicamente relevante, deve procurar moldar a conduta dos agentes econômicos de forma que os bens e serviços fiquem na propriedade daqueles que não estariam dispostos a cedê-los nem pela compensação financeira que receberiam por isso. A legislação é economicamente eficiente se aloca os bens e serviços para aqueles indivíduos que os valorizam a ponto de não estarem dispostos a abrir mão deles se lhes for oferecido o seu valor em dinheiro. Visto de outro ângulo, esse padrão de eficiência da legislação se verifica quando esta, diante de um eventual conflito de interesses, soluciona-o de forma que os ganhos para o vencedor do conflito sejam maiores do que as perdas para o sucumbente.

Claro que, a depender de como o Judiciário atue e de como ocorrerá a regulação pelo Poder Executivo, haverá alteração nos incentivos da iniciativa privada, com consequências para a especificação dos bens a serem vendidos e a oferta desses bens no mercado.

Dessa forma, o objetivo do presente estudo é analisar a atuação do Poder Judiciário e o impacto dessa atuação no ambiente econômico e na sociedade de forma geral, com o reflexo disso para o bem-estar social, especialmente sua relação com a tradicional regulação da atividade econômica desenvolvida pelas agências reguladoras.

A metodologia para o desenvolvimento da presente pesquisa consiste, inicialmente, em analisar a matéria sob o ponto de vista econômico, utilizando-se o instrumental da Análise Econômica do Direito.

Tão importante quanto o estudo teórico é o levantamento do que acontece cotidianamente. Assim, apresentam-se casos julgados pelo Poder Judiciário, com foco nas consequências das decisões para a sociedade.

Finalmente, discute-se um modelo econômico apropriado, que tenta captar o comportamento estratégico dos agentes conforme suas funções de utilidade por meio do instrumental da Teoria dos Jogos, fazendo uma previsão dos resultados de bem-estar social da intervenção regulatória e judicial.

Para desenvolver a proposta apresentada nesta introdução, este trabalho encontra-se dividido da seguinte forma: na segunda seção, apresenta-se a construção de

uma abordagem econômica que teoriza sobre a quantidade ótima de intervenção judicial. A seção três traz a discussão de julgados atuais do Poder Judiciário, com considerações práticas sobre a eficiência das decisões. Na seção quatro, cerne deste trabalho, há o desenvolvimento de um modelo econômico com base na Teoria dos Jogos para prever a atuação dos agentes envolvidos e seu efeito no bem-estar agregado da sociedade. Por fim, a seção cinco consolida as conclusões do trabalho.

2. O ponto ótimo de intervenção judicial – uma abordagem econômica

Várias teorias buscam entender como funciona a atuação do Poder Judiciário.

A maior parte dos estudos foca principalmente os determinantes do comportamento do juiz. Ferreira (2013) apresenta um resumo dessas teorias, ensinando que três modelos de comportamento judicial se destacam: o jurídico, o atitudinal e o estratégico.

No modelo jurídico, o mais tradicional de decisão judicial, a lei e o direito determinam o voto do juiz. Nesse sentido, lei e política não se misturam nessa teoria. Mesmo quando a lei não é clara, o processo decisório é vinculado a determinadas regras.

O modelo atitudinal é o modelo mais usado na academia para explicar o comportamento judicial. Ele explica o voto de um juiz simplesmente por sua ideologia. Como os estudos “atitudinais” focam no sistema Judiciário americano, essas preferências políticas são classificadas como *liberal* ou *conservadora*. Ao decidir um caso, um juiz imporia sua visão política pessoal, agindo como qualquer outro funcionário do governo, projetando suas ideias de justiça na sociedade pela força de suas decisões.

O terceiro modelo, o estratégico, constitui um aprofundamento do modelo atitudinal em que os juízes se deparam com restrições aos seus objetivos quando tentam decidir os casos. Assim, o comportamento judicial é modelado estrategicamente, no sentido de que os juízes têm suas preferências políticas e sabem que, para alcançar seus objetivos, dependem das preferências dos outros em cada contexto institucional, sendo necessário atuar como atores estratégicos em um jogo de interesses.

Além desses três modelos, há ainda a abordagem econômica, em que se utilizam ferramentas microeconômicas para estudar o comportamento dos juízes, este visto como um indivíduo racional que, apesar de a carreira possuir peculiaridades próprias, possui objetivos como qualquer outra pessoa e busca a melhor maneira de alcançá-los, maximizando sua função de utilidade. O tempo gasto com trabalho e lazer, além de renda e reputação, são alguns dos elementos que compõe a função de utilidade judicial.

Apesar da importância dessas teorias, percebe-se uma lacuna de estudos sobre o comportamento do Judiciário na interação com a Administração Pública e a iniciativa privada. É neste ponto que o presente trabalho pretende focar: não o comportamento do magistrado individualmente, mas atuação do Poder Judiciário como instituição e seu impacto na sociedade.

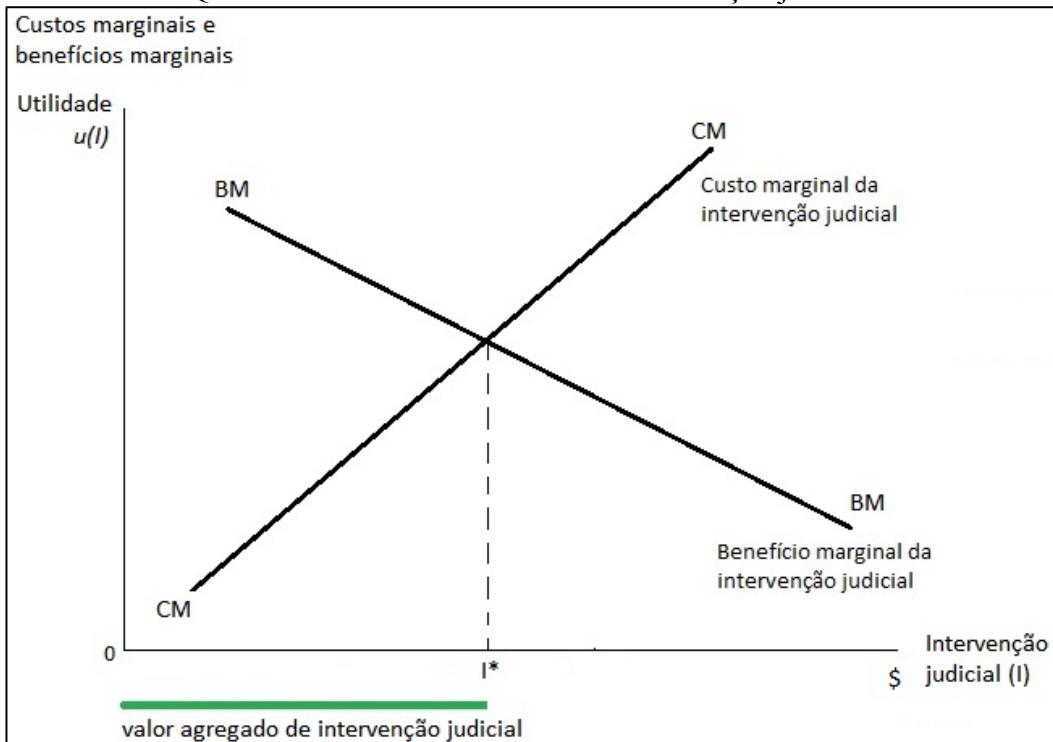
Quando uma empresa maximiza seu lucro, o ponto ótimo é aquele em que o custo marginal (custo para produzir uma unidade adicional do produto) e a receita marginal (receita para produzir uma unidade adicional) se igualam. Isso porque, para a empresa, é bom produzir mais bens até o momento em que o benefício de um bem adicional não mais compense o custo de produzi-lo.

Pode-se adaptar esse raciocínio para o Sistema Judicial de forma a se determinar qual será o ponto ótimo de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, considerando o bem-estar da sociedade (Meneguin, 2014).

Parte-se do pressuposto de que a intervenção judicial irá agregar bem-estar por meio do incremento das utilidades dos membros da sociedade. Portanto, mede-se a intervenção judicial pelo valor das causas concedidas a favor dos litigantes e em detrimento da Administração Pública, no bojo de algum serviço prestado à população.

O benefício marginal da intervenção é o incremento na utilidade social agregada por consequência do gasto de um Real a mais decorrente de ordem judicial, o que pode acontecer por meio de uma despesa extra do Estado. Por outro lado, o custo marginal da intervenção é a diminuição no bem-estar social por conta da necessidade de arrecadação adicional necessária para esse gasto de um Real a mais oriundo de algum mandamento do Judiciário. O gráfico a seguir ilustra a ideia; note que se optou por representar as curvas de benefício e custo marginais como retas por questão exclusiva de simplicidade, sem perda de generalidade para o argumento apresentado.

Gráfico I
Quantidade socialmente ótima de intervenção judicial



Fonte: Meneguin (2014)

A reta denominada BM retrata o benefício marginal para a sociedade resultante da intervenção do Judiciário em uma determinada política pública. Note que a linha é decrescente. Isso denota que o incremento no bem-estar social diminui à medida que a intervenção judicial aumenta. Tal tendência decorre do princípio da utilidade marginal decrescente. Parece razoável supor que quanto mais recursos o Judiciário determinar que a administração pública repasse aos cidadãos, menor será o bem-estar adicional promovido pelo repasse.

Para facilitar o entendimento, pode-se exemplificar o benefício marginal da intervenção judicial decrescente da seguinte maneira: imagine um hospital público que possui uma unidade de tratamento intensivo (UTI) com uma quantidade determinada de leitos disponíveis. Suponha, primeiramente, que há capacidade ociosa na UTI, mas o hospital deseja manter uma margem elevada de segurança e, portanto,

não aceita novas internações no momento. Nesse caso, uma decisão judicial que determina a internação de um cidadão gera um benefício social marginal elevado, pois o benefício para esse cidadão é grande e não há praticamente prejuízo para os pacientes que já estavam lá. Suponha agora que a UTI esteja lotada e um juiz determine a internação de mais um cidadão. Nesse caso, o bem-estar social será acrescido pelo benefício que esse último internado receberá individualmente, mas cairá pelo efeito negativo que promoverá sobre os demais pacientes que já estavam lá (falta de equipamentos para todos, falta de médicos e enfermeiros em quantidade suficiente para atender o excesso da lotação na UTI, etc.). Se as ordens de internação continuarem a ocorrer muito além da capacidade de atendimento da UTI, o benefício marginal da intervenção judicial pode até ser negativo, pois além da falta de equipamentos e pessoal, há riscos de contaminação, de infecção hospitalar e mesmo de morte de pacientes, uma vez que o sistema de saúde não comportava toda aquela demanda.

Outro exemplo que ilustra o benefício marginal decrescente da intervenção judicial pode ser dado na área de educação. É comum haver decisões judiciais em que uma escola pública é obrigada a matricular um aluno, mesmo não havendo mais vagas. Nesse caso, o benefício marginal dessa decisão do juiz será pequeno, podendo até ser negativo, pois trará um ganho para o aluno extra que foi atendido, mas prejudicará todos os demais que já estavam na escola (a sala ficará mais apertada, o professor não conseguirá dar a atenção devida a todos, etc.).

Discutido o benefício da atuação do Judiciário, há que se tratar dos custos. A reta designada por CM no Gráfico I representa o custo marginal da intervenção judicial. No caso dessa reta, ela apresenta um comportamento ascendente. Isso acontece porque, nas primeiras intervenções, é fácil para o Poder Executivo atendê-las, necessitando pouca mobilização da Administração Pública. No entanto, à medida que cresce a quantidade de intervenção, o custo social aumenta, pois exige mais logística da Administração Pública, bem como maior alocação orçamentária para atender às demandas judiciais, restando menos recursos para o desenvolvimento de políticas públicas que atendam à sociedade de forma generalizada.

Tal situação é assim revelada por conta de o ordenamento jurídico estabelecer um caráter prestacional aos direitos sociais, mas não prever uma harmonização entre esses direitos e os recursos disponíveis para a concretização das políticas públicas.

Um exemplo desse fato encontra-se na discussão dos subsídios dados para manter baixo o preço das passagens do transporte público nas cidades brasileiras. Quanto mais subsídios, mais custos para a administração pública e para a sociedade, pois o recurso terá que ser tirado de outra parte do orçamento ou terá que haver aumento da arrecadação tributária, causando desvios alocativos.

Sobre a alocação orçamentária pública, importa citar Ribeiro & Castro (2010, p. 291):

É importante destacar que os recursos são escassos e, por vezes, o conjunto de escolhas que se impõem aos administradores públicos envolve a busca do menor prejuízo e o melhor atendimento ao maior quantitativo de pessoas possível. No mundo real há uma constante necessidade de se avaliarem alternativas, recursos para segurança ou saúde, qualificação de mão de obra ou infraestrutura. Operar essa complexa rede de *trade-offs* representa o papel de elaborar e gerenciar orçamentos públicos.

No encontro da reta do benefício marginal com o custo marginal, há o ponto ótimo que ilustra o valor ideal de interferência do Poder Judiciário. No Gráfico I, este ponto está representado por I*.

Até atingir o valor I*, é recomendável que o Poder Judiciário intervenha, pois há uma redução da ineficiência social. No entanto, qualquer intervenção além de I* irá trazer menos benefícios sociais do que o custo imposto à sociedade para executá-la e, portanto, o Judiciário está piorando a alocação de recursos.

Esses exemplos retratam a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas. Quando se inclui a iniciativa privada no raciocínio, os efeitos sobre o bem-estar social não são tão claros (isso será estudado na seção 4), mas, de qualquer forma, há mudanças na demanda e na oferta por conta de decisões judiciais.

Quando a intervenção no mercado se atém a casos isolados ou a baixos valores, a repercussão no lucro da empresa não é tão significativa. No entanto, se a ingerência do Judiciário aumenta muito, isso afetará a planilha de custos da empresa, que terá que repassar tal problema para os preços, prejudicando generalizadamente todos os consumidores.

Na seção seguinte, apresentam-se julgados que afetam tanto as políticas públicas, quanto os negócios privados.

3. Casos decididos pelo Poder Judiciário

Alguns casos julgados recentemente pela Justiça ilustram bem a discussão econômica desenvolvida na seção anterior.

Nos autos do Processo 2012.01.1.071962-0.RMO³, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), a 4^a Turma Cível promoveu debate interessante para a análise a que este texto se propõe.

Conforme o Relatório anexo ao Acórdão, a ação foi ajuizada por um cidadão doente, objetivando medida liminar que determinasse o fornecimento de tratamento médico complementar com iodo 131, em quantidade e com regularidade suficientes ao seu tratamento, conforme prescrição médica apresentada, após ter havido intervenção cirúrgica – tireoidectomia total – em consequência de câncer papilar de tireóide.

A ação decorre do fato de o paciente ter sido encaminhado ao serviço de oncologia do Hospital de Base do Distrito Federal para complementação do tratamento, mas este não ter sido realizado por falta do medicamento.

Após o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela determinando o fornecimento do tratamento complementar, o Governo do DF ofertou contestação afirmando que não tem medido esforços para propiciar tratamento adequado a todos que necessitam, mas que a assistência à saúde não pode ser considerada de modo individualizado, uma vez que depende de políticas públicas para sua implementação e que as demandas individuais, em sede de efetivação de políticas públicas, constituem violação aos princípios da isonomia e da imparcialidade.

A contestação não foi acatada. O Desembargador-Relator argumentou que, havendo prescrição médica para complementação de tratamento oncológico com a utilização de iodo 131, fica caracterizado *direito público subjetivo oponível ao Estado*,

³ Acórdão n.731339, 20120110719620RMO, Relator: JAMES EDUARDO OLIVEIRA, 4^a Turma Cível, Data de Julgamento: 30/10/2013, Publicado no DJE: 14/11/2013. Pág.: 157

independentemente de questões orçamentárias ou da política estatal para o setor, sob pena de restar sonegado, em sua essência, o direito à saúde.

Para embasar sua decisão, o Relator cita caso apreciado no Supremo Tribunal Federal:

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (REsp. 736.524/SP, 1^a T., rel. Min. Luiz Fux, DJ 03.04.2006).

Note que, no presente caso, o Governo do Distrito Federal (GDF) não tem recursos suficientes para atender toda a demanda por serviços de saúde solicitados pela população. Portanto, quando o GDF é obrigado a comprar o medicamento para atender o postulante da ação, há nitidamente um *trade-off*, pois o paciente com câncer será beneficiado, mas haverá menos recursos para atender aos demais pacientes, que ficarão prejudicados.

Do ponto de vista do bem-estar social, quando se utiliza o Gráfico I explicado anteriormente, estima-se que a intervenção realizada por essa decisão esteja à direita de I^* , pois o benefício marginal da compra do medicamento atende exclusivamente o paciente com câncer, mas o custo marginal da alocação desse recurso é alto uma vez que, como o orçamento é escasso, a coletividade perderá com a decisão (haverá menos dinheiro para os demais pacientes, além de, indiretamente, prejudicar todos os que têm o mesmo problema, mas não tiveram acesso à Justiça para obter o tratamento diferenciado, já que a quebra de isonomia dificulta o estabelecimento de uma política pública abrangente).

Outro julgado que se apresenta para o presente debate é oriundo da Justiça Federal. Apesar de existir em funcionamento um mercado de transporte aéreo com preços oscilando conforme as regras de oferta e demanda e de haver uma agência reguladora controlando o setor, o Poder Judiciário, ao julgar uma ação civil pública, tomou uma decisão que pode acarretar perda de bem-estar social. É um típico caso em que a intervenção pode gerar distorção maior que aquela que o juiz se propõe a resolver.

Na referida decisão⁴, a magistrada condenou a empresa TAM Linhas Aéreas a: *a) ofertar aos usuários, nos voos com destino para e/ou origem em Imperatriz-MA, no mínimo, 50% dos assentos com a tarifa denominada "básica"; b) nos meses de alta demanda, em especial dezembro/2013 e janeiro/2014, cobrar do usuário-consumidor o valor máximo de até 50% da tarifa máxima do plano "básico".*

A argumentação da magistrada para tabelar as passagens aéreas para Imperatriz-MA baseia-se no fato de que existe um bem jurídico imediato afetado na relação *sub judice* que é o direito do consumidor. Entende que o valor das passagens foi elevado abusivamente, uma vez que o trecho entre Imperatriz/MA e Brasília/DF custava R\$ 289,00 e passou para R\$ 1.529,00 em janeiro de 2014, caindo para R\$ 429,00 em fevereiro de 2014. A magistrada argumenta que a TAM *ao invés de ampliar a oferta para os meses de referência, devido à procura mais acentuada pelos usuários, limita-se a elevar de forma desarrazoada os preços das passagens aéreas, colocando o consumidor em desvantagem exacerbada.*

No entanto, pode-se inferir que se o trecho Brasília-Imperatriz fosse extremamente lucrativo, outras empresas teriam interesse em oferecer voos entre essas cidades. Se não o fazem, é possível concluir pela inexistência de rentabilidade tão elevada.

Por outro lado, se os preços praticados estivessem razoáveis numa perspectiva de equilíbrio ao longo do ano, a partir do momento que houve o tabelamento, a empresa talvez não tenha mais interesse em manter essa linha, uma vez que ela não é obrigada a trabalhar de forma deficitária.

Outra possível consequência perversa da decisão é o aumento das tarifas dessa linha em períodos não tabelados. Como as elevadas tarifas de dezembro e janeiro

⁴ Processo 0009029-10.2013.4.01.3701 – TRF da 1ª Região

possivelmente subsidiavam os meses de baixa demanda, com a intervenção, quem viajar nos restante do ano possivelmente terá de pagar mais caro.

Além disso, como o tabelamento funciona para a primeira metade dos assentos vendidos, há um nítido favorecimento aos consumidores que comprarem primeiro, que conseguirem se planejar, em detrimento daqueles que precisarem voar esse trecho por conta de uma emergência, por exemplo, ou que não tiverem a oportunidade de comprar a passagem com muita antecedência.

Por fim, pode acontecer também que, para manter o voo a preços que não lhe garanta lucro, a TAM tenha de aumentar a tarifa de outros voos, de forma que os passageiros do país inteiro teriam que subsidiar aqueles que viajam entre Brasília e Imperatriz, caracterizando novamente um subsídio cruzado para os beneficiários da decisão judicial. Em regra geral, quando o preço pago é diferente do custo de produção, gera-se uma ineficiência na economia, com perda de bem-estar. Essa alternativa, no entanto, não é tão provável pela dificuldade de exportar custo extra para outros trechos.

Note-se como uma decisão judicial tem o poder de alterar completamente o equilíbrio do mercado e prejudicar um número muito maior de consumidores do que os supostamente beneficiados.

Conforme Relatório elaborado pela ANAC, “Tarifas Aéreas Domésticas”⁵, relativo ao quarto trimestre de 2012, para atender a um maior número de passageiros, otimizar a ocupação das aeronaves e alcançar rentabilidade, as preferências dos usuários devem ser consideradas na prestação e na precificação dos serviços. Em qualquer atividade econômica, a rentabilidade é fator principal para que se tenha investimento e oferta de serviços. Nesse sentido, as tarifas aéreas são ajustadas a todo instante de acordo com a procura e conforme se aproxima a data do voo.

Isto propicia o atendimento a uma maior diversidade de usuários e uma taxa de ocupação da aeronave que sustente a prestação do serviço. Além das preferências dos usuários, os preços do transporte aéreo são afetados, direta ou indiretamente, por outros inúmeros fatores, tais como: evolução dos custos (estes fortemente influenciados pelo preço do barril de petróleo e pela taxa de câmbio do real

⁵ <http://www2.anac.gov.br/estatistica/tarifasaereas>

em relação ao dólar); eficiência da empresa; distância entre a origem e o destino da linha; grau de concorrência do mercado; densidade de demanda; baixa e alta temporada; ações promocionais de concorrentes; restrições de infraestrutura aeroportuária e de navegação aérea; organização da malha aérea da empresa; porte e eficiência das aeronaves; e taxa de ocupação das aeronaves.

Importante destacar que a distância é apenas um dos fatores que afetam os preços do transporte aéreo, mas não é o preponderante, pois o consumo de combustível é proporcionalmente maior na etapa de decolagem. Quando a aeronave atinge sua velocidade de cruzeiro, o consumo de combustível é menor.

A demanda de voos entre as localidades de origem e destino, por outro lado, é decisiva. Voos entre destinos com baixa densidade de tráfego podem não ser viáveis financeiramente e, quando viáveis, têm passagens mais caras.

Como se percebe, existem diversos fatores que influenciam o preço das passagens. Além disso, há uma segmentação de mercado que propicia a existência de passageiros de um mesmo voo pagando tarifas diferentes. É essa dinâmica que gera a oferta de alguns assentos a baixo preço no transporte aéreo.

O cenário de livre concorrência atrai investimentos para o setor, estimula o crescimento do mercado e promove a ampliação da oferta. A decisão judicial comentada pode reverter esse quadro. Ao tabelar a rentabilidade da iniciativa privada, mesmo sendo esta uma concessionária de serviço público, não se leva em conta o risco específico da atividade nem os custos e características de sua prestação. As consequências negativas serão sentidas pelos consumidores, além de ser mais um agravante para a insegurança jurídica no país.

Nesse caso, o benefício marginal da decisão é pequeno, pois traz vantagens para poucos passageiros, mas o custo marginal é enorme, uma vez que pode trazer prejuízo para várias pessoas.

4. Modelagem formal

Considere um mercado com número reduzido de empresas. É num mercado dessa natureza que é possível existir abuso de poder, podendo tornar

justificável tanto a intervenção regulatória do governo como a intervenção judicial. As empresas que nutrem esse mercado sabem que formam um mercado competitivo ou oligopolizado. No entanto, a sociedade, incluindo o governo e o Judiciário, sabem apenas que se trata de um mercado oligopolizado com probabilidade λ .

Existe um preço de equilíbrio de mercado competitivo, p^c e um preço de equilíbrio oligopolístico de Cournot, p^o , $p^o > p^c$. O governo gostaria de regular esse mercado de forma a induzir o preço correspondente ao equilíbrio competitivo, p^c , que garante o maior bem-estar social. O Judiciário almeja o mesmo resultado. A diferença entre o regulador e o Judiciário é que, no geral, as decisões do primeiro afetam a indústria como um todo, enquanto as decisões do Judiciário são tomadas após este ter sido acionado via processo judicial, afetando diretamente uma empresa específica.

Por desconhecerem a estrutura de custos das empresas desse mercado, nem o agente regulador nem o Judiciário conhecem os preço de equilíbrio p^o e p^c .

Iniciamos a análise excluindo o Judiciário, de forma a termos uma comparação futura com o caso completo em que o Judiciário é considerado. Portanto, nosso foco, neste primeiro modelo, é discutir sob que condições o agente regulador deve intervir nesse mercado.

4.1. A decisão ótima de intervenção do agente regulador

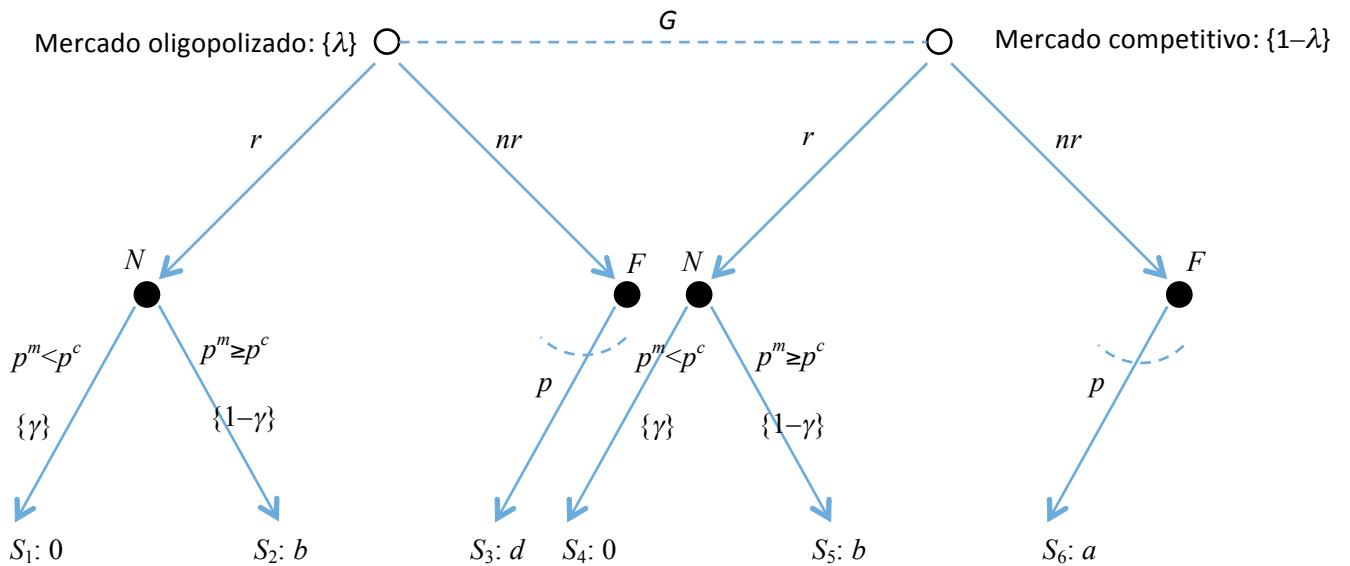
O agente regulador (G) inicia este jogo decidindo se regula, determinando um preço máximo p^m , ação r , ou não regula, ação nr . Supomos que o governo seja suficientemente informado e suficientemente competente de forma que tenhamos sempre $p^m \leq p^o$. Trata-se, no entanto, apenas de uma hipótese simplificatória, visando reduzir a análise e, essencialmente, sem perda de generalidade. A linha tracejada reflete o fato de que o agente regulador toma sua decisão sem saber com certeza se a indústria é oligopolizada ou competitiva.

Caso G decida não regular (nr), as firmas decidem seus preços, seja em ambiente oligopolizado (o que ocorre com probabilidade λ), seja em ambiente competitivo (o que ocorre com probabilidade $1-\lambda$). Na forma extensiva do jogo incluímos apenas uma firma F , por simplicidade. A curva tracejada na forma extensiva

reflete o fato de que existem infinitas escolhas para p , sendo que apenas uma delas é apresentada no gráfico.

Caso o agente regulador decida intervir (r), então determinará um preço máximo que poderá se revelar superior ou inferior ao preço de equilíbrio competitivo. Modelamos essa possibilidade por meio do jogador Natureza, N , que estabelece que o preço será inferior ao preço de equilíbrio competitivo com probabilidade γ e superior ou igual com probabilidade $1-\gamma$.

Os resultados desse jogo, retratados nas situações S_1 a S_6 , são apresentados a seguir.



- Situação $S_1: p^m < p^c$. A regulação é exageradamente rigorosa e não permite às firmas sequer recuperar o custo de produção do bem. Resultado: as firmas fecharão, esse mercado deixará de existir e a sociedade perde a oportunidade de gerar utilidade aos consumidores e lucro para os produtores. É a pior situação para a sociedade, que, infelizmente, ocorre quando o governo intervém demais na economia, como no caso da Venezuela atual, gerando toda sorte de desabastecimento pelo fechamento de mercados. O bem-estar social associado a essa situação é zero.

- Situação S_2 : $p^m \geq p^c$. Neste caso, dada a hipótese de que $p^m \leq p^o$, a regulação permite se chegar a um preço mais próximo do equilíbrio competitivo, aumentando o bem-estar social. No caso limite em que $p^m = p^c$, o governo consegue “acertar em cheio”, garantindo, graças à regulação, o preço correspondendo ao equilíbrio competitivo; temos, nesse caso extremo, o maior bem-estar social possível, que denotaremos por $a > 0$. Em geral, no entanto, teremos um bem-estar social menor, que denotamos por b , $a > b > 0$.
- Situação S_3 : Nesse caso não há intervenção regulatória e como o mercado tem a estrutura de um oligopólio de Cournot, o equilíbrio entre as firmas levará ao preço de oligopólio $p = p^o$. Haverá bem-estar social, nesse caso, mas com muita perda de eficiência devido ao oligopólio. Denotamos por d o bem-estar social correspondente, em que $a > b > d > 0$.
- Situação S_4 : Este caso gera um resultado equivalente àquele obtido em S_1 , ou seja, a indústria é fechada gerando bem-estar social 0, com o agravante que, como a indústria já estava agindo em ambiente competitivo, ela teria alcançado o resultado de maior bem-estar social possível, a , caso não tivesse havido intervenção do governo.
- Situação S_5 : Neste caso a regulação é totalmente inativa, uma vez que o preço regulado se encontra acima do preço de mercado. No entanto, nesse caso, devemos considerar a possibilidade da regulação servir de ponto focal de coordenação das firmas na indústria de forma que, uma vez anunciado o preço, todas firmas convergem para esse preço. Em outras palavras, cai-se numa situação equivalente à situação S_2 em que o bem-estar social é b , menor que o ótimo de competição perfeita. Esse pode ter sido o caso nas regulações de preços anteriores à privatização no Brasil em que, com alta inflação, os preço máximos autorizados pelo governo se tornavam, na realidade, preço base, e a indústria toda aplicava esses preços. Postulamos ser esse o comportamento da indústria nesta situação.
- Situação S_6 : Não havendo regulação em ambiente competitivo, o preço converge para o preço de mercado competitivo, gerando o maior bem-estar social possível a , $a > b > d > 0$.

A escolha ótima do regulador:

Dados os cálculos acima, o que deverá fazer o agente regulador? Calculemos o bem-estar social gerado por sua ação nos dois casos.

Caso não interfira na indústria, o bem-estar social esperado será:

$$\lambda d + (1 - \lambda)a$$

Caso decida interferir na indústria, o bem-estar social esperado será:

$$\lambda\gamma \cdot 0 + \lambda(1 - \gamma)b + (1 - \lambda)\gamma \cdot 0 + (1 - \lambda)(1 - \gamma)b = (1 - \gamma)b$$

Portanto, será ótimo regular a indústria se e somente se:

$$\lambda d + (1 - \lambda)a < (1 - \gamma)b \quad (1)$$

Discussão:

Observe que, se a probabilidade de a indústria ser competitiva ($1 - \lambda$) for elevada, então o bem-estar social gerado pela não intervenção do governo se aproxima de a , o melhor resultado possível. Portanto, o governo não deve intervir em indústrias muito provavelmente competitivas.

Por outro lado, caso a indústria seja muito provavelmente oligopolista (λ elevado), então a não intervenção gera bem-estar social próximo de d , o equilíbrio de oligopólio. Já a intervenção poderá trazer benefício para a sociedade se a probabilidade do agente regulador ser exageradamente exigente (γ) for baixa. Nesse caso em que o agente regulador provavelmente não imporá preço abaixo do preço competitivo, o benefício se aproxima de $b > d$ e será tanto maior quanto mais precisa for a regulação do preço p^m , ou seja, quanto mais próximo o preço regulado p^m for do preço competitivo p^c , o que está intimamente ligado à capacidade técnica do agente regulador. Em outras palavras, a intervenção será preferível se o agente regulador tiver qualidade técnica suficiente para não criar condições para o fechamento da indústria, ou pelo menos fazê-lo com baixa probabilidade.

O Brasil atual tem evoluído muito no que diz respeito à qualidade se seu funcionalismo público, tendo este sido classificado como um dos mais qualificados na

América Latina⁶. Em particular, nossas agências reguladoras dispõem de informação detalhada sobre os mercados que regulam e adquiriram capacidade técnica para analisar essa informação. Portanto, no que se segue, supomos inicialmente que a probabilidade da indústria ser monopolista é elevada e, adicionalmente, supomos ser pequena a probabilidade de uma regulação exageradamente restritiva que levaria a indústria ao seu fechamento. Destarte, a condição (1) será satisfeita e, na ausência de intervenção do Judiciário, o agente regulador desempenha papel importante na redução da ineficiência na economia.

4.2. O efeito da intervenção do Judiciário

Neste ponto, inclui-se no modelo a possibilidade do Judiciário ser acionado por um cidadão qualquer que se sinta prejudicado pela política de preços da indústria. Dado que o cidadão apresentará sua queixa baseado em uma empresa específica, a ação do Judiciário afetará essa empresa especificamente. Neste estudo, supõe-se que o efeito da intervenção judicial se limitará à empresa questionada na Justiça.

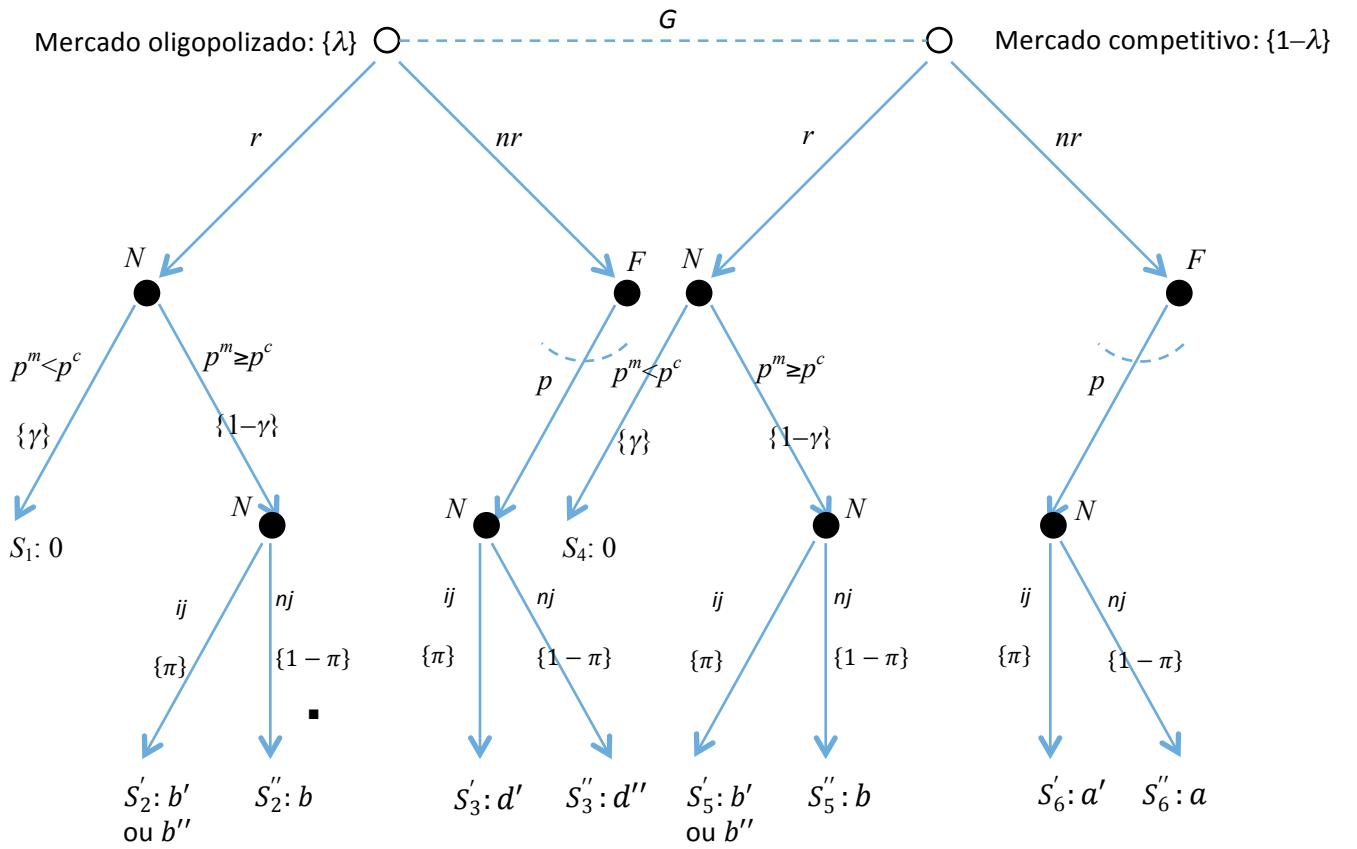
O papel do Judiciário é aqui modelado como uma probabilidade π , $0 < \pi < 1$, de a Justiça determinar uma redução no preço de venda do produto, ou seja, determinar um tabelamento, conforme ocorreu no caso da TAM anteriormente referenciado. Ademais, para simplificar o modelo, supõe-se que o tabelamento exigido, p^j , corresponde a uma fração do preço observado no mercado, ou seja, $p^j(p) = \beta p$, $0 < \beta < 1$. De forma a facilitar a análise, reduzindo o número de comparações possíveis, supõe-se que $\beta p^o \geq p^c$.

Portanto, no novo jogo devemos incluir continuações do jogo anterior nos casos em que a regulação não leva ao fechamento do mercado, ou seja, nas situações S_2 , S_3 , S_5 , S_6 , incluindo a natureza que determina se haverá intervenção judicial (ij) ou não haverá intervenção judicial (nj). As situações S_1 e S_4 , em que há fechamento da indústria por excessiva intervenção regulatória do governo, permanecem, naturalmente, inalteradas.

⁶ Vide Zuvanic et al. (2010).

Os resultados desse jogo estendido, retratados nas situações S_1, S'_2, S''_2 , $S'_3, S''_3, S_4, S'_5, S''_5, S'_6, S''_6$, são discutidos a seguir.

- Situações S_1 e S_4 : São análogas às situações já discutidas anteriormente. Como o agente regulador se revela exageradamente restritivo, a indústria sucumbe à intervenção governamental e as empresas fecham suas portas, gerando retorno social nulo: 0.
- Situações S'_2 e S''_2 :
 - Situação S'_2 : Nesta situação houve intervenção moderada do agente regulador, que reduziu o poder de mercado das firmas oligopolistas. Ademais, houve reclamação na Justiça a respeito do preço praticado por uma firma, que resultou na intervenção judicial, obrigando essa firma a reduzir seus preços de p^m para βp^m . Esta situação se parece ao caso supracitado da TAM que, por mais que seja regulada pela ANAC, teve os preços de suas passagens tabeladas pela Justiça. Mas então, dois casos devem ser analisados.
 - Caso 1: $\beta p^m \geq p^c$. Neste caso a empresa regulada consegue reduzir seus preços de forma a se ajustar à decisão judicial. As demais firmas do mercado, no entanto, não necessitam alterar suas políticas de preços. Haverá um ganho de bem-estar social, que será tanto maior quanto maior for a fatia de mercado da firma em questão. Denotamos por b' o novo nível de bem-estar social. Então: $a > b' > b > d > 0$. Note que, mesmo que $\beta p^m = p^c$, ainda assim não chegaremos ao equilíbrio competitivo, pelo menos no curto prazo, devido à existência de outras firmas no mercado.



- Caso 2: $\beta p^m < p^c$. Neste caso a empresa regulada não consegue cobrir seus custo de forma a cumprir a determinação judicial. Mas então, a empresa preferirá fechar suas portas, reduzindo a oferta do bem, resultando em pressão de demanda. Como o preço está regulado pelo governo, as demais empresas deverão suprir essa demanda e o resultado final é que o bem-estar social é próximo do resultado anterior, b , com uma pequena redução associada aos custos de fechamento dessa firma, como a perda de emprego de seus funcionários, por exemplo. Denotamos por b'' esse nível de bem-estar social. Então, $a > b' > b > b'' > d > 0$.

Observe que, comparado com o modelo anterior sem intervenção do Judiciário há pequeno ganho no primeiro caso em relação a b e pequena perda no segundo caso.

- Situação S_2'' : Neste caso não há intervenção judicial. Portanto, o preço regulado p^m é, de fato o preço de equilíbrio e o bem-estar social correspondente permanece sendo b , como na situação S_2 analisada anteriormente.
- Situações S_3' e S_3'' :
 - Situação S_3' : Nesse caso, não houve regulação governamental da indústria, as firmas escolheram seu preço p livremente, mas houve contestação, gerando intervenção judicial com determinação de redução do preço praticado pela firma acionada pela justiça para βp . Para melhor entender o resultado social nesta situação é necessário melhor entender o preço p que será praticado pelas firmas nesse mercado oligopolizado sem regulação governamental. Para tanto, primeiro analisemos a situação S_3'' .
 - Situação S_3'' : Nesse caso não há nem regulação prévia nem intervenção judicial após a escolha de preços das firmas.

O que farão então as firmas nesse mercado oligopolizado sem regulação governamental? Naturalmente, as firmas esperam que a justiça seja acionada, após a escolha de seus preços, com probabilidade π . Uma firma específica não sabe ao certo se será aquela acionada pela justiça e obrigada a reduzir seus preços. No entanto, se houver n firmas no mercado, é natural supor que a probabilidade de uma firma individual ser acionada na justiça é $\frac{\pi}{n}$. Portanto, uma firma genérica terá o lucro associado ao preço p com probabilidade $\frac{n-\pi}{n}$ e o lucro associado ao preço mais baixo βp com probabilidade $\frac{\pi}{n}$. Mas então, as firmas em equilíbrio oligopolístico preferirão aumentar preventivamente seus preços de forma a compensar a perda de lucro esperada quando há intervenção judicial.

Portanto, o preço de equilíbrio p^{oj} será maior que o preço de oligopólio: $p^{oj} > p^j$. Logo, na Situação S_3'' haverá perda social generalizada nessa situação e teremos um bem-estar social, d'' , ainda menor que no equilíbrio de oligopólio sem intervenção judicial: $a > b' > b > d > d'' > 0$.

Já na situação S_3' haverá, por um lado, aumento de bem-estar social associado à parte do mercado suprido pela firma sob intervenção judicial, que é

forçada a baixar seu preço, mas redução significativa do bem-estar social associado ao resto do mercado, pois as demais firmas cobrarão um preço superior ao preço de oligopólio. Com exceção do caso em que a firma detém fatia muito grande do mercado, espera-se uma redução líquida de bem-estar social em comparação com o caso de oligopólio não regulado para d' em que $a > b' > b > d > d' > d'' > 0$. Essa é a hipótese feita neste trabalho.

No entanto, mesmo que haja um pequeno ganho de bem-estar social na situação S'_3 com $d' > d > d''$ considerando as duas situações S'_3 e S''_3 , o bem-estar social esperado no caso da ausência de regulação será inferior a d : $\pi d' + (1 - \pi)d'' < d$.

Portanto, no caso de ausência de regulação governamental, a intervenção judicial, ainda que bem-intencionada, tem o efeito de reduzir o bem-estar social esperado em relação à situação em que o mercado oligopolístico atinge seu equilíbrio ne certeza da ausência de intervenção posterior. O que ocorre neste caso é que as firmas se antecipam ao possível tabelamento ex-post de seus preços e levam isso em consideração no momento de decidir quanto produzirão no equilíbrio de Cournot, gerando menor produção e maiores preços em equilíbrio.

- Situações S'_5 e S''_5 : Nesses casos houve regulação moderada do governo, mas essa regulação é inativa, pois o preço máximo autorizado pelo órgão regulador encontra-se acima daquele que o mercado competitivo produz. No entanto, conforme discutido no modelo anterior à inclusão do Judiciário, a existência de um preço-teto devidamente publicado pelo governo serve de ponto focal para as firmas da indústria, de forma que elas convergirão para um equilíbrio que gera o preço regulado p^m . Note que esse comportamento de conluio da indústria é fortalecido pelo fato de existir a possibilidade de alguma firma ter seu preço contestado na Justiça que então a force a reduzir seu preço. Portanto, com a possibilidade de intervenção judicial, o equilíbrio já discutido no modelo exclusivo de regulação se torna ainda mais plausível.

Dado que a regulação terminou propiciando um mecanismo crível e claro de coordenação entre as firmas no mercado originalmente competitivo,

transformando-o em não competitivo, temos aqui uma réplica das situações S'_2 e S''_2 . Por questão de completude, reincluímos abaixo a análise anterior.

- Situação S'_5 : Nessa situação houve reclamação na Justiça a respeito do preço praticado por uma firma, que resultou na intervenção judicial, obrigado essa firma a reduzir seus preços de p^m para βp^m . Mas então, dois casos devem ser analisados.
 - Caso 1: $\beta p^m \geq p^c$. Neste caso a empresa regulada consegue reduzir seus preços de forma a se ajustar à decisão judicial. As demais firmas do mercado, no entanto, não necessitam alterar suas políticas de preços. Haverá um ganho de bem-estar social, que será tanto maior quanto maior for a fatia de mercado da firma em questão. Denotamos por b' o novo nível de bem-estar social. Então: $a > b' > b > d > 0$. Note que, ainda que $\beta p^m = p^c$, ainda assim não chegaremos ao equilíbrio competitivo, pelo menos no curto prazo, devido à existência de outras firmas no mercado.
 - Caso 2: $\beta p^m < p^c$. Neste caso a empresa regulada não consegue cobrir seus custo de forma a cumprir a determinação judicial. Mas então, a empresa preferirá fechar suas portas, reduzindo a oferta do bem, resultando em pressão de demanda. Como o preço está regulado pelo governo, as demais empresas deverão suprir essa demanda e o resultado final é que o bem-estar social é próximo do resultado anterior, b , com uma pequena redução associada aos custos de fechamento dessa firma, como a perda de emprego de seus funcionários, por exemplo. Denotamos por b'' esse nível de bem-estar social. Então, $a > b' > b > b'' > d > 0$.
- Situação S''_5 : Nessa situação não há intervenção judicial. Portanto, o preço p^m é obtido em equilíbrio e o bem-estar social, b , é menor do que o nível de bem-estar social a que seria obtido caso não houvesse qualquer tipo de regulação nem intervenção judicial nesse mercado competitivo: $a > b > 0$.
- Situações S'_6 e S''_6 : Nesses casos, não há regulação, de forma que desaparece qualquer mecanismo focal de coordenação nesse mercado competitivo. Portanto,

o preço de equilíbrio será p^c apesar das firmas entenderem que, caso sejam acionadas na Justiça, terão que fechar suas portas. Analisemos cada situação em particular.

- Situação S'_6 : Nessa situação algum cidadão descontente com o preço praticado por uma firma aciona a Justiça que, por sua vez, determina a essa firma que reduza seu preço. Como já foi atingido o equilíbrio competitivo, a firma decidirá fechar suas portas. Por ser um mercado competitivo, a demanda que antes era suprida por essa firma, será eventualmente suprida. No entanto, haverá perda momentânea de bem-estar social associada ao fechamento dessa empresa, como a perda de emprego de seus funcionários, por exemplo. Isso resultará num bem-estar social a' inferior à situação anterior: $a > a' > b' > b > d > d' > d'' > 0$.
- Situação S''_6 : Nesse caso não haverá intervenção judicial e, portanto, o bem-estar social máximo a é atingido neste ambiente competitivo.

O efeito da intervenção judicial sobre a escolha ótima do regulador

Uma vez determinados o bem-estar social em cada uma das situações do novo jogo, podemos analisar qual será a escolha ótima do governo quanto à regulação e compará-la com a situação em que não há possibilidade de intervenção judicial.

Caso não interfira na indústria, o bem-estar social esperado será:

$$\lambda(\pi d' + (1 - \pi)d'') + (1 - \lambda)(\pi a' + (1 - \pi)a)$$

Caso decida interferir na indústria, deveremos analisar dois casos.

No primeiro caso, o valor do fator de redução de preço β é suficientemente próximo de 1, de forma que, quando $p^m > p^c$, também é verdade que $\beta p^m \geq p^c$. Nesse caso, o bem-estar social esperado será:

$$\begin{aligned} \lambda\gamma \cdot 0 + \lambda(1 - \gamma)[\pi b' + (1 - \pi)b] + (1 - \lambda)\gamma \cdot 0 + (1 - \lambda)(1 - \gamma)[\pi b' + (1 - \pi)b] \\ = (1 - \gamma)(\pi b' + (1 - \pi)b) \end{aligned}$$

Portanto, será ótimo regular a indústria se e somente se:

$$\begin{aligned}
& \lambda(\pi d' + (1 - \pi)d'') + (1 - \lambda)(\pi a' + (1 - \pi)a) \\
& < (1 - \gamma)(\pi b' + (1 - \pi)b)
\end{aligned} \tag{1'}$$

Observe que, por hipótese, $\pi d' + (1 - \pi)d'' < d$. Além disso, $\pi a' + (1 - \pi)a < a$. Portanto, o lado esquerdo da condição (1') é menor que seu correspondente na condição (1). Além disso, como $b' > b$, o lado direito da condição (1') é maior que seu correspondente na condição (1).

Portanto, o regulador terá um interesse ainda maior em intervir na indústria. Isso se deve a dois fatos. Em primeiro lugar, há uma conjunção de atitudes moderadas, tanto da parte do regulador (já que $p^m > p^c$ com elevada probabilidade, hipótese feita no primeiro modelo), como do Judiciário, já que $\beta p^m \geq p^c$ neste caso. Em outras palavras, o regulador é bem informado e consegue, com elevada probabilidade, não colocar em risco a sobrevivência das empresas na indústria regulada, e o Judiciário é cuidadoso na sua exigência de redução de preços, o que faz com que, se uma empresa for pega acionada na justiça, ela não será levada a fechar suas portas.

Em segundo lugar, há uma complementariedade de ações entre o executivo e o Judiciário, em que o órgão regulador limita ex-ante o preço da indústria, via preço-teto, e o Judiciário ajusta ainda mais para baixo esse preço ex-post, em caso de ser acionado.

A junção da prudência do agente regulador e do Judiciário com o controle ex-ante e ex-post garantem que o regulador deve intervir nessa indústria.

O segundo caso ocorre quando β é pequeno ao ponto de, ainda que o preço regulado seja maior que o preço competitivo ($p^m > p^c$), o preço requerido pelo Judiciário é menor que o preço competitivo: $\beta p^m < p^c$. Nesse caso, se o regulador decidir interferir na indústria, o bem-estar social esperado será:

$$\begin{aligned}
& \lambda\gamma \cdot 0 + \lambda(1 - \gamma)[\pi b'' + (1 - \pi)b] + (1 - \lambda)\gamma \cdot 0 + (1 - \lambda)(1 - \gamma)[\pi b'' + (1 - \pi)b] \\
& = (1 - \gamma)(\pi b'' + (1 - \pi)b)
\end{aligned}$$

Portanto, será ótimo regular a indústria se e somente se:

$$\lambda(\pi d' + (1 - \pi)d'') + (1 - \lambda)(\pi a' + (1 - \pi)a) \tag{1''}$$

$$< (1 - \gamma)(\pi b'' + (1 - \pi) b)$$

Observe que, assim como no caso anterior, temos por hipótese $\pi d' + (1 - \pi)d'' < d$. Além disso, $\pi a' + (1 - \pi)a < a$. Portanto, o lado esquerdo da condição (1'') continua sendo menor que seu correspondente na condição (1). No entanto, como $b'' < b$, o lado direito da condição (1'') passa a ser menor que seu correspondente na condição (1). Portanto, agora há uma redução em ambos os lados da desigualdade, o que torna sua comparação mais complexa.

Se a redução do termo à direita for pequena e/ou a redução do termo à esquerda for grande, então a condição (1'') será satisfeita e valerá a pena para o regulador impor a restrição ex-ante de preços nessa indústria.

Por outro lado, se a redução do termo à direita for significativa e a do termo à esquerda não for suficientemente compensadora, então a condição (1'') não será satisfeita e o agente regulador preferirá não regular essa indústria.

A razão disso é que, agora, não há completa harmonia entre as ações do agente regulador e do Judiciário. De fato, como o Judiciário é muito exigente na forte redução do preço da firma quanto interpellado (β é pequeno), a firma fechará, causando perda de bem-estar social. Diante disso, o regulador pode preferir não impor restrição de preço teto ex-ante, por temer que a intervenção judicial sobre um preço já limitado, gere falência de empresas e consequente redução de bem-estar social. Trata-se de uma situação em que as atuações dos agentes deixam de ser complementares e passam a ser, de fato, antípodas, uma vez que a ação de um torna ineficiente a ação do outro.

Nesse último caso, o agente regulador escolhe estrategicamente adotar uma postura menos ativa, prevendo a maior pró-atividade do Judiciário, o que tem sido denominado de ativismo judicial.

O resultado aqui encontrado tem importante relação com um debate bastante atual na sociedade brasileira. De fato, o Judiciário tem tomado parte cada vez mais ativa nas decisões da sociedade, intervindo principalmente pela crescente provocação do Ministério Público, ou ainda, via Supremo Tribunal Federal, onde se consolida a visão de conceder prazos para que o Congresso Nacional tome decisões sobre certas leis e, em caso contrário, decidindo no lugar do Legislativo em assuntos originalmente de responsabilidade exclusiva desse Poder, como a revisão dos

percentuais de distribuição do Fundo de Participação dos Estados e a legislação sobre o financiamento de campanhas eleitorais.

Parte da justificativa citada para esse maior ativismo judicial se encontra no entendimento de alguns de que os demais Poderes da República estariam sendo muito pouco ativos e que, portanto, a intervenção do Judiciário se tornaria necessária. No caso particular do modelo aqui apresentado, isso corresponde a dizer que o agente regulador é ineficiente em sua tarefa de regular a indústria, o que quase “forçaria” o Judiciário a tomar a frente na exigência ex-post de redução de preços. O que nosso modelo estilizado sugere é que pode haver uma inversão nesse argumento. De fato, pode ser que a própria falta de atividade do agente regulador seja não a causa, mas sim uma consequência estratégica da previsão por parte deste de que haverá importante intervenção judicial mais à frente. Em outras palavras, é possível que a preocupação com os efeitos desestabilizadores do mercado da intervenção judicial termine causando uma prudência excessiva na regulação ex-ante por parte do agente regulador.

O efeito da intervenção judicial sobre o bem-estar social

Suponha que os parâmetros da indústria em análise sejam tais que a condição (1) seja satisfeita, ou seja, existe alta probabilidade da indústria estar funcionando como um oligopólio de Cournot e a agência reguladora dispõe de competência suficiente para estimar um preço-teto que terá muito baixa probabilidade de levar as firmas da indústria à falência. Então, pelo visto anteriormente, na ausência de intervenção judicial, o regulador achará ótimo agir ativamente nesse mercado, impondo preço-teto às firmas. O bem-estar social correspondente será $(1 - \gamma)b$.

Comparemos essa situação com a situação em que há intervenção judicial. Então, pela discussão anterior, devemos considerar dois casos.

Caso 1: Intervenção judicial comedida:

Trata-se da situação em que $\beta p^m \geq p^c$. Nesse caso o agente regular escolhe intervir estabelecendo preço-teto nessa indústria e o bem-estar social resultante é dado por: $(1 - \gamma)(\lambda b' + (1 - \lambda) b)$. Observe que, como $b' > b$, a intervenção judicial gera um bem-estar social adicional em comparação com o caso de pura regulação ex-ante. Este é o marco institucional de complementariedade entre regulação ex-ante e ajuste ex-post, com todos os agentes envolvidos cautelosos em não gerar fechamento de empresas

produtivas, mas ativos, sendo que o regulador determina um preço teto máximo ex-ante e o Judiciário corrige abusos ex-post.

Nesse caso, portanto, a intervenção judicial é salutar e desejável para a sociedade.

Caso 2: Ativismo judicial desmedido:

Trata-se da situação em que $\beta p^m < p^c$. Conforme vimos anteriormente, dois subcasos devem ser considerados.

Subcaso 2.1: A condição (1'') é satisfeita.

Nesse caso o agente regulador ainda escolhe intervir estabelecendo preço-teto nessa indústria e o bem-estar social resultante é dado por: $(1 - \gamma)(\lambda b'' + (1 - \lambda) b)$. Como $b'' < b$, a intervenção judicial causa perda de bem-estar social se comparada com o caso de pura regulação ex-ante. Este é um marco institucional em que ambos os agentes são ativos mas, ainda que buscando responder aos anseios da sociedade por preços mais baixos, o ativismo judicial termina induzindo empresas a fecharem suas portas por não conseguirem produzir aos preços exigidos pelo juiz, reduzindo o bem-estar social.

Subcaso 2.1: A condição (1'') não é satisfeita.

Nesse caso o custo social com a intervenção judicial sobre o preço regulado é tão elevado que o agente regulador escolhe não estabelecer preço-teto nessa indústria e o bem-estar social resultante é dado por: $\lambda(\pi d' + (1 - \pi)d'') + (1 - \lambda)(\pi a' + (1 - \pi)a)$. Como $\pi d' + (1 - \pi)d'' < d$ e $\pi a' + (1 - \pi)a < a$, temos, pela condição (1), que:

$$\lambda(\pi d' + (1 - \pi)d'') + (1 - \lambda)(\pi a' + (1 - \pi)a) < \lambda d + (1 - \lambda)a < (1 - \gamma)b$$

Portanto, também neste subcaso, a intervenção judicial causa perda de bem-estar social se comparada com o caso de pura regulação ex-ante. Este é um marco institucional em que a regulação ex-ante e o controle judicial ex-post se mostram mecanismos antípodos, de forma que, em presença do ativismo judicial, o regulador prefere não intervir na indústria e o resultado final também é uma perda de bem-estar social.

Portanto, nos dois subcasos, quer seja com a regulação *ex-ante* ativa ou sem ela, a intervenção judicial é prejudicial e indesejável para a sociedade.

5. Conclusão

A regulação procura resolver ineficiências associadas a mercados não competitivos, tentando melhorar o bem-estar social por meio da fixação dos incentivos corretos. Por outro lado, nos países cujas instituições democráticas estão consolidadas, o sistema judicial também tem um importante papel no desenvolvimento da economia.

No entanto, em alguns momentos, essa intervenção judicial pode ser abusiva, situação que pode receber o nome de ativismo judicial extremo. Como visto no decorrer do trabalho, tal intervenção pode alterar o equilíbrio previsto pelo órgão regulador. O que se pretendeu analisar nesta pesquisa foi o efeito combinado tanto da regulação quanto do sistema judicial.

Num primeiro jogo, incluindo apenas firmas e agências reguladoras, a conclusão a se chega é que o se órgão regulador for tecnicamente bem preparado para identificar um oligopólio, então o preço fixado pelo Estado tem o impacto de melhorar o bem-estar social esperado.

Mas, quando se introduz o ativismo judicial *ex-post*, pode acontecer uma redução adicional dos preços praticados, permitindo o surgimento de dois equilíbrios: o primeiro ocorre quando a intervenção judicial é moderada, de forma que a regulação e o sistema judicial se complementam, incrementando o bem-estar social. O segundo equilíbrio prevalece se a intervenção judicial for exagerada, acarretando queda do bem-estar social, podendo inclusive inibir a atuação do órgão regulador.

A principal contribuição do presente estudo é ter abordado conjuntamente os dois tipos de intervenção pública, a regulação tradicional executada pelo Poder Executivo e a intervenção determinada pelo Poder Judiciário, propiciando uma análise dos impactos gerados por essas atuações.

Uma importante implicação dos equilíbrios encontrados consiste em um aviso para o crescente intervencionismo do Poder Judiciário, pois se o ativismo judicial for exagerado a ponto de competir com os órgãos reguladores, haverá queda de bem-estar social e, mais ainda, um incentivo a não atuação da correta regulação.

Referências Bibliográficas

- Ferreira, P. F. A. N. (2013). *Como Decidem os Ministros do STF: Pontos Ideais e Dimensões de Preferências*. Brasília, DF. Dissertação (Mestrado em Economia) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília.
- Meneguin, F. B.; Santos, P. F. O. (2013). *Há Incompatibilidade entre Legalidade e Eficiência?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, ago/2013 (Texto para Discussão nº 133). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 07/04/2014.
- Meneguin, F. B. (2014). “Qual a quantidade ótima de intervenção judicial nas políticas públicas?”. *Brasil, Economia e Governo*. Disponível no endereço <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2014/02/10/qual-a-quantidade-otima-de-intervencao-judicial-nas-politicas-publicas/>. Acesso em 07/04/2014.
- North, D. C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- Pimenta, E. G. (2006). “Direito, economia e relações patrimoniais privadas.” *Revista de Informação Legislativa*, 43 (170), 159-173.
- Ribeiro, R. J. B.; Castro, R. G. (2013). “O direito à saúde e o orçamento público: a busca de um equilíbrio estável.” In: Bliacheriene, A. C.; Santos, J. S. *Direito à Vida e à Saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo, SP: Editora Atlas.
- Zuvanic, L.; Iacoviello, M. com Gusta, A. L. R. (2010) “The Weakest Link: The Bureaucracy and Civil Service Systems in Latin America.” In Scartascini, C., Stein, E. e Tommasi, M., editores, *How democracy works: political institutions, actors, and arenas in Latin American policymaking*. Washington: Inter-American Development Bank.