



Visão Jurídica da Auto-Regulação no Mercado de Seguros

João Marcelo Máximo R. dos Santos

Mestre em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes e Diretor da Superintendência de Seguros Privados

jmsantos@susep.gov.br

Resumo

Este texto aponta alguns elementos no estudo da auto-regulação do mercado segurador brasileiro. Serão delimitados os conceitos de regulação e auto-regulação, traçados paralelos entre a auto-regulação e alguns fenômenos e identificadas as suas vantagens e desvantagens.

Palavras-Chave

Mercado segurador; auto-regulação; regulação estatal.

Sumário

1. Introdução; 2. Do conceito e do desenvolvimento da regulação na prática; 3. Do conceito de auto-regulação; 4. Auto-regulação x regulação estatal; 5. Efeitos da auto-regulação e responsabilidades do agente auto-regulador; 6. Vantagens da auto-regulação; 7. Referências bibliográficas.

Abstract

Legal views on self-regulation for the insurance industry

João Marcelo Máximo R. dos Santos, MA in Tributary Law from Universidade Cândido Mendes and Director of SUSEP (Private Insurance Superintendence)

jmsantos@susep.gov.br

This article exploits some important elements of self-regulation in the Brazilian insurance industry by contrasting the concepts of regulation and self-regulation, establishing parallels between self-regulation and other specific market phenomena and pointing to their advantages and disadvantages.

Key Words

Insurance industry; self-regulation; state regulation.

Table of Contents

1. Introduction; 2. The concept and development of regulation in practice; 3. The concept of self-regulation; 4. Self-regulation x state regulation; 5. Effects of self-regulation and liabilities of the self-regulating agent; 6. Advantages of self-regulation; 7. References.

1. Introdução

É freqüente a utilização, no direito brasileiro e em outros ordenamentos, da expressão “auto-regulação”, para descrever fenômenos bastante diversos. Frequentemente, não fica claro se o fenômeno está mais ou menos relacionado à regulação, à desregulamentação ou à transferência de função regulatória.

Nesse contexto, usando como referência o mercado segurador brasileiro, apontaremos alguns elementos cuja discussão pode ser mais aprofundada no estudo da auto-regulação.

Assim, vamos inicialmente delimitar os conceitos de regulação e auto-regulação, principalmente como forma de organizar nossos comentários, e, em seguida traçaremos paralelos entre a auto-regulação e alguns fenômenos. Por fim, identificaremos as vantagens e desvantagens da auto-regulação.

2. Do conceito e do desenvolvimento da regulação na prática

O termo regulação teve a sua introdução no direito pátrio estimulada pelo estudo e pela influência do modelo norte-americano de intervenção estatal na economia por meio de agências. Aliás, “agência” é outro termo cuja incorporação ao direito positivo brasileiro não foi acompanhada de uma adequada conceituação.

A primeira questão a ser salientada é que a regulação não se limita à produção de um ato ou a um conjunto de atos, mas sim a um processo, cujas características e dinâmica dependem de cada ordenamento jurídico e de cada realidade específica.

Por outro lado, regular, em um sentido amplo, é mais do que simplesmente produzir normas, mas intervir no exercício de determinada atividade econômica ou mercado.

Em outras palavras, regulação não é, mesmo do ponto de vista normativo, a simples imposição de regras, mas a intervenção normatizante no ambiente econômico, de modo a reduzir a liberdade ou indicar parâmetros de atuação que devem ser seguidos pelos agentes do mercado ou por aqueles que exercem uma determinada atividade. A esse respeito, é precisa a lição de NELSON EIZIRIK¹:

“Num modelo de sociedade com economia de mercado livre, a ordem legal, então, não estabelece propriamente uma regulação econômica, não limitando, em regra, a conduta dos participantes do mercado. Haverá regulação econômica quando a mercabilidade de possíveis objetos de troca ou a liberdade dos possíveis contratantes estiver materialmente limitada.”

Nesse mesmo sentido, e ampliando o conceito para contemplar a regulação de atividades sociais com vistas a proteger o interesse público em geral, manifesta-se Maria SYLVIA ZANELLA DI PIETRO²:

¹ O papel do estado na regulação do mercado de capitais, p. 19.

² Regulação e legalidade, p. 30.



“Daí a possibilidade de definir a regulação, no âmbito jurídico, de forma mais ampla, que abriga a regulação econômica (da atividade econômica pública e privada) e a regulação social. Nesse sentido, a regulação constitui-se de um conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público.”

Com efeito, é de fundamental importância a compreensão do conceito, ainda que introdutório, de regulação, sendo as definições acima bastante adequadas. De qualquer modo, para os fins desse trabalho, referenciado no mercado segurador brasileiro, consideraremos regulação como intervenção do Estado no ambiente econômico.

Conceituada a regulação, cumpre notar a forma como se dá esse fenômeno na prática e no desenvolvimento dos ordenamentos jurídicos. Neste sentido, transcrevemos o que ensina VITAL MOREIRA³ no tocante à identificação de surtos de juridificação (e de regulação):

*“O primeiro surto (de juridificação) assistiu à diferenciação do Estado e da economia – enquanto economia capitalista de mercado – como dois subsistemas autônomos; nele tiveram origem o sistema clássico do direito civil, baseado na generalidade e igualdade jurídica, na personalidade jurídica, na capacidade para ter e dispor de propriedade, na garantia da liberdade e da propriedade dos indivíduos. O segundo procedeu à juridificação da administração do Estado e o reconhecimento de direitos e interesses legítimos dos cidadãos perante ele (princípio da legalidade da administração e do Estado de direito); o terceiro procedeu ao reconhecimento da participação da generalidade dos cidadãos, por meio de eleições, na definição da vontade do Estado e na formação das leis (sufrágio universal, liberdade de associação política, etc.); **o quarto corresponde ao moderno Estado social e implicou a juridificação da economia e das relações de trabalho, domesticando a ação econômica, do mesmo modo que os surtos anteriores tinham domesticado o Estado.***

*O surto de juridificação da economia levou ao aparecimento do direito econômico como ramo do direito específico, a seguir à I Grande Guerra, bem como ao aparecimento de uma constituição econômica, mediante a introdução das relações econômicas da Lei fundamental (Constituição de Weimar de 1919, Constituição portuguesa de 1933, etc.). Desse modo **a economia deixava de ser juridicamente irrelevante enquanto tal, para passar a ser objeto de extensa e intensa regulação jurídica. O desenvolvimento do moderno Estado social do pós-guerra não fez mais do que acentuar essa evolução.**” (Negritos nossos)*

³ *Auto-administração profissional e administração pública*, p. 124-125.

Assumindo-se como marcos adequados os surtos de juridificação apontados acima, pode-se considerar que o nosso ordenamento já se encontrava, por ocasião da promulgação da Constituição de 1988, cujo art. 174 já se referia expressamente ao Estado regulador, na fase da juridificação da economia, com ciclos de mais ou menos intensa regulação.

No caso do mercado de seguros brasileiro, a regulação dá-se, do ponto de vista normativo, primariamente, por parte do Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP – e, secundariamente, pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP.

Como ilustração, do ponto de vista econômico, do reconhecimento de um surto de juridificação caracterizado pela regulação da economia, não se pode deixar de ter em mente o alerta feito por RAGHURAM RAJAN e LUIGI ZINGALES, o primeiro diretor do FMI⁴, na obra “*Salvando o Capitalismo dos Capitalistas*”⁵:

“o capitalismo sofre forte distorção causada, em especial, pela pressão de corporações poderosas para eliminar a competição saudável e manter sua posição sempre privilegiada, Essa visão seria responsável pela ineficiência econômica e pela injustiça social. ‘É evidente que a percepção acima deve ser vista com reservas, mas as maiores reservas devem ser em relação à reação a esse risco ou fato, que não pode ser ‘ideológica’ mas sim a criação de um ‘sistema sofisticado de monitoramento e equilíbrio’.”

De fato, já não se discute a necessidade da regulação como elemento de equilíbrio, e mesmo sobrevivência, de um sistema econômico capitalista, estruturado com base na existência de um mercado e de liberdade para os seus agentes.

Por sua vez, o atual grau de desenvolvimento social e a evolução das relações econômicas resultam na necessidade de redesenho da juridificação da economia. Isso sob pena de tornar-se o Estado inibidor dos referidos desenvolvimento e evolução, sem que alcance a eficiência desejada.

Com efeito, as políticas de regulação estatais, tanto no sentido amplo (de intervenção) como restrito (de normatização) do termo, têm sofrido transformações estruturais.

Esse movimento acontece porque a vida econômica já não permite uma atuação reguladora focada no estabelecimento de regras de conduta detalhadas e específicas para cada espécie de atividade ou mercado. Diferentemente, o regulador deve ocupar-se cada vez mais da definição

⁴ Trecho de entrevista dada ao jornal **Valor Econômico**, edição de 28, 29 e 30 de maio de 2004.

⁵ RAJAN, Raghuram G.; ZINGALES, Luigi. *Salvando o capitalismo dos capitalistas* – acreditando no poder do livre mercado para criar mais riqueza e ampliar as oportunidades. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.



de estratégias de supervisão e controle, tanto dos agentes econômicos individuais como do conjunto de agentes enquanto grupo e instrumento de auto-regulação.

A globalização da economia, com a gradativa implantação, na prática, de um monismo jurídico que inviabiliza a atuação do estado regulador em uma linha absolutamente desvinculada de práticas internacionais, impõe uma mudança de atitude. Não sendo dessa forma, a opção seria estar ao largo dos processos de desenvolvimento econômico mundiais.

Bom exemplo de atividade essencialmente internacional é o resseguro, em que a atuação reguladora é complexa e envolve a influência da supervisão exercida em um país (onde está sediada a sociedade resseguradora) no funcionamento de mercados diversos (onde estão os ressegurados). Considerando o acima exposto, a imposição de padrões de comportamento e regras prudenciais também tende a ter eficácia mais limitada.

Neste contexto, aliás, tendo em vista a necessidade de mudança de padrões regulatórios, deve-se abandonar a teoria de que a lei, especialmente a administrativa, somente pode admitir a utilização de conceitos determinados e tipos fechados. Isto porque sempre existirá alguma indeterminação em todo e qualquer conceito legal e porque o “tipo fechado” é uma contradição em termos.

Com efeito, no tocante ao tipo, trata-se de referência a um conjunto de elementos que podem ou não integrar uma dada realidade, devendo a suficiência de elementos ser avaliada em cada situação de fato juntamente com os seus efeitos, o que torna o tipo necessariamente aberto. A existência do tipo fechado já foi inclusive afastada por LARENZ, na revisão de sua “*Metodologia*”⁶, antes mesmo da teoria da tipicidade fechada ganhar adeptos no direito brasileiro, especialmente tributário, com a brilhante tese de ALBERTO XAVIER⁷.

Por outro lado, ainda que os conceitos normativos determinados e os tipos fechados fossem ontologicamente possíveis, o que se admite para argumentar, a sua imposição como elementos normativos significaria a produção de normas que já nasceriam ultrapassadas. Isso pela impossibilidade do direito, posto dessa forma, acompanhar todas as transformações econômicas, cada vez mais velozes, ainda que em um ramo instrumental como o econômico, que se caracteriza pela freqüente mutação e adaptação a novas realidades.

Deve-se dizer até que, dada a velocidade de desenvolvimento e da ocorrência de mudanças estruturais nos processos econômicos, mesmo os ciclos de regulação e de desregulação, entendidos como os movimentos pendulares de aumento e redução do nível de intervenção estatal na economia, têm sido cada vez mais curtos.

⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*.

⁷ XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*.

Não se pode deixar de notar que o conceito de regulação tem um significado preciso, que, de forma geral, adequa-se ao tratamento que vem lhe sendo dispensado. Mas a percepção, por parte da comunidade jurídica, desse conceito, por vezes demanda maior precisão técnica.

Exemplo de equívoco freqüente é a utilização da expressão “auto-regulamentação”, a qual carece de qualquer sentido lógico. Isso porque “regula-se” um mercado ou uma atividade econômica e “regulamenta-se” uma lei. Ou seja, enquanto a auto-regulação, tema no qual nos aprofundaremos mais adiante, seria a atividade dos agentes econômicos na sua própria regulação, a auto-regulamentação somente poderia significar a atuação da lei como sujeito na atividade de sua própria regulamentação, absurdo que não demanda maiores comentários.

Em suma, pode-se compreender a regulação como sendo a intervenção no ambiente econômico, com vistas à manutenção de seu equilíbrio e à promoção do seu desenvolvimento. Esse processo passa por ciclos de regulação e desregulação e, atualmente, assiste-se a uma mudança de posição por parte do Estado regulador. Isso na medida em que o foco de sua intervenção deixa de ser, cada vez mais, o estabelecimento de regras de conduta detalhadas para tornar-se a definição de uma estratégia eficiente de supervisão e controle adaptada à dinâmica econômica atual, de freqüentes mudanças estruturais e internacionalização do ambiente econômico.

3. Do conceito de auto-regulação

No tocante à auto-regulação, uma primeira questão a ser definida é se a autorização ou o estímulo por parte da lei ou do órgão regulador é condição fundamental e premissa lógica para a existência de ambiente parcial ou totalmente auto-regulado.

Adotando como modelo o sistema kelseniano⁸, mais recentemente prestigiado por BOBBIO⁹, de ordenamento escalonado em normas hierarquicamente organizadas, cumpre notar que, conforme os diferentes níveis de hierarquia, vai-se desde a norma fundamental até as normas individuais.

Nesse contexto, KELSEN não identifica, ou não trata como elemento estruturalmente relevante, o conteúdo da relação de hierarquia entre os diferentes níveis de normas, se (i) de vinculação ou de discricionariedade, (ii) regulamentação ou execução, (iii) previsão ou autorização e (iv) autorização tácita (por não proibição) ou expressa (por explícito reconhecimento).

Ou seja, tratando especificamente do tema em debate, não seria relevante se a norma é estatal, auto-imposta por contratos multilaterais, geral ou mesmo individual.

⁸ *Teoria geral do direito e do estado*. p. 42 e segs.

⁹ *Teoria do ordenamento jurídico*. p. 31 e segs.

Assim, enfocando a regulação sob o aspecto normativo, existe diferença qualitativa entre (i) a auto-regulação como elemento integrante do ordenamento jurídico imposto a todos que pretendem exercer uma determinada atividade econômica (obrigatória) e (ii) a auto-regulação que decorre da autonomia da vontade e da maturidade institucional da totalidade ou de parte do mercado, caracterizada, do ponto de vista normativo, pela existência de regras voluntariamente seguidas e estabelecidas (voluntária). Mas essa diferença qualitativa não implica diretamente no conceito de regulação, que, enquanto fenômeno normativo, compreende ambas as categorias acima apontadas.

A esse respeito, não é demais notar que a existência de órgãos de classe estruturados, como é o caso, no mercado de seguros e de previdência, da Federação Nacional das Empresas de Seguro Privado e de Capitalização – FENASEG – e da Associação Nacional de Previdência Privada – ANAPP – é um elemento facilitador da construção de um mercado auto-regulado, pela pré-existência de um ambiente propício à discussão de problemas e soluções.

De qualquer modo, tratando-se de auto-regulação voluntária, nunca é demais a lembrança da lição precisa de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA¹⁰ a respeito da autonomia da vontade:

“Detendo-nos um instante mais sobre o elemento vontade, frisamos que o princípio pelo qual se lhe reconhece o poder criador de efeitos jurídicos denomina-se autonomia da vontade, que se enuncia por dizer que o indivíduo é livre de, pela declaração de sua própria vontade, em conformidade com a lei, criar direitos e contrair obrigações. Mas, por amor à regra da convivência social, este princípio da autonomia da vontade subordina-se às imposições da ordem pública, que têm primazia sobre o primeiro, de forma tal que todo reforçamento da ordem pública implica restrição na autonomia da vontade”.

Assim, a auto-regulação voluntária decorre da simples vontade das partes envolvidas de criar e aplicar, no âmbito de suas relações entre si e com terceiros, regras e processos de regulação.

Nesse contexto, o regramento das relações entre os próprios agentes, como um código regulando a portabilidade de valores entre seguros de vida com cobertura por sobrevivência e planos de previdência e regras destinadas a evitar a concorrência desleal, tem uma natureza bilateral e sinalagmática.

Já as regras cuja aplicação se dá na relação com terceiros, especialmente consumidores, como a criação de ouvidorias coletivas e a vedação de publicidade enganosa, objetivam o benefício comum (dos contratantes) da melhora da imagem do grupo de agentes econômicos ou do mercado regulado.

¹⁰ *Instituições de direito civil*. vol. I, p. 305-306.

Pode-se vislumbrar ainda uma terceira categoria, a de instrumentos que tornam desnecessária a intervenção estatal por tornarem mais eficientes os agentes econômicos. Enquadrados nessa hipótese estariam a criação de um código de ética para as seguradoras, de programas de certificação de funcionários e de programas de ajustes patrocinados pelas entidades de classe (como, p. ex., kits mínimos de controles internos a serem implementados em cada empresa com a colaboração do agente auto-regulador, exemplo do que ocorre com os *Quality assurance systems*, introduzidos pela *Sheepmeat Council of Australia*¹¹).

Aqui, aliás, discordamos da posição de NELSON EIZIRIK¹², que, a nosso ver, interpreta equivocadamente a necessidade do elemento de coação estatal direta como caracterizador da auto-regulação. Isso porque existe sanção e coação relativamente ao descumprimento de normas instituídas em um ambiente de auto-regulação voluntária. A sanção é estabelecida contratualmente pelo próprio agente auto-regulador (p. ex. a exclusão do grupo auto-regulado de agentes e a conseqüente perda de *status*) e pode ser cumprida mediante toda espécie de coação, inclusive estatal (o Poder Judiciário pode ser demandado a intervir na execução de um contrato válido de auto-regulação voluntária).

Naturalmente, a auto-regulação pode ser ainda incentivada, autorizada ou prevista pelo órgão regulador ou mesmo pela lei, como elemento da política estatal de regulação de determinada atividade, hipótese em que se pode vislumbrar um nível mais efetivo de auto-regulação.

Não se pode deixar de notar, entretanto, que a organização de formas de supervisão e controle, no tocante a atividades econômicas que demandam a implementação de normas prudenciais rígidas e permanentemente monitoradas, bem como de regras de conduta de mercado, como ocorre com o mercado de seguros, tende a resultar, independentemente da existência de auto-regulação, em intensa atividade regulatória estatal.

Exemplos dessa espécie de juridificação são os Acordos da Basiléia (I e II), para a regulação do sistema bancário, e os seus correspondentes na área de seguros, o Solvência I e II, cujos parâmetros ainda estão sendo definidos, todos buscando a implementação da chamada "supervisão baseada em riscos".

Em suma, a auto-regulação pode ser entendida como o processo de implementação e revisão, pelos próprios agentes de um determinado mercado ou pelas pessoas que exercem determinada atividade, de limites e parâmetros de atuação a serem respeitados no âmbito de suas atividades. A existência da auto-regulação, por sua vez, independe de autorização, incentivo ou determinação estatal, e de integrar o grupo auto-regulado à totalidade dos que constituem o mercado ou exercem a atividade em questão, nada obstante a presença desses elementos significar efetivo fortalecimento do processo.

¹¹ *Industry self-regulation in consumer markets*, p. 28.

¹² *Idem*, p. 80 e segs.

4. Auto-regulação × regulação estatal

Existe, por parte de alguns agentes de mercado, a percepção de que a existência da auto-regulação gera, necessária e imediatamente, a redução da regulação estatal. Essa percepção, entretanto, resulta de entendimento equivocado dos elementos para a construção de um ambiente regulatório adequado.

Um processo de desregulação efetivo ocorre na medida em que o regulador perceba a inutilidade e/ou o excesso de normas, em face (i) do fim perseguido na sua atividade regulatória, de forma geral o bom funcionamento e o desenvolvimento satisfatório do mercado, e (ii) da realidade subjacente às referidas normas.

De fato, pode-se admitir, considerando os objetivos do regulador, ainda que em amplo espaço de indeterminação, a existência de um limite ideal para a imposição de regras. A liberdade de contratar e de exercer uma determinada atividade econômica deve ser restringida na medida desse limite. A desregulação, e mesmo a desregulamentação, ocorrem quando o regulador entende que algumas dessas regras não são adequadas para a construção do ambiente regulatório pretendido.

Por sua vez, a auto-regulação, dependendo da espécie (voluntária ou obrigatória), pode até demandar, como elemento constitutivo do seu arcabouço jurídico, a edição de novas normas, inclusive para institucionalizar adequadamente a atuação do agente auto-regulador.

Assim, é um equívoco imaginar que a auto-regulação resulta, necessariamente, na redução da quantidade de regras a serem seguidas. Até porque um ambiente total ou parcialmente auto-regulado pressupõe regras adequadas, elaboradas e implementadas pelo agente auto-regulador.

Na realidade, o processo ideal de construção de um ambiente auto-regulado tem como passo inicial a atuação dos agentes do mercado, independentemente de qualquer estímulo estatal e da possibilidade de redução imediata do volume de regras a serem seguidas. Deve ser natural e permanente o interesse do mercado na promoção de sua própria eficiência, tornando, sempre que possível, desnecessária a atuação estatal, especialmente no tocante à regulação “policiadora”¹³, entendida como aquela destinada, por exemplo, à proteção dos consumidores.

O referido interesse somente não existirá em casos de imaturidade institucional do mercado e de seus integrantes e de auto-regulação imprópria, por captura do órgão regulador, hipótese em que não cabe uma abordagem técnico-jurídica, mas uma crítica à outorga de benefício (elaboração das regras a serem seguidas) sem a correspondente assunção de responsabilidade (mantida sobre o Estado).

¹³ Em oposição à regulação “gestionária” ou “protecionista” que ocorre, em geral, no caso de profissões reguladas. Sobre o tema, Vital Moreira, *op. cit.*, p.40.



Deste modo, a redução da intervenção estatal em um determinado mercado não se dá com a sua simples substituição pela auto-regulação voluntária ou obrigatória. No caso da auto-regulação obrigatória, inclusive, pode ocorrer, inicialmente, até o aumento do número de regras a serem seguidas. A ação regulatória estatal reduz-se em face de uma realidade na qual, pela existência de auto-regulação, a intervenção do Estado torna-se desnecessária. A diferença é sutil mas não irrelevante: não existe necessariamente um espaço pré-determinado de regulação a ser dividido entre o Estado e o mercado, conforme a conveniência de um ou de outro. Existe, sim, uma realidade que demanda (ou não) a regulação estatal, a qual pode prever, reconhecer ou simplesmente não ser obstáculo à auto-regulação.

5. Efeitos da auto-regulação e responsabilidades do agente auto-regulador

Em uma regulação adequada, a assunção de funções de auto-regulação ocorre juntamente com a assunção de responsabilidades pelo agente auto-regulador e pelo mercado, dependendo do tamanho dessas responsabilidades e da intensidade do processo de auto-regulação.

Por sua vez, dependendo do nível em que se incentiva ou se aceita, como parte do ordenamento, a atuação de agentes auto-reguladores, pode-se enxergar algum grau de coercitividade, perante terceiros, nas regras de auto-regulação.

Nesse contexto, é plausível o entendimento de que, se o ordenamento jurídico positivo legitima a auto-regulação como fonte de criação de normas cogentes para todos aqueles que pretendem exercer uma determinada atividade econômica, e não como elemento inserido na autonomia da vontade e na dinâmica do direito privado, o agente auto-regulador assumirá parte relevante das responsabilidades do Estado regulador, entre as quais se encontram a razoabilidade, a necessidade, a adequação, a publicidade e a fundamentação, perante os próprios auto-regulados e terceiros.

Naturalmente, isso não ocorre na hipótese de auto-regulação voluntária, ou seja, se a eficácia da auto-regulação está relacionada, principalmente, à pretensão de integrar o grupo de auto-regulação por parte dos agentes econômicos, não sendo condição formal para a atuação no mercado regulado.

De fato, não faria sentido que os agentes auto-regulados fossem obrigados a atuar nos mesmos moldes em que atua o Estado se o processo não afeta a outros que não os próprios auto-regulados (excepcionados, naturalmente, os efeitos decorrentes dos benefícios para o equilíbrio e o desenvolvimento do mercado).

Questão importante a ser comentada, embora não se apresente freqüentemente no direito brasileiro, é a relação entre a elaboração e a implementação de normas em um ambiente auto-regulado, seja esta auto-regulação obrigatória ou voluntária, e as normas relativas à concorrência.

De fato, a atividade de auto-regulação não deixa de ser um acordo entre os que se submetem à auto-regulação. Esse acordo pode ser estimulado, aceito ou mesmo positivado como parte do conjunto de normas gerais cogentes que integram o ordenamento jurídico positivo. Mas, de qualquer modo, a auto-regulação resultará da soma das vontades dos agentes privados na aceitação de limites e parâmetros pré-determinados de atuação.

Nesse sentido, existe um risco efetivo de que a atividade auto-reguladora tenha seus fins desviados, deixando de viabilizar o equilíbrio e o desenvolvimento do mercado e reduzir a necessidade de intervenção estatal, para servir como instrumento de manutenção do *status quo* e barreira de entrada. Já em 1974, NELSON EIZIRIK¹⁴ dava notícia de discussões a esse respeito no direito norte-americano, conforme se transcreve abaixo:

“As alegações de violação antitruste podem ser examinadas pelas Cortes em ações privadas por indenização de danos ou pela simples condenação, ou em procedimentos civis ou criminais trazidos pelo Governo, através do Departamento de Justiça. Embora este último ainda não o tenha feito, litigantes privados já intentaram ações contra associações auto-regulatórias, com maior freqüência nos últimos 10 anos.

Como conseqüência do aumento dessas ações, representantes da indústria sugeriram que as medidas e regras das agências auto-reguladoras deveriam ser imunes a responsabilidade antitruste. Alegaram basicamente que:

- 1) As decisões das Cortes, até agora, conciliando a legislação antitruste com a legislação sobre o mercado de capitais não têm sido claras e, além disso, é impossível analisar as conseqüências consideradas restritivas à competição nas medidas adotadas pelas auto-reguladoras; e*
- 2) A responsabilidade antitruste pode inibir a atuação das auto-reguladoras no cumprimento de suas atribuições legais.*

*O Legislativo, no entanto, em estudos recentes, tem julgado possível uma integração das duas legislações com suficiente clareza para que as auto-reguladoras possam prever a legalidade ou não de seus atos. E, num dos seus últimos casos julgados, ficou clara a posição da Suprema Corte, segundo a qual, a conduta anticompetitiva é imune à legislação antitruste apenas se for necessária para o funcionamento do esquema legal de regulação, e sempre na menos extensão possível (caso *Silver versus NYSE*)”.*

¹⁴ Regulação e controle do mercado de capitais – o papel da SEC na experiência norte-americana, p.27-28.

De fato, a existência de normas concorrenciais é, talvez, o principal exemplo de norma de ordem pública cuja observância por parte do agente auto-regulador deve ser estrita, independentemente de ser a auto-regulação voluntária ou obrigatória.

Entretanto, a questão das normas de ordem pública pode ser encarada sob uma perspectiva mais ampla, dado o interesse público existente na atividade de regulação (ou auto-regulação). A literatura mais recente¹⁵ confirma a existência de discussões acerca do tema, conforme segue abaixo:

“The key problem in identifying the proper level and form of accountability lies in deciding whether the self regulation at issue is a matter of private control (a matter for resolution between members) or whether it is governmental (in so far as its affects the public interest) and merits democratic (or judicial) accountability accordingly. For their part, the courts have struggled to produce a clear line on the liability of self-regulatory bodies to judicial review. The judiciary have, for technical and pragmatic reasons, proved reluctant to review the sporting associations but, in cases from data fin onwards, have decided that bodies whose source of power derives neither from statute nor the prerogative, may, nevertheless, be reviewed where they exercise public law functions, their power has a public element, or there is a ‘governmental interest’ in the decision-making power in question. Identifying when power is ‘public’ or governmental for the purposes of review has not, however, been made easy by the judges, who have applied a number of tests and stated, for instance, that where private power extends over substantial areas of economic activity, or affects the public interest and the livelihood of many individuals, this will not necessarily be subject to the rules of public law.”

Como se vê, há uma tendência natural em que se considerem assumidas as responsabilidades e deveres do Estado regulador, na medida em que a auto-regulação represente a assunção de prerrogativas do Estado regulador e mesmo quando a atividade de auto-regulação afete o interesse público de forma relevante, enquanto forma de intervenção na economia.

De fato, mesmo em se considerando a auto-regulação voluntária, as normas auto impostas pelos agentes do mercado devem ter como fim seu bom funcionamento, esses acordos não podem se tornar barreiras de entrada para novos agentes e criar dificuldades para aqueles agentes não filiados.

Em outras palavras, não se pode, a título de afastar o problema do *free-rider*, que se beneficia da melhora do ambiente institucional sem assumir os ônus correspondentes – problema efetivo e que merece atenção tanto por parte do agente auto-regulador como do Estado, eliminar ou restringir, injustificadamente, formalmente ou não, a possibilidade de entrada de novos atores no mercado.

¹⁵ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding regulation*, p. 130-131.

De fato, mesmo em face da auto-regulação, é necessária a permanente vigilância do Estado, cuja não intervenção, permanentemente reavaliada, legitimará a atuação do agente auto-regulador. Tudo de modo a evitar que os riscos acima lembrados tornem-se impedimento ao bom funcionamento do sistema como um todo.

Em suma, a função de auto-regulação, quando reconhecida e institucionalizada pelo Estado, e especialmente quando a auto-regulação se torna vinculante para todos aqueles que pretendam exercer determinada atividade ou participar de determinado mercado, implica na assunção de diversos ônus, em geral, suportados pelo Estado regulador.

Por sua vez, não se pode deixar de ressaltar que a auto-regulação voluntária, diferentemente da auto-regulação obrigatória, não resultará na assunção das responsabilidades positivas impostas aos reguladores, mas tão somente no dever negativo de não infringir o ordenamento jurídico, especialmente as normas concorrenciais.

6. Vantagens da auto-regulação

Conforme já mencionado, existem duas espécies de auto-regulação: a obrigatória e a voluntária.

A auto-regulação, ao menos a voluntária, não depende de autorização estatal para acontecer. Isso porque os agentes de auto-regulação terão como fonte de sua legitimidade o seu significado institucional e do mercado auto-regulado e a sua eficiência reconhecida pelos consumidores e, mesmo que tacitamente, pelos reguladores. Dessa forma, será um benefício os agentes econômicos integrarem o grupo de auto-regulados, independentemente do estímulo ou da determinação estatal.

Já a auto-regulação obrigatória não deixa de ser auto-regulação, mas é efetiva assunção de funções de interesse público por parte do agente auto-regulador.

De qualquer modo, qualquer que seja a intensidade do processo de auto-regulação, é forçoso reconhecer que a auto-regulação reduz a necessidade de regulação e/ou intervenção estatal. Na verdade, com ou sem auto-regulação, a eficiência do mercado regulado na manutenção de seu equilíbrio e na construção de seu desenvolvimento reduz a necessidade de regulação e/ou intervenção estatal. E a auto-regulação, quando adequada, é um elemento de estímulo à eficiência e ao equilíbrio do mercado.

A auto-regulação viabiliza não só que o mercado seja mais eficiente mas, também, que, sendo um processo em evolução permanente, corrija as suas ineficiências de forma mais rápida e com efeitos mais imediatos.

Note-se ainda que, em mercados como o segurador, que dependem intrinsecamente da confiança depositada pelo consumidor, a questão da auto-regulação torna-se ainda mais fundamental.

No tocante à rápida e eficiente resolução de problemas, para o Estado regulador, a eficiência do mercado, que pode ser maior na medida em que seja auto-regulado, gera uma menor necessidade de intervenção. E dada a escassez de recursos que tem caracterizado as organizações estatais (que numa economia globalizada enfrentam a competição pela menor tributação e pela maior atratividade de capitais e atividades econômicas), isso é sempre desejável.

De fato, a auto-regulação pode ser parte da solução estatal para o problema da juridificação da economia atual. É precisa a lição de VITAL MOREIRA¹⁶:

*“Nessa perspectiva, os sistemas complexos contemporâneos excluem a possibilidade de uma regulação esgotante das relações sociais pelo Estado. **O caminho admissível é a restrição da regulação estadual ao estabelecimento e monitorização de esquemas de devolução da regulação aos diversos subsistemas.** A <<racionalidade substantiva>> do sistema jurídico clássico, estabelecendo ele mesmo o conteúdo jurídico da regulação, tem de dar lugar a um <<sistema reflexivo>>, em que a ordem jurídica abandona a regulação substantiva, para se limitar a definir objetivos gerais, a estabelecer parâmetros de regulação e de procedimento e a organizar formas de supervisão e controlo. O direito torna-se <<um sistema de coordenação da acção dentro de (e entre) subsistemas sociais semiautónomos>>; a este paradigma jurídico chama Teubner o <<direito reflexivo>> (1983: 242, 257)”. (Negritos nossos)*

O mesmo autor, antes citado¹⁷, elenca ainda as diversas vantagens, tanto para o Estado como para o mercado, da auto-regulação, entre as quais estão, para o Estado:

- “– desoneração da carga excessiva, tanto política como administrativa e financeira;
- maior eficácia da regulação, derivada da aceitabilidade e observância menos litigiosa por parte dos regulados;
- maior flexibilidade e mais fácil adequação às mudanças de circunstâncias;
- distanciamento e preservação da legitimidade estadual;
- substituição do instrumentário penal, por via de regra moroso e oneroso, pela autodisciplina profissional;
- melhor adequação da regulação à crescente diferenciação e complexidade das esferas reguladas”.

e para organizações profissionais (sendo tudo aplicável à regulação de atividades econômicas em geral):

- “– evitar a regulação estadual directa, conseguindo níveis de regulação menos intensos ou menos lesivos da liberdade e autonomia económico-profissional ou afeiçoando correspondentemente o regime regulatório;

¹⁶ Op. cit., p.128.

¹⁷ Op. cit., p. 92-93.

- *adquirir status para a própria associação e seus dirigentes, e logo acréscimo de influência;*
- *cativar associados e ampliar os meios financeiros da associação profissional;*
- *fomentar a idéia da “responsabilidade social” da profissão;*
- *melhorar o crédito público da profissão e, logo, promover a respectiva actividade económica e profissional”*

Efetivamente, os benefícios da auto-regulação são inquestionáveis, independentemente do prévio incentivo estatal, dependendo da adequação desse processo na busca dos fins corretos e na efetiva assunção das responsabilidades cabíveis por parte dos agentes auto-reguladores.

Além disso, quanto à atuação do Estado regulador enquanto solucionador de controvérsias, a existência de múltiplos conflitos de interesses e, conseqüentemente, de muitas demandas perante o Poder Judiciário, resulta não somente em múltiplas intervenções em diversos casos concretos como em uma tendência de acreditar na existência de desequilíbrios sistêmicos.

Essa crença, por sua vez, gera uma tendência de proteção ao consumidor que pode tornar-se excessiva e, do ponto de vista jurídico, descabida, gerando, talvez, ainda mais desequilíbrio, por meio de precedentes inadequados. É o exemplo do caso em que se impede o despejo de locatária idosa e inadimplente, protegendo-se uma senhora e criando-se uma dificuldade para outras milhares, que se verão forçadas a oferecer garantias adicionais para tornarem-se locatárias.

Não é demais salientar que o Estado, pela própria natureza de suas normas (necessariamente gerais e cogentes), tende a “exagerar na dose” e produzir restrições e regras mais rígidas do que as efetivamente demandadas pelos problemas a serem solucionados, o que também deve ser percebido, pelo mercado, como estímulo à construção de um ambiente auto-regulado.

Como se pode ver, a auto-regulação é processo extremamente benéfico tanto para os agentes do mercado, e para aqueles que exercem determinada atividade, como para o Estado. Para os primeiros, evita-se a intervenção estatal e obtém-se resultados mais efetivos na busca do equilíbrio e do desenvolvimento do mercado ou da atividade, tudo com o fortalecimento institucional do agente auto-regulador e do próprio mercado. Para o Estado, a auto-regulação resulta na redução de sua responsabilidade e na possibilidade da construção de um ambiente regulatório estatal mais focado em estratégias de supervisão e controle eficientes, sem que esteja eliminada a possibilidade de, em sendo necessário, intervir no ambiente regulado.

7. Referências Bibliográficas

- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding regulation*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.
- CUNHA, D Jason B. Della. *Crise do direito e da regulação jurídica nos estados constitucionais periféricos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- EIZIRIK, Nelson Laks. *Regulação e controle do mercado de capitais – o papel da SEC na experiência norte-americana*. Rio de Janeiro: IBMEC, 1974.
- EIZIRIK, Nelson Laks. *O papel do estado na regulação do mercado de capitais*. Rio de Janeiro: IBMEC, 1977.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica da Constituição de 1988*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- INDUSTRY self-regulation in consumer markets* – elaborado por força tarefa da indústria australiana em agosto de 1992.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª edição. Trad. de José Lamego do original alemão intitulado: << *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*>>, 6. ed. reformulada, 1991. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2003.
- MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol I. 19. ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Regulação e legalidade*. In: *Direito regulatório: temas polêmicos*. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di (org.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, p. 27-60
- SADDI, Jairo. *Crise e regulação bancária: navegando mares revoltos*. São Paulo: Texto Novo, 2001.
- TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.