



Luiz Guedes da Luz Neto

**AGÊNCIAS REGULADORAS:
UMA PROMESSA NÃO REALIZADA
CONTRA O RISCO DA CAPTURA**



Universidade Estadual da Paraíba

Prof. Antonio Guedes Rangel Junior | *Reitor*

Prof. Flávio Romero Guimarães | *Vice-Reitor*



Editora da Universidade Estadual da Paraíba

Luciano do Nascimento Silva | *Diretor*

Antonio Roberto Faustino da Costa | *Diretor-Adjunto*

Conselho Editorial

Presidente

Luciano do Nascimento Silva

Conselho Científico

Alberto Soares Melo

Cidoval Moraes de Sousa

Hermes Magalhães Tavares

José Esteban Castro

José Etham de Lucena Barbosa

José Tavares de Sousa

Marcionila Fernandes

Olival Freire Jr

Roberto Mauro Cortez Motta

Design Gráfico e Editoração

Erick Ferreira Cabral

Jefferson Ricardo Lima Araujo Nunes

Leonardo Ramos Araujo

Comercialização e Distribuição

Edvânia Barbosa Freire

Divulgação

Danielle Correia Gomes

Revisão Linguística

Elizete Amaral de Medeiros

Normalização Técnica

Jane Pompilo dos Santos

Copyright © EDUEPB

A reprodução não-autorizada desta publicação, por qualquer meio, seja total ou parcial, constitui violação da Lei nº 9.610/98.

Depósito legal na Biblioteca Nacional, conforme Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

L979a Luz Neto, Luiz Guedes da.

Agências reguladoras: uma promessa não realizada contra o risco da captura[Livro eletrônico]./Luiz Guedes da Luz Neto. – Campina Grande: EDUEPB, 2018.

1457 kb. 209 p.: il.

Modo de Acesso: eduepb.uepb.edu.br/e-books/

ISBN EBOOK 978-85-7879-434-7

1. Agências reguladoras. 2. Direito Econômico. 3. Administração Pública. 4. Estado regulador. 5. Regulação Setorial. I. Título

21. ed. **CDD 352.8**



Editora filiada a **ABEU**

Editora da Universidade Estadual da Paraíba

Rua Baraúnas, 351 - Bairro Universitário - Campina Grande-PB

CEP 58429-500 | Fone/Fax: (83) 3315-3381

<http://eduepb.uepb.edu.br> | email: eduepb@uepb.edu.br

Luiz Guedes da Luz Neto

**AGÊNCIAS REGULADORAS:
UMA PROMESSA NÃO REALIZADA
CONTRA O RISCO DA CAPTURA**



Campina Grande-PB
2018

Ao meu avô Luiz Guedes da Luz
(*in memoriam*),
responsável por me apresentar ao Direito,
e à Luiza Luz, minha filha,
para que possa ser a próxima geração a trilhar o
caminho do estudo e da pesquisa em Direito.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, profa. Dra. Lorena de Melo Freitas, pelas contribuições e orientações metodológicas acerca do pensamento científico;

Aos professores do PPGCJ, cujas disciplinas se fazem presentes como contribuições nesta dissertação;

À minha família, pelo suporte e compreensão nos momentos de ausência do convívio familiar em razão das pesquisas para a elaboração dos artigos científicos e desta dissertação;

À minha esposa, Giselle Lucena, pelo apoio e paciência durante os dois anos do mestrado, período no qual os livros permaneceram amontoados por diversos locais da casa;

Aos meus pais, Luzinete e Francisco, que sempre me deram apoio nas minhas empreitadas;

Ao Grupo Realismo Jurídico, inserido no Núcleo de Pesquisa Teoria da Decisão e Realismo Jurídico.

Ao prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho, cuja convivência no grupo de pesquisa foi bastante gratificante pelas conversas e pelos debates de ideias;

Ao meu primo, o Prof. Dr. César Augusto Carneiro Benevides, pelas conversas e pelo apoio na área da História.

Ao concunhado Luís Fernando Pires Braga pela paciência no auxílio da revisão ortográfica do texto.

Aos servidores da Secretaria do PPGCJ, Luísa e Fernando, sempre solícitos e atenciosos.

Aos colegas e amigos com quem tive o prazer de conviver durante as aulas das disciplinas ao longo do curso.

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS	11
PREFÁCIO	13
<i>Luciano Nascimento Silva</i>	
INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO 1 – PRESSUPOSTOS PARA O DEBATE DA CAPTURA NAS AGÊNCIAS REGULADORAS	23
1.1 Caracterização dos modelos econômicos de Estado que permitiram a formatação das Agências Reguladoras	27
1.1.1 As Guildas medievais e as concessões de monopólio no mercantilismo como hipóteses de antecedentes históricos das Agências Reguladoras	51
1.2 Tipologias de Estado	59
1.3 Modelos ou modalidades de regulação	66
1.4 Contextualizando as Agências Reguladoras no Estado brasileiro contemporâneo	72
1.5 Agências Reguladoras como instituto básico americano	80
1.6 Distinção entre as Agências Reguladoras americana e europeia	84
1.7 A complementariedade da teoria econômica da regulação em Stigler e Duguit como referencial teórico	89

CAPÍTULO 2 – DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	99
2.1 Direito como tecnologia para garantir dominações.....	103
2.2 Agências Reguladoras: proposta originária e confronto com a realidade	112
2.3 Agências Reguladoras como instrumento para garantir reserva/controle de mercado.....	118
2.4 As Agências Reguladoras como modelo incentivado e difundido pelos organismos internacionais na América Latina.....	123
CAPÍTULO 3 – DA CAPTURA	133
3.1 Captura como cooptação.....	135
3.2 Teoria econômica da captura dos reguladores de Stigler	140
3.3 Participação dos Grupos de Interesse: desenho institucional das Agências Reguladoras brasileiras.....	150
3.4 Grupos de interesse e lobby.....	155
3.4.1 Governo	167
3.4.2 Agentes econômicos.....	172
3.4.3 Usuários/Cidadãos.....	176
3.5 A lógica de ação dos grupos de interesse	178
CONCLUSÃO	187
REFERÊNCIAS	195

LISTA DE SIGLAS

ANA	Agência Nacional de Águas
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional de Petróleo
ANPEC	Associação Nacional de Centros de Pós- -Graduação em Economia
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
BIRD	Banco Mundial
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
EUA	Estados Unidos da América
FMI	Fundo Monetário Internacional
ICC	Interstate Commerce Commission
IQS	Indicadores de Qualidade de Serviço
OCDE	Organização para a Cooperação e Desen- volvimento Econômico
PROTESTE	Associação Brasileira de Defesa do Consu- midor
USDA	Departamento de Agricultura dos EUA

PREFÁCIO

A ideia de prefaciar uma obra traduz sempre o sentido de certificação e autenticação, por um lado; o que revela a provocação de expectativas cognitivas, por outro. A obra de Luiz Guedes da Luz Neto, que nos requer a produção de um *prefácio* sobre o resultado textual do seu trabalho dissertativo em nível de Mestrado (Área de Concentração em Direito Econômico), no Programa de Pós-Graduação do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/CCJ/UFPB), que recebe o título de *Agências Reguladoras: uma promessa não realizada contra o risco da captura*, será traduzida pelas expressões que seguem:

(-) A obra que tem origem na proposta de pesquisa em Direito Econômico, submetida e aprovada no processo seletivo do PPGCJ/CCJ/UFPB, recebeu a Orientação Acadêmica da Professora Doutora Lorena de Melo Freitas. Mais ainda, as contribuições de professores como, p. ex., Enoque Feitosa Sobreira Filho e César Augusto Carneiro Benevides. E professores que compuseram a banca avaliadora, p. ex., Sergio Alexandre de Moraes Braga Júnior e Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr. E contributos que surgiram da participação do autor no Grupo *Realismo Jurídico*, inserido no Núcleo de Pesquisa Teoria da Decisão e Realismo Jurídico ;

(-) O autor constrói um discurso afirmativo de *captura* de um sujeito jurídico nominado de *agente regulador*, que surge na realidade jurídica brasileira a partir da invenção das *Agências Reguladoras* que, segundo a construção do autor, foram normativizadas no direito brasileiro à luz do modelo norte-americano, com a edição do processo de reforma administrativa surgida nos governos de Fernando Henrique Cardoso. À luz da referida reforma administrativa, as *Agências Reguladoras* conquistam o *status* de um modelo moderno de produção, garantia e segurança jurídicas. O discurso legitimador surge mediante a afirmação (discurso reformista) de que essas agências são compostas por profissionais especializados (dirigentes), portanto, não sujeitos às influências políticas que se traduzem sempre num processo de *captura* de forma a comprometer o modelo regulatório;

(-) O autor constrói o discurso de que o modelo “moderno” não logrou êxito, já que se pode constatar que os dirigentes dessas agências foram submetidos à *captura* política e de mercado. O texto busca traduzir uma cronologia da edição das *Agências Reguladoras* no plano político brasileiro com o apontamento dos pressupostos históricos e econômicos, isso num primeiro momento. Após, o texto incursiona por linhas argumentativas de descrever o fenômeno das *Agências Reguladoras*, num segundo. O pensamento do autor alcança o estágio da análise da *captura* dessas agências na forma de frustração de um modelo que se anunciava moderno e sucumbiu às forças políticas e econômicas.

A dissertação de mestrado de Luiz Guedes da Luz Neto, busca traduzir uma conjugação de espelhos teóricos a partir daquele pensamento nominado *Teoria da Regulação Econômica* (teoria econômica da captura), formulada por George J. Stigler, numa associação com a ideia de Estado construída por León Duguit (*teoria do estado-fato*), em busca de mostrar uma dinâmica

do fenômeno *captura* relacionado aos *sujeitos regulatórios específicos*, assim conhecidos como *Agências Reguladoras Independentes*.

O trabalho dissertativo é desenvolvido por 3 (três) eixos lógicos sistemáticos: a) *pressupostos para o debate da captura nas agências reguladoras*, b) *das agências reguladoras*; e, c) *da captura*.

O primeiro eixo traz a caracterização dos modelos “modernos” econômicos de Estado que organizaram a formatação das *Agências Reguladoras*. Objetiva indicar algumas possíveis origens dessas agências como, p. ex., guildas medievais e o instituto de concessões de monopólio no mercantilismo. Ideias voltadas às tipologias de Estado e modelos de regulação até alcançar a contemporaneidade, assim como a construção da diferenciação dos modelos americano e europeu.

O segundo, por sua vez, estampa a ideia de posicionar o Direito como instrumento tecnológico garantidor de dominação. Em seguida, confrontar a proposta originária dessas agências com a(as) realidade(as). Mais ainda, as agências como mecanismo para garantir o(a) *reserva/control*e de mercado. E as agências como modelo fomentado na América latina pelos organismos internacionais.

O terceiro e último eixo, descreve o instituto da *captura* como técnica de cooptação praticada pelo (mercado) mundo econômico. Para tanto, faz uso da *teoria econômica da captura dos reguladores* formulada por Stigler. Por fim, constrói um quadro descritivo-analítico sobre os denominados *Grupos de Interesse*, a partir do modelo de agências construído na realidade brasileira com o demonstrativo do nominado *lobby*, que envolve: governo, agentes econômicos, usuários (cidadãos) e a indicação da lógica de ação desses grupos de interesse.

O trabalho dissertativo é instigante e provocador. Mais ainda, surge como letras em busca de expansão do debate e argumentação em torno das *Agências Reguladoras* e, principalmente, no caso brasileiro em que o modelo se demonstrou um

desastre no que se refere à proposta original e o estágio maior traduzido na perspectiva de um quadro de organização das políticas de governo e Estado.

Luciano Nascimento Silva

Professor Adjunto no CCJ/UEPB

Professor Permanente no PPGCJ/CCJ/UFPB

INTRODUÇÃO

O Estado Regulador foi implementado no Brasil na década de 1990, mais precisamente com a reforma administrativa levada a cabo no governo do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso. Naquele momento, defendia-se a ideia de modernização da administração pública para tornar o Estado mais eficiente para responder às demandas oriundas da globalização. Os serviços públicos, antes prestados pela Administração Pública indireta, em especial através de empresas públicas e sociedade de economia mista, foram concedidos, em regra, para a iniciativa privada, em um amplo processo de desestatização e de privatizações. Nesse contexto, as Agências Reguladoras independentes foram apresentadas como a solução para a transição do modelo positivo, ou interventor, de Estado, para o modelo regulador.

As Agências Reguladoras, em razão da sua formatação, com direção composta por profissionais técnicos de larga experiência e idoneidade, foram consideradas como a resposta definitiva para o risco da “captura” regulatória, haja vista que, de acordo com o apregoador na época, os técnicos responsáveis pela regulação nas mencionadas autarquias estariam - pela sua formação e pela estrutura das agências, dotadas de independência em relação ao chefe do Poder Executivo - isentos da influência política, o que, em tese, garantiria uma regulação

técnica de qualidade, visando ao bem comum e ao bem-estar da coletividade. Porém, a realidade demonstra dados contrários à propaganda das Agências Reguladoras, com serviços de má qualidade prestados pelas concessionárias, preço elevado, entre outros problemas enfrentados pelos usuários e consumidores. Eis que a ideia de que a regulação realizada pelas Agências Reguladoras seria eficiente porque se vincularia apenas aos aspectos técnicos da matéria e sempre com o compromisso do interesse público cai por terra. Para explicar essa realidade, analisar-se-ão alguns aspectos teóricos e empíricos relevantes, entre eles a estrutura das Agências Reguladoras, os modelos Norte-americano e Europeu, os grupos de interesse, a dinâmica desses grupos através do *lobby*, teorias econômicas da regulação e Teoria Geral do Estado que explicam, quando analisadas em conjunto, o motivo pelo qual a regulação é capturada pelos grupos com maior força política e/ou econômica na sociedade, com força capaz de ditar o conteúdo da política regulatória a ser desenvolvida pelo Estado.

A intensidade e a forma da intervenção do Estado na economia estão diretamente relacionadas ao tipo do Estado. O Estado moderno surge na Europa, com o advento do Estado-Nação, e passou por vários formatos, do mais interventor, tendo como exemplo o modelo que adotou o sistema econômico mercantilista, até o menos interventor, tendo como ápice o surgimento do Estado liberal.

O estágio atual da história ocidental aponta para um Estado regulador, não mais atuando, em regra, diretamente na economia. Essa fase é recente. No mundo, teve início nos anos 1970 e no Brasil a partir de 1995, com a reforma do Estado promovida naquela época.

A cada momento histórico o Estado precisa encontrar formas mais eficientes de gerir a si mesmo e a sociedade. Esse processo de aprendizado é contínuo e acumulativo, pois a

experiência passada pode ser útil para tentar evitar os mesmos erros na nova fase. Ademais, esse processo histórico é bastante recente, pois o Estado, como o conhecemos hoje, pelo menos a sua base, surgiu com o aparecimento dos Estados-Nações no continente Europeu, conforme acima mencionado, que, além de reformular o mapa político da Europa, substituiu os antigos senhores feudais na administração da coisa comum.

Essa nova forma de administrar a coisa comum através do Estado, com toda a sua máquina administrativa, demandou o surgimento de uma nova cultura, de novos ofícios, bem como de uma nova forma de intervir nos meios de produção.

Um dos grandes desafios do Estado foi e é o relativo à modulação da sua intervenção nas atividades de seus cidadãos. Ao longo da história, tal modulação oscilou entre a intervenção absoluta, a exemplo do que ocorreu no período em que o estado adotou o sistema econômico mercantil, no final do Século XV, e a liberdade dos particulares, com o Estado Liberal, entre os fins do Século XVIII e meados do Século XIX, variando o grau da intervenção de acordo com a cultura de cada país em cada momento histórico.

Conforme já mencionado, no Brasil, a partir de 1995, com a reforma do Estado promovida durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, as agências reguladoras independentes ingressaram no ordenamento jurídico pátrio, por exigência internacional advinda do Consenso de Washington, sendo, não obstante isso, um sinal incontestado do Estado Regulador formatado no texto da Constituição Federal de 1988 e até então não implementado.

Antes, o controle dos serviços públicos, tais como telefonia, transporte terrestre, fornecimento de água, entre outros, estava sob o controle direto da administração pública através da administração indireta (ministérios, secretarias, departamentos etc.). A partir da reforma do Estado formulada no então

governo de Fernando Henrique Cardoso, o controle passou a ser exercido através das então denominadas “agências autônomas”, com especialização e independência dos seus dirigentes em relação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

As agências autônomas, depois denominadas de agências reguladoras, no Brasil são criadas por lei específica, com independência perante a administração direta, não estando subordinada ao Poder Executivo. Foram garantidas a elas mecanismos de proteção contra a interferência estatal e privada, pelos menos em tese, visando diminuir os riscos de captura de seus dirigentes pelos entes estatais e particulares interessados na regulação.

Haja vista serem as agências reguladoras relativamente novas no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido incluídas a partir de 1995, muito há a ser analisado e debatido sobre a ineficiência da regulação, carecendo o ambiente econômico de análises mais aprofundadas sobre o tema, em especial entender e identificar o momento em que o agente regulador não mais desempenha o seu papel em prol da sociedade, mas se ocupa de garantir benesses para o setor regulado, em total descumprimento do seu dever constitucional e legal, para que se possa construir mecanismos mais eficientes para minimizar as influências externas sobre o órgão regulador e assim garantir o melhor funcionamento das agências reguladoras.

Quando a sua regulação não atende mais ao interesse público, não mais regulando em favor da sociedade, a agência reguladora sofre o que se denomina de “captura” regulatória, o que interfere diretamente na eficiência da regulação, isso tomando como referencial o objetivo original da regulação, qual seja, a garantia do interesse público.

O fenômeno da captura do órgão detentor da atribuição de regular as atividades dos entes sociais é antigo, estando presente desde o surgimento do Estado-Nação, cujo soberano

editava as normas para atender aos seus interesses e aos interesses daqueles que o apoiavam. No Estado moderno o fenômeno continuou presente, permanecendo até os dias atuais. Ocorre a captura quando o ente regulador não observa mais o interesse público, o bem comum, e edita normas reguladoras para atender aos interesses e reclamos do agente regulado, desvirtuando a atividade reguladora para o atendimento de valores reclamados por pessoas ou grupos específicos, mesmo que isso gere prejuízos para os demais entes da coletividade.

No Brasil, a reforma na administração pública federal, ocorrida nos anos 1990, apresentou as agências reguladoras como a grande solução para o problema da captura, pois essas autarquias especiais seriam dotadas de independência perante o Poder Executivo, com diretoria composta pelos melhores profissionais técnicos na área regulada, estando, por essas características, imune ao mal da captura regulatória. Aparentemente, naquela época, teriam encontrado o remédio para o mal aludido, cujo remédio se apresentava no formato da regulação exercida através de agências autônomas.

Porém, a realidade tem demonstrado o contrário, isto é, que as agências reguladoras, não obstante o formato de autarquias especiais dotadas de independência, não estão imunes às pressões exercidas pelo mercado regulado (pressão econômica) e às pressões políticas (pressões de partidos políticos, agremiações de defesa de direitos de determinada parcela da sociedade etc.). Essas forças e interesses estão em constante embate na sociedade, influenciando, em alguma medida, o conteúdo da regulação, inclusive com o risco de ver esvaziada a sua função regulatória, cuja função deveria visar o bem comum, a preservação do interesse coletivo. Esse não é um problema tipicamente brasileiro, mas sim mundial. A ineficiência do agente regulador, em especial através do formato de agência, é um fenômeno global, variando a intensidade e as formas da falha do regulador de

país para país. Apesar de ser um problema encontrado em vários países, o conflito entre os interesses público e privado se apresenta de forma peculiar em cada sistema jurídico. Assim, diante da diversidade na manifestação da captura, é preciso estudá-la no sistema jurídico brasileiro para uma real compreensão do problema e de seus desafios, analisando as peculiaridades locais.

Então, um problema de pesquisa surge: Por que a regulação realizada pelas agências reguladoras não apresenta o nível de eficiência prometido na reforma do Estado da década de 1990, já que é exercida por *experts* de cada área regulada, em tese isentos da influência política?

Para tal problema oriundo da investigação científica proposta no presente trabalho, apresenta-se a seguinte hipótese: a regulação realizada pelas agências reguladoras, não obstante ser desenvolvida por especialistas (regulação técnica), não está imune à influência do poder político. Na realidade, assim como no modelo anterior, quem detiver poder político poderá influenciar a regulação econômica setorial, pois, o Estado é utilizado por quem detém o poder político e/ou econômico para a expedição da regulação em seu benefício, ou seja, em benefício do detentor do poder político e/ou econômico (pessoa ou grupos de interesse), determinando a política regulatória da agência regulatória.

A captura é uma ameaça sempre presente, pois a dinâmica da sociedade é constituída pela relação dialética entre diversos atores, cada qual com as suas razões e com diferentes capacidades de influenciar nas políticas públicas. A possibilidade de influenciar nas decisões das políticas públicas é própria da democracia, que permite a atuação de diversos seguimentos da sociedade, através do exercício do *lobby*, na tentativa de maximizar os seus interesses e conquistas e, quem detiver mais habilidade/possibilidade de barganha, influenciará na adoção e na aplicação dos regramentos jurídicos.

Em relação aos objetivos desta pesquisa, serão divididos, de forma metodológica, em duas classes: a) objetivo geral; e b) objetivos específicos. O objetivo geral reside em verificar se a regulação feita pelas agências reguladoras sofre influência do poder político, não obstante a estrutura e o formato das autarquias especiais idealizados para garantir uma regulação técnica, em prol do bem-estar geral, do bem comum. Os objetivos específicos constituem os seguintes: analisar os modelos de Estado e a relação dos modelos com o formato da regulação; analisar a evolução histórica dos modelos econômicos e a correlação com a regulação das atividades econômicas; estudar a origem das agências reguladoras com o surgimento do Estado Regulador nos Estados Unidos da América – EUA e na Europa; estudar a implantação das agências reguladoras na América Latina e, mais especificamente, no Brasil, a partir da década de 1990; analisar o surgimento das agências reguladoras na reforma do Estado da década de 1990 no Brasil; pesquisar as resoluções das agências reguladoras com vistas a identificar os formatos de participação dos grupos de interesse; e, pesquisar os modos de atuação dos grupos de interesse (*lobbying*) nos estados democráticos de direito junto ao regulador.

Justifica-se a presente pesquisa em razão da análise da influência política na regulação, além de ser um viés pouco estudado no Brasil pelos estudiosos do Direito, serve para compreender esse importante tema que influencia a vida de todos na sociedade. A regulação econômica setorial interfere na dinâmica dos mercados, muitas vezes determinando quem ganha ou quem perde no jogo, tendo reflexos importantes sobre os usuários/consumidores e competidores. É fator determinante no formato e no tamanho do mercado, criando barreiras para entrantes, o que parece beneficiar os atores que já participam do mercado. Ao contrário do apregoado na década de 1990, o novo formato da estrutura regulatória parece não ter sido capaz

de melhorar a eficiência da política regulatória em prol do bem comum, do bem-estar da maioria, ao contrário, parece que as agências reguladoras não representaram um avanço no que concerne à expedição de uma regulação mais técnica, isenta, com viés mais igualitário, capaz de tratar da melhor forma as falhas do mercado, corrigindo-as para que os serviços prestados estejam disponíveis para a maior parte da população, com qualidade e menor preço possíveis, garantindo, para tanto, a livre iniciativa e a livre concorrência entre os agentes econômicos de variados portes. Assim, analisar e compreender a dinâmica das forças que participam e influenciam a regulação feita através dessa nova arena (agências reguladoras), é de fundamental importância para se entender a realidade e o porquê da regulação das agências “independentes” funcionar de forma tão diferente da apreendida pelos seus defensores.

A metodologia utilizada na pesquisa será a dissertativa-descriptiva, com a análise ontológica da realidade da regulação das agências reguladoras, com pesquisa bibliográfica, documental, da legislação (Constituição Federal, leis, decretos, resoluções das agências reguladoras, portarias etc.), e em *sites* internacionais (FMI, OCDE, Banco Mundial etc.), analisando os institutos jurídicos que envolvem a questão pesquisada de forma crítica, buscando confrontar a teoria das agências reguladoras com a realidade que se apresenta como um dado inafastável ao estudioso do direito. O sistema de citações adotado é o autor-data, bem como serão utilizadas notas explicativas quando necessárias à abordagem do tema e para apresentação de informações complementares pertinentes.

Para a compreensão do fenômeno da captura, a presente dissertação está estruturada em três capítulos. Serão analisados, no capítulo primeiro, os pressupostos econômicos para o debate da captura nas agências reguladoras, com a caracterização dos modelos econômicos de Estado que permitem a formação das

agências reguladoras. Analisar-se-á, também, o contexto das agências reguladoras no Estado brasileiro contemporâneo.

No capítulo segundo haverá a análise das agências reguladoras, com a verificação da correspondência (ou não) entre os objetivos originários e os objetivos práticos no mercado das agências reguladoras. Para tal debate, será analisado o direito como tecnicidade para viabilizar a economia, o aparato normativo da regulação no ordenamento pátrio, o exercício regulatório e alguns casos como exemplificação da captura quando da construção da regulação no setor e casos como ilustração da captura na aplicação/concretização da regulação setorial.

No capítulo terceiro será analisada e conceituada a captura, identificando os entes capazes de influenciar, direta ou indiretamente, na cooptação da regulação feita através das Agências Reguladoras.

Ao final, na conclusão, serão revisitados alguns conceitos fulcrais para a compreensão da captura das Agências Reguladoras independentes com o objetivo de melhorar o entendimento sobre a regulação realizada por intermédio das Agências Reguladoras e com isso, poder contribuir para a compreensão da dinâmica da captura do ente regulador, verificando se a promessa feita na reforma administrativa do Estado na década de 1990 pode ser concretizada.

PRESSUPOSTOS PARA O DEBATE DA CAPTURA NAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Para o debate sobre a captura das Agências Reguladoras, necessário o levantamento dos pressupostos econômicos ao longo da história ocidental. Porém, não será analisado todo o período da história do ocidente, já que o presente estudo não se situa na seara da ciência histórica. O recorte no tempo abará uma breve análise do surgimento do Estado moderno até o surgimento do Estado Regulador, no Século XX, esse atualmente servindo de modelo para várias nações, incluindo o Brasil.

O Estado é uma construção do ser humano, sendo, portanto, uma criação cultural. Como tal, surgiu a partir das inter-relações humanas em um determinado período da História, mais precisamente na Antiguidade. Porém, o Estado moderno é bem mais recente e é a evolução desse Estado moderno que interessará a esse estudo como pressuposto histórico para o debate do fenômeno da captura das Agências Reguladoras.

1.1 CARACTERIZAÇÃO DOS MODELOS ECONÔMICOS DE ESTADO QUE PERMITIRAM A FORMATAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Importante para a compreensão das formas de intervenção do Estado¹ no domínio econômico a análise dos formatos de Estado ao longo da história no ocidente. E o formato do Estado acompanhou o modelo econômico adotado por ele em cada período histórico, não se podendo dissociar os formatos dos Estados da evolução dos modelos econômicos. Não será analisada a história do oriente por não ter grande influência no formato adotado na maior parte dos países do globo, haja vista que esses adotaram os modelos ocidentais, com predominância em todo o mundo, tendo sido adotado, com algumas

1 O conceito de Estado varia de acordo com a sua acepção, encontrando-se a sua conceituação nas acepções filosófica, jurídica e sociológica. Na primeira, a acepção filosófica, a ideia de Estado se encontra intimamente ligada à ideia moral, à ética, tendo a Ideia como síntese do espírito objetivo, sendo o Estado o valor social mais elevado, instituição que para acima da família e da sociedade, estando abaixo apenas da Família e da Sociedade, tendo sido Hegel o primeiro a conceituar o Estado a partir desse Ideal, como mencionado por Paulo Bonavides (2013, p. 66). Na concepção jurídica, encontramos a definição de Kant (2003, p. 155), na qual o Estado é “a reunião de uma multidão de seres humanos submetida a leis de direito”. Na acepção sociológica, encontram-se vários conceitos, entre eles o apresentado por Franz Oppenheimer (2015, p.99): “El Estado, enteramente em su génesis, esencialmente y casi completamente desde su existencia, es una institución social conformada por un grupo de hombres victoriosos sobre un grupo de hombres derrotados con el único fin de regular el dominio del grupo victorioso sobre los vencidos y salvaguardarse de las revueltas internas y los ataques externos”. Dentre todos os possíveis conceitos de Estado, o conceito apresentado por Deguit (1918, p. 14-15) é o que informa os elementos (poder político, povo e território) constitutivos do Estado ordinariamente aceito pela Ciência Jurídica, ou seja, o Estado é a reunião de um povo, fixado em um determinado território, no qual há os que governam e os que são governados, com a dominação dos mais fracos pelos mais fortes, por aqueles que detém o poder político. Essa última definição será a adotada neste livro.

adaptações, até mesmo por países do oriente mais fechados, a exemplo da China.

A economia, como ciência nos moldes hoje conhecidos, não teve início na Antiguidade Clássica. Naquele período, os problemas econômicos eram abordados nas esferas moral e filosófica, “ligadas à problemática do destino e dos fins do homem, do sentido da presença do homem na sociedade e das formas de organização política e social da comunidade” (NUNES, 2007, p. 286). Para Aristóteles (2001, p. 58), a economia fazia parte do governo doméstico, sendo, portanto, um elemento deste, e era a “arte de adquirir e conservar riqueza [economia]”.

Analisando a história econômica, tem-se como início do pensamento econômico sistemático, ou seja, como ciência, a partir do ano de 1700, com a contribuição dos fisiocratas, que deram um “tratamento analítico mais consistente e avançado a questões de política econômica que, por vezes, apareciam nas reflexões de autores escolásticos e alhures” (FEIJÓ, 2007, p. 1). Não obstante as contribuições dos fisiocratas, foi Adam Smith quem inaugurou, com a sua famosa obra “Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações”, em 1776, a economia como corpo teórico sistemático.

Na Idade Média, os problemas econômicos foram tratados na esfera ético-normativa, subordinados a valores e normas de caráter religioso e moral. Sendo assim, os debates da problemática econômica ocorriam nos limites da doutrina teológica, com ênfase no problema do justo preço e nos problemas da legitimidade do comércio e do juro. Preocupava-se, desta forma, a justificar, na esfera teológica, o problema da justeza do preço e a legitimidade do comércio, e, o que, a princípio era mais complicado, a legitimação do juro.

A legitimidade do comércio, na Idade Média, é um caso interessante para se entender a mentalidade da época. O comércio, como bem lembrado por Jacques Le Goff (2013, p. 115-116) enquadrava-se entre os ofícios que foram condenados

em alguns casos, isto é, de acordo com a sua finalidade, ou motivos. Quando a finalidade do comércio era a busca do lucro, era proscrito, mas, quando era realizado com vistas à utilidade comum ou em serviço do próximo, era autorizado, ou seja, era considerada uma atividade legítima.

Nesse momento histórico, em especial na Europa, não havia ainda a figura dos Estados nacionais. Havia, em estágio anterior, um mundo feudal, com vários reinos, vários feudos, cada um com as suas características e forma de organização. O comércio era ainda incipiente, realizado, basicamente, com a troca de produtos, isto é, através do escambo.

A principal atividade econômica na Idade Média era a agrícola, não gerando, no início, um excedente exportável. Somente com o avanço tecnológico² houve um aumento na produtividade, que gerou um excedente capaz de alimentar as trocas mercantis (FEIJÓ, 2007, p. 34). Essa atividade gerou uma nova classe social, que enriqueceu através do comércio, mudando, desta forma, a antiga ordem social vigente. Essa nova classe social não tinha vínculos fortes com a antiga ordem social, o que gerou mudanças nas relações feudais, substituindo “os vínculos medievais que existiam entre as pessoas, legitimados pela fé, por relações de mercado” (FEIJÓ, 2007, p. 35). Foi o início do capitalismo comercial.

2 Inovações tecnológicas que ocorreram no Século XI: mudança no sistema de rodízio das culturas; a utilização do cavalo em substituição ao boi tanto na aragem do solo como no transporte; substituição dos arados de osso, inicialmente pelos de madeira e, depois, o uso de pontas metálicas nesses com o desenvolvimento da metalurgia; utilização de excrementos e restos orgânicos de animais como adubos; melhorias na construção das carroças até chegar às carroças de quatro rodas com pivô no eixo dianteiro. A primeira Revolução Agrícola decorreu das inovações tecnológicas na agricultura da Europa nos Séculos XI a XIII (FEIJÓ, 2007, p. 35).

Com o desenvolvimento do comércio e a ascensão da nova classe, que enriqueceu através da atividade mercantil, foram sendo criados novos centros fora dos feudos, denominados de burgos. À medida que esses burgos cresciam devido à evolução tecnológica que propiciou a criação de veículos capazes de empreender viagens cada vez mais distantes, levando cada vez mais mercadorias, bem como o transporte pelos rios internos da Europa, as cidades foram ganhando mais autonomia em relação aos antigos senhores feudais. Assim, livres da tutela dos senhores feudais, as cidades comerciais criaram as suas próprias instituições. Entre as instituições, as mais importantes eram as Guildas, “corporações que regulamentavam a produção de manufaturas e as atividades financeiras e comerciais. Tal instituição também intervia nas questões sociais e religiosas” (FEIJÓ, 2007, p. 36).

As Guildas surgiram como esforço regulatório para impedir que pessoas que não estivessem inscritas na respectiva agremiação profissional exercessem a atividade econômica de forma independente, garantindo, assim, reserva de mercado para os integrantes das corporações de ofício. Constata-se que as guildas nasceram para atender às demandas dos entes regulados, no caso, aos profissionais que já desempenhavam as suas atividades econômicas no território de “jurisdição” da guilda.

Outra atividade que se desenvolveu no fim da Idade Média foi a financeira. A proibição inicial à cobrança de juros foi sendo paulatinamente flexibilizada pela moral da época, contribuindo a Igreja Católica nessa mudança de mentalidade, bem antes da Reforma Protestante ocorrida no Século XVI.

Ao contrário do pensamento corrente, Max Weber, na sua famosa obra “A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo”³, não foi o primeiro teórico a analisar a influência da mudança no modelo econômico na religião, ou, melhor dizendo, as

3 Publicada na Alemanha em 1904.

correlações existentes entre a religião e o modelo econômico. A tolerância com os juros, inicialmente, e, depois, até mesmo o incentivo à busca do mesmo, teve início bem antes, nos Séculos XII e XIII, na Idade Média. A questão dos juros, isto é, de como era tratada a cobrança dos juros na Idade Média acompanhou a mudança de mentalidade da Igreja Católica em relação ao mercador, ou seja, ao ofício da mercancia. Essa mudança de mentalidade, segundo Jacques Le Goff (2013, p. 58), está relacionada diretamente à noção de tempo, já que havia o tempo da igreja e o tempo do mercador. O problema surgiu quando o mercador se sentiu legitimado a cobrar juros em um negócio comercial em decorrência do decurso do tempo, e o juros eram maiores na medida em que o prazo para o pagamento era maior. Naquela época (entre o Século XII e o XV) o tempo era considerado divino, ou seja, pertencente a Deus, e como tal, cobrar juros era considerado uma hipoteca sobre o tempo “que só pertence a Deus” (LE GOFF, 2013, p. 58). Dessa forma, o mercador, de acordo com a igreja, não detinha a legitimidade para cobrar juros, sendo a usura não só um problema de legitimidade, mas também um grave pecado.

Como bem ilustrado por Le Goff (2013, p. 58-59), no início do Século XV um leitorgeral da Ordem Franciscana fez a seguinte pergunta: “podem os mercadores, para um mesmo negócio comercial, fazer pagar mais aquele que não pode saldar a dívida imediatamente do que aquele que salda a dívida imediatamente? A resposta argumentada é: não, pois assim *vendia o tempo* e cometeria uma usura *vendendo o que não lhe pertence*”.

Essa proibição da cobrança de juros, pela igreja, no período mencionado, arruinava toda a possibilidade do desenvolvimento do crédito no capitalismo nascente.

Com o desenvolvimento das rotas mercantis, com o incremento do comércio internacional, a classe dos mercadores ganha poder econômico e a possibilidade de influir na história.

Assim, o conflito do tempo da igreja e do tempo do mercador se apresenta como um dos acontecimentos mais relevantes da história mental da Idade Média, “em que se elabora a ideologia do mundo moderno, sob a pressão da alteração das estruturas e das práticas econômicas” (LE GOFF, 2013, p. 61).

Ainda para explicar a evolução da mentalidade na Idade Média acerca dos juro e do tempo, esse começou a se desprender do divino, do natural, quando se torna objeto de medida e isso se deu quando os mercadores organizaram uma rede comercial (Liga Hanseática)⁴. Antes, da mesma forma que os agricultores, os mercadores estavam submetidos, na sua atividade profissional, ao “tempo meteorológico, ao ciclo das estações, à imprevisibilidade das intempéries e dos cataclismos naturais” (LE GOFF, 2013, p. 69). Com o aumento da complexidade e da extensão da atividade mercantil, o tempo meteorológico, natural, não atendia mais às necessidades e anseios dos mercadores. Agora, importava para a atividade a duração de uma viagem, o problema dos preços que oscilavam dentro de um determinado lapso de tempo em virtude de eventos climáticos, bélicos, ou qualquer outro fator que interfira no preço dos produtos comercializados e, por conseguinte, no lucro, tornando o tempo “objeto de uma regulamentação cada vez mais precisa” (LE GOFF, 2013, p. 70).

Além da expansão comercial, o avanço tecnológico também ajudou a sobrepor um tempo novo, quantificável, preciso, previsível, ao tempo “perpetuamente imprevisível do meio

4 A Liga Hansiática era uma associação de várias cidades com vocação mercantil, que instituíram agremiações no sentido de resolver os conflitos decorrentes da atividade comercial. “*Hansa* é o vocábulo da língua alemã da época que significa associação, utilizado como termo para designar associações ou guildas, em particular de mercadores em portos estrangeiros” (MATTHEW, 2006, p.125).

natural” (LE GOFF, 2013, p. 70). O tempo que começou a ser racionalizado também o foi laicizado, concomitantemente.

O historiador Jacques Le Goff (2013, p. 74) sintetiza bem a ideia de tempo terreno, concreto, do mercador:

Tempo mensurável, mecanizado mesmo, é o tempo do mercador, mas também descontínuo, cortado por paradas, por momentos mortos, afetado por acelerações ou atrasos – em ligação frequentemente com o atraso técnico e o peso dos dados naturais: a chuva ou a seca, a calmaria e a tempestade, acarretam fortes incidências nos preços. Nesta maleabilidade do tempo, que não exclui a inexorabilidade dos pagamentos, situam-se os ganhos e as perdas, as margens superavitárias ou deficitárias; aqui atuam a inteligência, a habilidade, a experiência e a astúcia do mercador.

Entre a noção de tempo de Deus, da igreja, e o tempo do mercador, encontra-se o mercador cristão. Na mentalidade desse homem há dois tempos sobrepostos, um no qual ele atua profissionalmente, e o outro no qual ele vive religiosamente, que não se confundem. Assim como o tempo sobrenatural e o tempo profissional não se confundem, estão separados, foi eliminada da mentalidade do mercador medieval a noção de hipocrisia, sendo, portanto, legítimos para ele os fins perseguidos em perspectivas diferentes.

Já no Século XII, antes mesmo da Reforma Protestante, o mercador cristão, diante da separação entre o tempo da igreja e o tempo profissional, rogava a Deus pelo sucesso dos negócios, mesmo praticando a cobrança de juros. Assim, bem antes das teses clássicas de Max Weber, na Ética protestante, ainda na Idade Média, houve uma conciliação entre a prática comercial de cobrar juros nas transações mercantis e o viver religioso. Jacques Le Goff (2013, p. 75) apresenta passagem reveladora sobre o aspecto acima apresentado:

Assim, no século XII e depois, o mercador protestante, alimentado pela Bíblia, particularmente atento às lições do Antigo Testamento, continuará de boa vontade, embora num mundo em que se adquiriu o hábito de distingui-los, a confundir os desígnios da Providência com a prosperidade da sua fortuna.

Nesse momento histórico, assim com o tempo sofria uma divisão entre o divino e o mundano/profissional, o mercador também, em seu íntimo, não se sentia uno, em conflito contínuo entre o “telos” de sua prática profissional e o “telos” do tempo da igreja. Diante disso e da evolução histórica, a Igreja Católica abriu “as vias de uma unificação da consciência, pela evolução da confissão” (LE GOFF, 2013, p. 76). Visando uma coerência do comportamento, houve o desenvolvimento, elaboração da legislação canônica e de uma reflexão teológico-moral acerca da usura. Houve o deslocamento do centro da penitência da sanção exterior para a contrição interior e abriu “para o homem, pela análise das intenções, o campo da psicologia moderna” (LE GOFF, 2013, p. 76).

Essa mudança nas estruturas mentais do homem ocidental, capitaneada por Pedro Abelardo⁵ no Século XII, tomou impulso irrefreável no século XIII. As ordens mendicantes substituem as penitências da Alta Idade Média. As penitências de sanção exterior, com base em tarifas de sanções, foram substituídas pelos manuais de confessores, que eram “instrumentos introvertidos de apostolado, orientados para a pesquisa das disposições interiores

5 Pedro Abelardo (1079-1142) foi um filósofo escolástico francês, teólogo e professor. Escreveu sobre o problema dos universais, adotando, segundo Simon Blackburn (1997, p. 2), autor do dicionário Oxford de Filosofia, um realismo moderado, tendo sido por vezes chamado de nominalista. Ainda de acordo com o mencionado dicionário, Abelardo considerava os estados mentais mais importantes do que a ação.

para o pecado e o resgate, elas próprias ancoradas em situações profissionais e sociais concretas” (LE GOFF, 2013, p. 76).

A prática confessional no Século XII visa a verdadeira justificação da atividade desenvolvida pelo mercador, com esforço visível de inserir tal atividade nos limites da regulamentação da religião. O que antes eram prescrições ao “pé da letra” (LE GOFF, 2013, p. 79), a exemplo do jejum e da abstinência, tornam-se, diante das necessidades profissionais, recomendações consoante o espírito.

Assim, com início no século XII, aceleração no século XIII, e continuando nos séculos XIV e XV, a mentalidade da Igreja Católica muda e passa, de uma total repulsa à atividade do mercador, em especial em relação à usura, para uma tolerância da atividade mercantil, a depender, segundo os manuais de confissões, da intenção do mercador quando desenvolve o seu mister, condenando quando a intenção era única e exclusivamente o lucro pessoal, e tolerando quando, ao lado do intuito do lucro, havia a intenção de fornecer à sociedade aqueles bens aos quais as pessoas não teriam acesso sem a intermediação do mercador.

Conforme delineado acima acerca da evolução da história da mentalidade, nos Séculos XII e XIII, com o desenvolvimento econômico estimulando a atividade financeira, apareceram os primeiros banqueiros que recebiam depósitos pagando juros. Conforme bem delineado por Feijó (2007, p. 37), a “doutrina econômica de cunho moral ia cedendo à prática econômica e a Igreja passava a influenciar os reis para que permitissem os juros, mas regulassem o valor cobrado”.

À medida que as cidades comerciais foram adquirindo autonomia em relação aos senhores feudais, o direito consuetudinário e paternalista do feudalismo foi substituído por leis regulatórias (FEIJÓ, 2007, p. 37) das atividades mercantis e financeiras, permitindo o incremento do comércio através da segurança jurídica propiciada pela regulação nascente.

No começo da Idade Moderna se deu a formação e consolidação dos estados nacionais na Europa. Os Séculos XV e XVI também marcam um período de profundas transformações nos domínios econômico, social e cultural. Para isso contribuíram o Renascimento e a Reforma, como acontecimentos históricos fundamentais para a continuação da mudança de mentalidade e da cultura dos povos europeus e, por conseguinte, dos seus estados nacionais. Desta forma, a ordem econômica começou a ser encarada de modo autônomo, independente da moral e da teologia.

No final do Século XV, o comércio sofreu um enorme desenvolvimento, com a consolidação e expansão das vias de comunicação, o desenvolvimento de feiras e a diminuição das barreiras à circulação das pessoas e mercadorias, tendo um incremento considerável com a abertura de novas rotas marítimas pelos portugueses e espanhóis, ocorrendo, no período mencionado, uma verdadeira mundialização dos mercados.

Nesse período, houve uma mudança fundamental na mentalidade das atividades comerciais. Antes, na Antiguidade, as trocas mercantis eram realizadas com base na necessidade de obtenção de produtos que não eram produzidos por um determinado feudo. Na Idade Média, isso muda paulatinamente, e com o movimento de surgimento e consolidação dos Estados Nacionais e o avanço das rotas comerciais, o comércio não tem mais como estímulo a troca de mercadorias, mas a troca de mercadorias por dinheiro, ou seja, o objetivo se torna o ganho, ou seja, lucro.

Como lembrado por Nunes (2007, p. 290), a lógica anterior, qual seja, a da atividade econômica voltada para a satisfação da necessidade de cada um e do ideário medieval de moderação e de desprendimento em relação à riqueza é substituída pela lógica capitalista, qual seja, a busca do lucro. O enriquecimento individual começa a ser aceito como fim normal do ser humano, e até mesmo louvável, sendo legitimado tal pensamento, no plano filosófico-religioso com o movimento da Reforma.

Os Estados⁶ nacionais centralizados recém constituídos na Europa se depararam com a necessidade de financiar as suas atividades, necessitando, desta forma, de receitas para financiar as suas estruturas administrativas, surgindo, assim, a necessidade de intervir na ordem econômica.

Diante dessa nova realidade, muda-se a compreensão dos fenômenos econômicos, que passam a ser analisados e encarados sob a necessidade de definir políticas econômicas capazes de garantir ao Estado a riqueza e o poderio indispensáveis à consolidação da sua soberania e independência (NUNES, 2007, p. 290).

De acordo com Hunt (2005, p. 14), a “primeira parte do século XVI é um divisor de águas na História da Europa. Marca a tênue linha divisória entre a ordem feudal decadente e o sistema capitalista que surge”.

Entre o final do Século XVI e meados do Século XVIII, desenvolveu-se na Europa “uma corrente de ideias que ficou conhecida por *mercantilismo*, na sequência da utilização deste termo por autores da Escola Histórica Alemã” (NUNES, 2007, p. 291). Os traços marcantes no mercantilismo são o nacionalismo e o intervencionismo, que acompanham o surgimento de Estados nacionais centralizados e fortes.

Os mercantilistas viam como fonte de crescimento um comércio internacional superavitário, já que, de acordo com as ideias do metalismo, a riqueza de uma nação estaria diretamente ligada à quantidade de metais preciosos que ingressasse

6 Segundo Leopoldino da Fonseca (2010, p. 186 e 187), em relação ao surgimento dos estados modernos centralizados, na Europa: “A Inglaterra realiza sua unidade a partir do reinado de Henrique VII (1485-1509), a França consegue a sua unidade nacional a partir do reinado de Luís XI (1461-1483), a Espanha se unifica a partir de 1469, com o casamento de Fernando de Aragão com Isabel de Castela, Portugal consolida sua independência a partir de 1640, quando se separa de Espanha”.

em seu território. Desta forma, com o objetivo de reter esses metais preciosos, medidas de regulação foram adotadas, sendo, o Estado, neste período, intervencionista, conforme será demonstrado mais adiante.

Assim, para a proteção do seu mercado, os Estados adotaram a prática de concessão de monopólios comerciais para algumas empresas, sendo a política de monopólios comerciais a mais importante destinada a aumentar o valor das exportações e a diminuir as importações. Um bom exemplo de monopólio comercial são as colônias, que eram controladas pela metrópole, assegurando, assim, o fornecimento de matérias-primas baratas à matriz e a compra, pelas colônias, de produtos manufaturados caros produzidos pela metrópole.

Como observado por Hunt (2005, p. 18), “todos os países da Europa Ocidental (exceto a Holanda) aplicavam extensos regulamentos às atividades de exportação e importação”. Em relação à regulação dos mercados na época do mercantilismo, colhe-se dos escritos de Hunt (2005, p. 19), um exemplo do que pode ser considerado como captura da regulação pelos entes regulados, a saber:

Conforme esperado, grupos especiais estavam sempre em conluio, para manter as restrições ou para estendê-las a diferentes áreas, de diferentes maneiras. Tentativas como os Atos de Navegação ingleses de 1651 e 1660 foram feitas para promover o uso de navios ingleses (fabricados na Inglaterra e com tripulação inglesa) no comércio de importação e exportação. Todas essas regulamentações do comércio exterior e dos transportes visavam a aumentar o fluxo de moeda para dentro do país e, ao mesmo tempo, diminuir a saída de moeda do país. É desnecessário dizer que muitas dessas medidas também decorreram de apelos e pressões de grupos de interesses especiais.

Conforme se depreende do texto acima extraído, conclui-se que, ao menos na Inglaterra do Século XVII, a regulação era produzida com o objetivo expresso de proteger alguns grupos de interesse, aos quais Hunt denomina de “grupos de interesses especiais”. A justificação para a regulação era a de preservar o mercado inglês contra a concorrência de estrangeiros, mas, na verdade, a proteção servia apenas para alguns grupos de interesse ingleses e não de forma irrestrita para todo e qualquer cidadão inglês, em um bom exemplo de captura do ente regulador pelos grupos de “interesses especiais”.

Para a consecução desse fim, qual seja, a manutenção no país da maior quantidade possível de ouro e de prata, os pensadores defendiam a intervenção estatal no sentido de coibir a saída dos metais preciosos, quer em forma de moedas, quer em lingotes. Como essa medida se mostrou ineficaz, a intervenção passou a ser desenvolvida através do controle autoritário dos câmbios e do lançamento de direitos alfandegários com o fito de desencorajar as importações, já que seria necessário, na lógica mercantilista, obter uma balança comercial favorável para aumentar a riqueza da nação.

O movimento econômico surgido na França em meados do Século XVIII, conhecido como *Fisiocracia*, teve lugar em um país com economia predominantemente agrícola, assentada, em grande parte, na propriedade senhorial da terra, ou seja, o manejo da terra seguia ainda os moldes feudais. Porém, nas províncias do norte, havia uma classe de rendeiros capitalistas que desenvolvia uma agricultura baseada no recurso do trabalho assalariado, com produtividade bastante superior à registrada no sul do país, que seguia ainda o modelo anterior, qual seja, o feudal.

A atividade industrial, que era desenvolvida em unidades de produção de tipo artesanal, começou a ceder espaço para as manufaturas de formato capitalista.

Foi nesse período, com a penetração das relações capitalistas de produção na agricultura, que se desenvolveu, como lembrado por Nunes (2007, p.328), uma nova corrente de ideias, denominada posteriormente de fisiocracia.

Para uma devida compreensão dessa escola econômica, interessante analisar a etimologia da palavra fisiocracia, que significa governo da natureza (*physis* significa natureza e *cracia* governo).

Analisando as premissas dos fisiocratas, em certa medida, eles tentaram sistematizar a sua teoria de forma científica, analisando a dinâmica dos meios de produção, da circulação de mercadorias entre as diversas classes sociais, o papel do excedente, entre outros pontos.

Como o próprio nome sugere, os fisiocratas acreditavam em uma ordem natural, onde cada ser humano tinha o seu respectivo papel na sociedade. “A *ordem social*, assim concebida como *ordem física*, é, para os fisiocratas, a *ordem econômica*, o espaço social onde se processa a divisão do trabalho, a qual resulta a multiplicação dos meios de subsistência e a abundância” (NUNES, 2007, p. 331).

Para os fisiocratas, a ordem natural era a oriunda das leis constitutivas das sociedades, sendo as leis instituídas pelo Criador, estando os homens sujeitos a essas leis, não podendo alterá-las, sendo, portanto, leis absolutas. Defendiam que a ação humana, quando não seguia as leis absolutas, só podia acrescentar a desordem. Assim, não apenas as leis físicas eram provenientes de Deus, mas toda a ordem natural, que compreendia a lei natural, a lei física e a lei moral. Nunes (2007, p. 333), citando o Marquês de Mirabeau e Baudeau, transcreve uma passagem bastante elucidativa da filosofia fisiocrata:

A ordem moral é traçada pela ordem física. O bem e o mal consistem em fazer o bem e o mal físico na organização da sociedade. As leis morais não são

mais do que injunções à nossa liberdade no sentido de obedecer às leis físicas'. E estas são as leis físicas da produção de riquezas, com vista a 'estabelecer o bem-estar de cada mortal, a conservação e a felicidade do género humano.

Os fisiocratas consideram o direito de propriedade como a base de todo o sistema econômico, em especial a propriedade da terra, pois defendiam que apenas o cultivo da terra permitiria multiplicar as subsistências, desenvolver a sociedade. Isto é, somente através da terra era possível produzir riquezas sem o consumo da terra durante o processo produtivo, como acontecia com os demais meios de produção, pois, de acordo com o pensamento fisiocrático, a terra era a única fonte de riquezas⁷.

Para os fisiocratas, a propriedade era o fundamento da liberdade. Para eles, só eram realmente livres os proprietários, pois podiam fruir das suas propriedades de forma plena, sem qualquer tipo de impedimento.

Como observa Nunes (2007, p. 335), “no sistema fisiocrático parece observar-se, pois, uma espécie de metamorfose da liberdade universal do homem na liberdade do proprietário: toda a liberdade efectiva e real é a liberdade do proprietário”.

7 Em relação ao conceito de produção de riquezas para os fisiocratas, interessante a observação de Nunes (2007, p. 346): “(...) essa riqueza que *se pode consumir sem se empobrecer*, que *se alimenta e perpetua pelo próprio consumo*, só a terra a pode produzir, pelo que só a agricultura é atividade produtiva. E isto porque só na produção agrícola pode obter-se um *excedente em termos físicos* (não em termos de valor), um *produto líquido* (“produit net”), dado que só o produto agrícola excede a soma dos bens intermediários ‘consumidos’ na produção e do autoconsumo dos produtores (os bens que eles guardam para si, para prover à sua subsistência. O comércio e a indústria são considerados estéreis. Embora possa produzir coisas úteis, a indústria limita-se a transformar bens utilizados na atividade produtiva para obter um produto novo, não acrescentando, porém, *mais bens* aos bens existentes antes de iniciada a produção”.

Desta forma, para os fisiocratas era importante preservar a segurança da propriedade, haja vista que esta era o fundamento basilar da ordem econômica da sociedade. Ou seja, se o Estado não garantisse aos proprietários a segurança dos seus títulos de domínio, nem os proprietários, nem os rendeiros das terras, fariam os investimentos necessários para o cultivo da terra e a produção de bens para circular na economia, ficando, desta forma, o território sem cultivo e, por conseguinte, a economia não geraria riqueza.

Nesta escola econômica, a natureza e as funções do Estado são bastante parecidas com as defendidas pela escola econômica surgida posteriormente (Escola Liberal), isto é, o Estado tem a tarefa de garantir aos proprietários o direito de usufruir da forma como bem lhe convier, sem limites, já que a propriedade era um direito absoluto e sem limites, considerada um direito natural e essencial, de origem divina.

Para os fisiocratas, o Estado surgiu após a propriedade e não o inverso. A ideia de Estado só teria surgido após a ideia de propriedade, devendo aquele existir para a defesa dessa. Assim, no plano interno, o Estado deveria garantir o direito de propriedade aos seus titulares e punir aqueles que atentassem contra esse direito e, no plano externo, assegurar a segurança do território contra eventual ameaça dos Estados vizinhos.

Além do monopólio da força com vistas a assegurar a segurança dos proprietários e, por conseguinte, o bom funcionamento de toda a sociedade, cabia ao Estado implementar as infraestruturas necessárias e indispensáveis ao bom funcionamento da economia (NUNES, 2007, p. 342).

Assim, para os fisiocratas, o Estado devia regular a proteção da propriedade, pois, somente com a segurança jurídica assegurada pelo ente estatal, os proprietários de terras e seus rendeiros teriam as condições necessárias para produzir, gerando riquezas, em última instância, para o Estado. Havia, conforme se observa,

a captura do regulador (Estado) pelo grupo de interesse que representava os proprietários, que, com a sua influência, conseguia ditar o conteúdo da norma estatal regulatória.

Com o desenvolvimento da indústria e de outros setores econômicos, que ganharam maior participação na economia, o *Tableau* não mais conseguiu explicar a nova realidade, qual seja, a produção de excedente também pela indústria, pois, para os fisiocratas, só a terra era capaz de produzir riquezas, considerando as demais atividades econômicas como estéreis, haja vista que essas, para eles, não acrescentavam fisicamente à produção qualquer bem novo.

A Escola Clássica é considerada o primeiro grande movimento científico no domínio da economia política, tendo como obra seminal a *Riqueza das Nações*, de Adam Smith (NUNES, 2007, p. 378).

Os autores mais destacados dessa nova escola de pensamento econômico são: Adam Smith (1723-1790), David Ricardo (1772-1823), Thomas Robert Malthus (1776-1836), John Stuart Mill (1806-1873), todos na Inglaterra. Na França, destacou-se, como já mencionado, Jean-Baptiste Say.

Adam Smith publicou, em 1776, *A Riqueza das Nações*, que foi “a primeira análise sistemática e ampla do capitalismo, em que essa maneira de entender o lucro sobre o capital foi plenamente elaborada” (HUNT, 2005, p. 32).

O contexto histórico é de suma importância para se entender as ideias de Adam Smith. Um fato histórico basilar e de fundamental importância foi a Revolução Industrial, que “ocorreu primeiro na Inglaterra e na Escócia, por volta das três últimas décadas do século XVIII e começo do século XIX, e difundiu-se por muitas partes da Europa Ocidental, no início do século XIX” (HUNT, 2005, p. 38). A Revolução Industrial, ainda segundo Hunt (2005, p. 38):

[...] acabou determinando uma das transformações mais fundamentais da história da vida humana. (...) explosão de inovações tecnológicas ocorridas em fins do século XVIII e no início do século XIX – e que, além de transformarem radicalmente toda a Inglaterra, acabaram por transformar quase todo o mundo.

Com a Revolução Industrial, a participação da indústria na economia ganhou maior peso do que na época dos fisiocratas, podendo ser melhor analisada e estudada pelos economistas da época. A indústria começou a ser entendida como geradora de riquezas para a nação, passando a ser considerada como uma atividade produtiva e não mais estéril como acreditavam os fisiocratas.

Em síntese, a mencionada escola defende a existência de um mecanismo natural que garantisse sempre o equilíbrio da vida econômica e que, de forma automática, restabeleceria a ordem econômica eventualmente alterada. Procuraram, os seguidores da Escola Clássica, analisar e compreender o funcionamento dessas leis naturais econômicas que teriam aplicação em qualquer lugar do globo e em qualquer momento histórico, já que seriam universais, pois derivam da própria natureza humana e a natureza humana guia as condutas dos indivíduos no sentido de obter o máximo de satisfação com o mínimo de esforço possível.

A *Escola Clássica*, também conhecida como *Liberal*, formulou algumas leis fundamentais para a compreensão do funcionamento da ordem econômica: Lei do interesse pessoal, Lei da livre concorrência, Lei da população, Lei da oferta e da procura, Lei do salário, Lei da renda e Lei do comércio internacional.

Segundo o E. K. Hunt e Howard J. Sherman (1998, p. 53), entre os anos de 1700 e 1770, os mercados estrangeiros disponíveis para a venda de produtos fabricados na Inglaterra

criaram consideravelmente, bem mais rápido que os mercados domésticos. A Revolução Industrial teve como causa mais importante o rápido crescimento das exportações dos produtos manufaturados ingleses (HUNT; SHERMAN, 1998, p. 53).

Na primeira fase da Revolução Industrial, o setor que mais se desenvolveu foi o têxtil. O setor era tão dinâmico e influente que, em 1700, os fabricantes de tecidos de lã conseguiram do governo a proibição da importação de calicós⁸ produzidos na Índia, garantindo, desta forma, todo o mercado interno⁹ para as indústrias domésticas (HUNT; SHERMAN, 1998, p. 54).

O processo de industrialização alterou a forma de ver o mundo, a ética paternalista cristã foi substituída pela ética do liberalismo clássico como pensamento político, econômico e social na Inglaterra.

O liberalismo clássico, conforme mencionado, apregoava a liberdade individual, acreditando que cada indivíduo sabia exatamente o que era melhor para si mesmo e que procuraria maximizar os seus resultados, visando a um aumento do próprio bem-estar, ou prazer. Assim, cada um buscando o próprio bem-estar estaria contribuindo para o enriquecimento da sociedade através do enriquecimento individual.

Defendiam, os liberais clássicos, que somente o homem livre das interferências estatais poderia desenvolver as suas habilidades em busca do que entendesse como melhor para si. Desta forma, o estado deveria intervir na esfera individual o mínimo possível, isto é, deveria regular e desenvolver aquelas atividades essenciais, a exemplo da segurança pública.

O mercado livre seria capaz de se autorregular, buscando sempre o equilíbrio, haja vista que a concorrência natural dos

8 Variedade de tecido de algodão.

9 Utilização do Estado para garantir reserva de mercado para as indústrias inglesas, em um sinal importante da captura do regulador pelo setor regulado.

agentes do mercado seria capaz de equilibrar as forças envolvidas, como uma mão invisível, que canalizava “as motivações egoísticas e interesseiras dos homens para atividades mutuamente complementares que promoveriam de forma harmoniosa o bem-estar de toda a sociedade” (HUNT; SHERMAN, 1998, p. 61).

Acreditavam, os defensores dessa ideologia, que o mercado livre seria capaz de assegurar um progresso econômico contínuo, já que as energias e os recursos disponíveis seriam sempre utilizados de forma eficiente e com vistas à maximização dos resultados. Disso, encaravam a regulamentação governamental da economia como algo nocivo, que macularia o equilíbrio natural do mercado, provocando a retração da procura e interrompendo o processo de acumulação de capital.

As doutrinas econômicas e populacionais do liberalismo clássico interferiram no credo político, que tenta afastar o Estado ao máximo das atividades particulares, só devendo intervir quando não houver outra forma de evitar um mal maior.

Conforme visto, a tônica da tese liberal era a liberdade dos indivíduos para a consecução dos seus objetivos pessoais, e, com essa liberdade, os indivíduos maximizariam os seus esforços para alcançar o melhor resultado possível para si, funcionando o livre mercado como um ente autorregulador, restabelecendo o equilíbrio natural eventualmente quebrado em algum momento por algum integrante do mercado. Os indivíduos, ao procurarem alcançar os seus objetivos, gerando riquezas pessoais, de forma não intencional colaborariam para o enriquecimento da nação, já que cada indivíduo, mesmo de forma individual, como parte integrante de um todo (nação), contribui, com os seus esforços, para o enriquecimento da nação.

Hunt (2005, p. 43) afirma, com propriedade, o seguinte: “o tema que permeava as obras de Smith: a ideia de que as pessoas são conduzidas por uma ‘mão invisível’, no sentido de promover o bem social, sem que essa promoção seja parte de seu intento ou motivo”.

Diante disso, Smith era contrário às intervenções, às regulamentações, às concessões de monopólio e aos subsídios concedidos pelo governo para algum setor econômico, pois acreditava que essa ingerência do Estado no domínio econômico era danosa, desequilibrando a livre concorrência, promovendo a má alocação do capital, bem como defendendo a ideia de que o Estado não era capaz de saber o que era melhor para o indivíduo, só o próprio indivíduo era capaz de saber o que era melhor para si. Acerca disso, assim leciona Hunt (2005, p. 57):

Assim, Smith concluiu que as intervenções, as regulamentações, as concessões de monopólio e os subsídios especiais do governo – tudo isso tendia a alocar mal o capital e a diminuir sua contribuição para o bem-estar econômico. Além do mais, esses atos do governo tendiam a restringir os mercados, reduzindo, assim, a taxa de acumulação de capital e diminuindo a extensão da divisão do trabalho e, com isso, o nível da produção social.

Os modelos de Estado, no que se refere à forma de intervenção no domínio econômico, surgem de acordo com cada momento histórico, intimamente correlacionados, obviamente, à economia de cada época, haja vista que o Estado precisa de recursos para se financiar e implementar os seus projetos.

A História, conforme exposto acima, é pródiga de momentos de crise, em especial no período posterior à criação, no Ocidente, do Estado moderno, que surgiu, na Europa, com a transição do feudalismo para o mercantilismo. Nesse momento, foi preciso fortalecer o Estado nacional para fazer frente aos novos desafios de conquistar novas terras para angariar o máximo de metal precioso possível. Nesse modelo, o Estado era altamente interventor no domínio econômico, desenvolvendo, em muitos casos, diretamente, a atividade econômica, ou através

de concessões à iniciativa privada, porém detendo o monopólio da exploração mercantil nas suas colônias.

Após esse período, em contraponto, surge o Estado Liberal, tendo como marco teórico Adam Smith (1950, p. 199), que se notabilizou através da sua tese do equilíbrio natural dos mercados, que tenderiam sempre à busca do equilíbrio, corrigindo, ele próprio, as distorções, não necessitando, pois, de intervenção estatal através da regulação ou através de intervenção direta.

A História demonstrou ainda que Adam Smith não estava totalmente certo na sua teoria. É verdade que o liberalismo gerou muita riqueza para as nações, mas também gerou distorções severas, com o aumento das diferenças entre ricos e pobres ao redor do mundo ocidental.

Com o advento das Grandes Guerras Mundiais, surge, para reconstruir, em especial, a Europa, o Estado do Bem-Estar. Nesse momento, o Estado toma à frente no campo do domínio econômico e surgem várias empresas estatais com o fito de explorar as atividades de infraestrutura necessárias para o desenvolvimento do mundo pós-guerra. Com o mundo dilacerado pelos conflitos mundiais, coube ao Estado a função de produção direta, em especial através de projetos de reconstrução das infraestruturas destruídas pelas guerras na Europa, mormente após a Segunda Guerra Mundial.

Esse Estado, pelo menos no início, conseguiu garantir aos seus cidadãos vários direitos fundamentais, tais como saúde, educação, emprego, assistência e previdência sociais. Porém, foi vítima do seu sucesso, tornando-se enorme, ineficiente e caro. À medida que os cidadãos foram conquistando direitos, outros foram sendo reivindicados e o Estado se viu obrigado, pela pressão popular, a ampliar esse rol. Porém, com o crescimento dessa lista de direitos, houve um incremento significativo nas despesas públicas e a conseqüente necessidade de também aumentar a arrecadação fiscal para fazer frente a essas despesas. Assim, os

cidadãos que exigiam mais direitos foram os mesmos a combater o aumento dos tributos. Dessa contradição, irrompeu uma crise que fez com que o Estado do Bem-Estar cedesse espaço para um novo modelo estatal, o denominado neoliberal, notadamente a partir da década de 1970.

Segundo Giandomenico Majone (2006, p.57), o modelo de Estado positivo ou intervencionista, no qual intervinha diretamente na economia, atraindo para si os meios de produção, deu lugar a um Estado regulador, que, em regra, não atua mais diretamente na produção de bens e serviços.

Esse modelo apresentou uma releitura do liberalismo clássico, colocando o Estado no papel de planejador da ordem econômica, só devendo intervir diretamente na atividade produtiva em casos excepcionais. Denomina-se, ainda, esse Estado de regulador, justamente por intervir, no domínio econômico, através da regulação dos setores econômicos e dos entes privados que desenvolverão diretamente a atividade econômica.

O Brasil adotou esse modelo, isto é, só explorará de forma direta atividade econômica quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, de acordo com a dicção do art. 173, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

De acordo com Luz Neto (2014, p. 172), o Estado brasileiro adotou, com a Constituição de 1988, a regra da não intervenção direta na atividade econômica, devendo “expedir normas que regulem o mercado com vistas a garantir o seu equilíbrio, punindo o abuso do poder econômico”.

A Constituição brasileira é bastante clara no art. 174, *caput*, em relação ao papel normativo e regulador do Estado, determinando que este exercerá, na forma da lei, as “funções de fiscalização, incentivo e planejamento”. Essa última função é obrigatória para o setor público e indicativa para a iniciativa privada.

Hoje, no mundo ocidental, há o Estado regulador como modelo, com intervenção na economia através da expedição de normas regulatórias, não mais intervindo diretamente na atividade produtiva, em regra, mas apenas em situações excepcionais. Com a breve exposição histórica acima, resta claro que a regra é a intervenção estatal, através do direito, no setor econômico, alterando apenas a forma dessa intervenção ao longo da história. Também ficou evidente que o Estado, independente da sua tipologia, sofreu pressões dos grupos de interesse para a expedição de normas reguladoras que atendessem às demandas daqueles grupos com força e poder de influenciar o governo (elemento anímico do Estado) a colocar na norma reguladora os pleitos e exigências dos denominados grupos de pressão ou grupos de interesses, em uma dinâmica que parece ter sempre acompanhado o Estado desde o seu nascimento.

1.1.1 AS GULDAS MEDIEVAIS E AS CONCESSÕES DE MONOPÓLIO NO MERCANTILISMO COMO HIPÓTESES DE ANTECEDENTES HISTÓRICOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A época medieval presenciou o surgimento das cidades e dos Estados modernos, com muitos institutos e instituições criados naquela época permanecendo, com algumas adaptações, ao longo do tempo, até os dias atuais, a exemplo das universidades e das associações de ofício (Guildas), hoje conhecidas por outros nomes, mas que essencialmente permanecem com a mesma função primordial, que é a de regular determinadas atividades profissionais e econômicas.

De acordo o historiador florentino Paolo Grossi (2014, p. 8), o direito no medievo não estava regulado totalmente pelo poder político, ou seja, o poder político se ocupava pouco de

regular o direito, ficando este a cargo dos indivíduos através da autorregulação.

Paolo Grossi observa que para se entender a sociedade e as interações sociais, necessário o entendimento do direito daquele corpo social e, para ele, o “terreno da mentalidade jurídica circulante só pode ser alcançado com instrumentos seguros de acesso, caso o discurso não queira perder-se no limbo das inconsistências e das ambiguidades” (2014, p. 7).

E, no período medieval, os instrumentos mais seguros:

pareceram ser exatamente aquelas estruturas de vida cotidiana que mencionamos mais acima: adoções e tutelas, vendas e locações, testamentos e doações (institutos que hoje qualificaríamos como de direito privado). Esses instrumentos nos pareceram os alicerces mais confiáveis para a edificação deste livro, os sinais mais adequados para expressar idealidades, ideologias, convicções obstinadamente conservadas e firmemente inscritas no tecido de uma civilização histórica. E isso por dois excelentes motivos: porque, como estruturas organizacionais da vida cotidiana, são manifestações vitais de um corpo social, exprimem fielmente o direito como experiência e mentalidade; porque, num mundo – como o medieval – em que o poder político, em meio a uma relativa indiferença pelo direito, não se ocupa (ou se ocupa pouco) de regular a vida cotidiana dos súditos e deixa que os indivíduos se autoorganizem livremente, essas estruturas são as menos condicionadas por ingerências da autoridade e nos dão a mensagem mais genuína das forças – espirituais, culturais, sociais – efetivamente circulantes na sociedade.

Adverte Paolo Grossi que o direito medieval também se ocupou dos aspectos publicistas e penalistas, porém a ênfase maior recaiu no hoje denominado direito privado, de acordo

com a mentalidade da época (2014, p.8). Em relação ao limite geográfico do direito medieval, esse é tipicamente europeu. “Não há dúvida de que esse espaço é europeu, só pode ser europeu. De fato, nenhuma civilização jurídica conheceu um tecido unitário autenticamente europeu como a Idade Média” (GROSSI, 2014, p. 8).

No medievo o Estado não tinha o perfil hoje conhecido, o seu poder político era limitado, deixando um espaço considerável para os particulares desenvolverem as suas atividades econômicas. Assim o direito detinha uma certa autonomia em relação ao poder político. Nessa autonomia os particulares regulavam as suas próprias atividades, em especial as regras do comércio e da produção de bens e prestação de serviços. Como assinalado por Barros (2008, p. 59), na Idade Média as relações autônomas de trabalho foram sendo substituídas por um regime heterônimo que se manifestou através das corporações do ofício, “constituídas por mestres que, em princípio, obtinham o cargo pelas suas aptidões profissionais ou por terem executado uma obra-prima” (BARROS, 2008, p. 59).

Essas corporações de ofício, também conhecidas por Guildas, apresentavam como justificativa (externa) da sua existência a necessidade de padronização que garantisse a qualidade das mercadorias fabricadas. Mas, na verdade, as corporações de ofício tornaram-se uma forma eficiente de controlar o mercado, criando normas para a entrada de novas pessoas em um determinado ofício, bem como impedindo que pessoas que não estivessem vinculadas à respectiva corporação de exercer a sua atividade. As corporações de ofício foram formuladas para limitar a concorrência em uma determinada atividade (ZINGALES, 2015, p.25). Para exercer a atividade, era necessária a vinculação à corporação de ofício, porém, como já dito, não era tão fácil o ingresso na corporação, necessitando o candidato preencher uma série de requisitos, que ficaram cada vez mais exigentes

com o passar do tempo e à medida que o ofício era cada vez mais rentável.

De acordo com Barros (2008, p. 59):

A preocupação dominante nas corporações, sobretudo na França, no século XII, refletida nos seus estatutos, era assegurar a lealdade da fabricação e a excelência das mercadorias vendidas. No setor industrial da tecelagem e da alimentação havia rigorosa fiscalização da matéria-prima e da qualidade dos produtos. O mestre não podia recrutar operários de outras corporações, tampouco lançá-las ao descrédito. Na Inglaterra, as corporações monopolizavam a profissão tanto na indústria como no comércio, pois quem não pertencesse a uma corporação não poderia exercer as atividades no perímetro urbano. Essa tendência monopolizadora agrava-se em face dos limites impostos ao número de aprendizes, do alongamento da duração do aprendizado e da vedação do trabalho do artesão estrangeiro.

As Corporações de Ofício conquistaram tamanho poder que o ajuste contratual entre as partes, anteriormente a forma comum de contratação de serviços, foi substituído pelas regras das Corporações de Ofício, que eram aplicáveis a todos os seus membros.

Interessante observar que os estatutos das Corporações de Ofício previam regras que deviam ser seguidas por todos os integrantes da categoria, sem exceção. Ademais, essas regras não tinham como finalidade principal a padronização do serviço e dos produtos produzidos em favor da coletividade que os adquiriam. Na verdade, as regras das Corporações de Ofício eram elaboradas com o objetivo de evitar a livre concorrência, garantindo, desta forma, além da padronização da remuneração dos integrantes de acordo com a hierarquia no sistema

(aprendizes, operários ou companheiros e mestres), a garantia de um bom preço dos produtos produzidos no mercado e asseguravam uma reserva de mercado, impedindo, ou ao menos dificultando sobremaneira o ingresso de novas pessoas na atividade, pois só havia um caminho de ingresso, que era através das Guildas.

Como assinalado por Barros (2008, p. 60):

os estatutos, além de outras disposições, fixavam a retribuição não em função das necessidades do trabalhador, mas com o objetivo de evitar a livre concorrência, que poderia surgir se os salários fossem fixados a critério dos mestres. Estes últimos deveriam respeitar as regras da fábrica, o emprego de produtos e técnicas.

As Corporações de Ofício são um exemplo histórico clássico da organização de uma categoria profissional a regular o seu campo de atuação e o mercado no qual comercializavam os seus produtos com vistas a preservar os seus ganhos e impedir que pessoas não autorizadas, ou seja, pessoas que não fossem integrantes da respectiva corporação pudessem desenvolver a mesma atividade econômica. Assim, garantiam não só o preço das suas mercadorias como também delimitavam os concorrentes.

Na verdade, as Corporações de Ofício, ou as Guildas, com origem em Roma e desenvolvimento na Idade Média, eram as unidades de negócio daquele período, pois as pessoas só podiam abrir o seu negócio, ou a sua atividade econômica, se esse estivesse vinculado a uma Guilda, tendo cada atividade a sua respectiva Corporação de Ofício, brasão e conjunto sofisticado de regras (HEILBRONER; MILBERG, 2008, p.47).

Interessante observar que as Guildas regulavam não apenas a atividade econômica desenvolvida pela categoria a ela

vinculada. A sua regulação também abarcava áreas “não econômicas”, tais como: o papel cívico dos seus membros, as contribuições de cada membro para a caridade, a roupa adequada dos seus membros e a conduta diária, inclusive prevendo punições para comportamentos não adequados dos seus membros (HEILBRONER; MILBERG, 2008, p.48).

Posteriormente, em especial a partir do surgimento do sistema econômico mercantilista, esses órgãos classistas perderam poder e foram substituídos pelo poder político, que começou a intervir na economia de forma mais forte, direta ou através da concessão de direitos a determinadas pessoas ou companhias.

Percebe-se sempre, independente da regulação ser feita por um órgão de classe, como eram as Corporações de Ofício, ou através do próprio Estado, o objetivo é sempre o mesmo, qual seja: a manutenção de um *locus* econômico a ser explorado apenas por determinadas pessoas, garantindo assim uma reserva de mercado e excluindo a livre concorrência, fenômeno hoje conhecido como *captura*.

Como bem lembrado por Bremmer (2011, p. 45), no âmbito comercial havia os monopólios concedidos e garantidos pelos Estados através de cartas-patentes. Assim, os monarcas concediam a determinadas pessoas e companhias o direito monopolístico de explorar determinadas atividades econômicas, eliminando, assim, a livre concorrência e impedindo que outras pessoas ingressassem no mercado. Geralmente esse tipo de concessão era seguida com pagamentos aos monarcas de parte do amealhado nas rotas comerciais, gerando um sistema que beneficiava os concessionários e o Estado, em detrimento do mercado consumidor, que só tinha acesso aos produtos comercializados pelas companhias concessionárias, que, em não havendo concorrência, impunham os preços dos produtos aos consumidores, sem possibilidade de adquirir os mesmos produtos de fornecedores diversos.

Assim sintetiza Ian Bremmer (2011, p. 45) sobre o tema:

No âmbito comercial, reinavam os monopólios. Reis e rainhas ofereciam a algumas empresas cartas-patentes com direitos exclusivos de agir em nome do monarca. As Companhias das Índias Orientais Britânicas e Holandesas se estabeleceram em um espaço de tempo de dois anos uma da outra, bem no início do século 17. Ambas eram privadas, emissoras de ações e com uma diretoria nomeada entre os acionistas, mas que também prestavam serviços à realeza e desfrutavam privilégios exclusivos, como parcerias com as elites política e comercial – essencialmente os primeiros exemplos de ‘líderes nacionais’ apoiados pelo governo. (...) A Companhia das Índias Orientais Britânicas foi ainda mais bem-sucedida. O governo de Oliver Cromwell lhe concedeu direitos de monopólio para comercializar com a Índia em 1657, e a companhia então se tornou efetivamente a incontestável potência soberana em grande parte da Índia por mais de um século, mantendo sua própria burocracia administrativa, suas milícias e sua marinha, por vezes maior do que a britânica. Ao assumir formalmente o controle político da Índia em 1784, o governo britânico fez do diretor da Companhia das Índias Orientais, Warren Hastings, seu governador geral, concedendo à companhia algumas funções governamentais e militares por mais cinquenta anos. A Companhia das Índias Orientais Britânicas desfrutava também o monopólio sobre o comércio com a China e comprou Cingapura em 1819. Quando apareciam, os rivais comerciais eram esmagados ou arrematados.

Desta forma, a história do ocidente demonstra vários antecessores regulatórios de grupos econômicos que visavam, sobretudo, assegurar os mercados e a segurança de

determinados grupos de interesse, impedindo a livre concorrência. Inicialmente, quando o Estado não era forte, ou ainda não existia o Estado-nação moderno, os próprios interessados se reuniam e formavam entidades com o objetivo de proteger os seus interesses. Depois, quando o Estado se tornou forte, em especial a partir do Estado Interventor que adotou o sistema econômico mercantilista, o próprio Estado instituía monopólios e concedia as cartas-patentes com direitos de exploração de determinados mercados a pessoas próximas (Capitalismo de Compadrio), impedindo assim que terceiros pudessem também explorar as atividades econômicas. A influência de companhias que exploravam setores econômicos sob monopólio era tão grande que, no caso da Companhia das Índias Orientais Britânicas, recebiam do Estado funções administrativas e políticas típicas de ente estatal.

A história apresenta várias formas de regular determinados setores da economia. A justificção exteriorizada era a necessidade de garantir a qualidade dos produtos, padronizando-os, e, assim, proteger o mercado consumidor de produtos inapropriados. Nesse cenário surgiram, ainda na época romana, as Corporações de Ofício (guildas), que tiveram desenvolvimento na Idade Média. Mais adiante no fluxo histórico, quando do surgimento do mercantilismo, o Estado tomou para si a possibilidade de intervenção direta na atividade econômica, e, quando percebeu que não poderia fazer isso sozinho, concedeu para algumas pessoas e empresas monopólios de exploração através das cartas-patentes. Porém, o objetivo subjacente e motivador era bem diverso do bem comum, da proteção da coletividade, mas sim o desejo de preservar fatias do mercado e, conseqüentemente, as riquezas advindas da exploração da atividade mercantil, dificultando e até mesmo impedindo, a entrada no mercado de novos competidores, dando sinais claros de que a regulação tinha sido capturada, quer pela classe produtora,

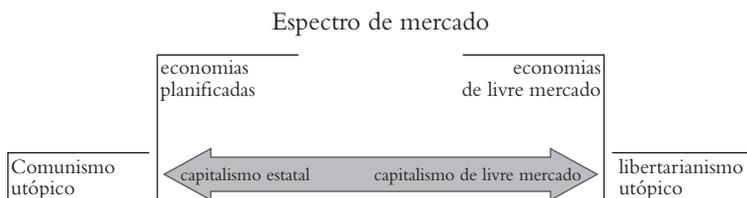
no caso das Corporações de Ofício da Idade Média, quer pelo governo (entidade anímica que controla o Estado) quando adotou o modelo econômico mercantilista.

1.2 TIPOLOGIAS DE ESTADO

Conforme o recorte histórico realizado no presente trabalho com o fito de analisar os antecedentes da regulação econômica, constatou-se que o modelo de Estado está intimamente relacionado ao modelo econômico por ele adotado. Isto é, a depender da estratégia adotada pelo Estado na intervenção no domínio econômico, o mesmo adota um determinado modelo de Estado, que foi de um Estado altamente interventor (com o sistema econômico denominado mercantilismo), passando por um modelo no qual a sua atuação estava limitada a assegurar a ordem e a segurança para que os particulares pudessem desenvolver as atividades econômicas (liberal), depois, um aumento da participação estatal no domínio econômico, em especial após a II Guerra Mundial (do bem-estar), até o formato mais recente, no Ocidente, a partir dos anos 1970, com o surgimento do Estado Regulador.

Importantíssimo ressaltar que o Estado moderno, independente do formato adotado, sempre intervém no domínio econômico, variando a forma e a intensidade dessa intervenção. Souto (2003, p. 5) afirma que nunca existiu uma economia totalmente de mercado, mesmo o estado liberal intervém no domínio econômico de alguma forma, pois na história não existiu o denominado estado liberal puro, apregoado pelos defensores do liberalismo. Na verdade, como ilustrado por Bremmer (2011, 53), as extremidades do espectro de mercado, em uma delas o libertarianismo utópico, ou anarcocapitalismo, e na outra o comunismo puro, jamais foram alcançados pelo Estado moderno. Ele chega a afirmar que essas posições extremadas no espectro econômico

jamais serão alcançados, a não ser na seara teórica, já tendo sido inclusive rotulados de utópicos. No extremo esquerdo do gráfico encontra-se o comunismo utópico, com total ausência de atividade de livre mercado. Como sintetizado por Bremmer (2011, p. 53), “trata-se de um jogo em que os árbitros exercem controle absoluto sobre a movimentação de cada jogador”. Ainda de acordo com Bremmer, (2011, p. 53), esse “extremo nunca existiu porque, até mesmo no Estado sujeito ao mais rigoroso dos controles, os mercados negros geram oferta para atender à demanda”. No outro extremo, ou seja, no extremo direito, conforme dito, encontra-se o libertarianismo utópico, no qual não existe governo, “tampouco qualquer outra autoridade que possa gerenciar, regular ou interferir de alguma forma na operação dos mercados. É um jogo sem árbitro” (BREMNER, 2011, p. 54). Eis o gráfico, elaborado por Bremmer (2011, 54), demonstrando a posição do Estado de acordo com a sua intervenção no domínio econômico, para uma melhor compreensão do fenômeno acima mencionado:



O Estado, do Século XV até o final do Século XVIII, tinha um formato extremamente interventor no domínio econômico. Na Europa foi adotado o sistema de práticas denominado mercantilismo, que, conforme dito acima no presente trabalho, buscava, em linhas gerais, o acúmulo de metais preciosos, bem como primava pela manutenção de uma balança comercial positiva. Tais práticas visavam a geração de riquezas para

o Estado nacional. Naquela época, em termos econômicos, o comércio internacional era um jogo de soma zero, no qual, para alguém ganhar, alguém necessariamente perdia.

A evolução histórica da economia política no ocidente já foi sintetizada no item 1.1, limitando-se, agora, a apresentar os seus traços marcantes. Esse Estado era altamente interventor no domínio econômico, controlando através de monopólios as atividades econômicas. A regulação realizada por ele consistia, em síntese, na instituição de monopólios titularizados pela Coroa, que outorgava concessões de explorações comerciais a determinadas pessoas, quer físicas, quer jurídicas. O mercado das suas colônias era fechado, ou seja, só podia fazer tratativas comerciais diretamente com a Coroa ou através dos seus concessionários, o que garantia à Coroa, bem como aos seus representantes, a aquisição de matérias primas baratas e um mercado consumidor para o qual se vendia produtos pelo preço que bem entendessem, haja vista a existência de monopólio estatal sobre o comércio entre as colônias e a metrópole.

Após o período supramencionado, novas ideias surgem, em especial a partir do pensamento de Adam Smith, em sua célebre obra “A riqueza das Nações”. Com o estudo promovido por Adam Smith, as ideias liberais ganham força e surge o Estado liberal ou liberal clássico. Conforme apregoado pelo seu teórico mais célebre Adam Smith, o Estado deveria se limitar a garantir segurança e ordem para que os particulares pudessem desempenhar livremente as suas atividades, sendo esses quem melhor conheceriam os seus interesses e necessidades. Mesmo o Estado liberal clássico também exerceu intervenção na economia, através da regulação. Não há provas históricas de nenhum estado moderno no ocidente que tenha deixado o domínio econômico totalmente livre, à mercê das suas próprias forças e ações dos agentes participantes. O que muda entre os modelos econômicos de Estado é a forma e a intensidade da intervenção.

Depois do período compreendido entre as duas grandes guerras mundiais, em especial após a II Grande Guerra, surge o Estado do Bem-Estar¹⁰, ou conhecido também como *Welfare State*. A crise econômica de 1929 deu ensejo ao questionamento do modelo econômico liberal e os teóricos econômicos de então começaram a estudar formas de saída da grave crise econômica com reflexos internacionais. Dentre eles merece destaque John Maynard Keynes¹¹, que apresentou a sua teoria na publicação denominada “Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda”, na qual defendeu, em síntese, que, em períodos de graves crises econômicas, nos quais há a ruptura de expectativas, necessária a adoção de medidas também excepcionais, entre elas o aumento da despesa pública com o fito de reanimar a economia que entrou em um estágio de depressão, como a ocorrida após a quebra da bolsa de valores de Nova York em 1929.

Com a necessidade de grandes investimentos em infraestrutura, mormente após a Segunda Guerra Mundial, que praticamente destruiu a infraestrutura de transporte, telecomunicações, entre outras, e a capacidade da indústria, na Europa ocidental, havia a necessidade de um ente indutor dos investimentos. Naquela época, o setor privado não tinha a capacidade financeira para arcar com tais investimentos, que ficaram a cargo do Estado. Assim, o Estado passa a desempenhar papel central na realização dos investimentos necessários para a restauração da infraestrutura e da capacidade industrial destruída pelos conflitos mundiais. Nesse período pós-guerra, as empresas

10 Conhecido, ainda, como “Estado keynesiano” ou “Estado keynesiano do bem-estar”.

11 John Maynard Keynes (1883-1946) era um filósofo e economista inglês, que desenvolveu estudos não só na área econômica, como ficou notabilizado, mas também no campo da filosofia, no qual desenvolveu a teoria das probabilidades e a teoria da confirmação que têm por base uma “relação lógica e objetiva de graus de implicação entre as proposições (BLACKBURN, 1997, p. 216).

estatais crescem consideravelmente, sendo autoras ativas no investimento, contribuindo para a recuperação econômica. O Estado passou a desempenhar o papel de investidor com maior intensidade (ativismo estatal), atuando diretamente na atividade econômica, em vários setores estratégicos, tais como mineração, siderurgia, indústria automobilística, indústria financeira, entre outros ramos.

No período pós-guerra, o ativismo estatal foi uma solução encontrada para a recuperação do investimento, mormente em tempos extremamente difíceis como o período da grande depressão que se seguiu à quebra da bolsa de valores de Nova York em 1929, no qual houve a ruptura das expectativas de todos os atores do mercado, não havendo assim em nenhum desses atores disposição de investir em projetos de médio e longo prazos, a não ser em ativos com extrema liquidez. Na falta de disposição para o investimento na economia real, restou ao Estado assumir essa lacuna, passando a adotar postura ativa não só no planejamento, mas também na implementação e execução de vários projetos econômicos.

Os gastos sociais desse tipo de Estado, de acordo com Saes F. e Saes A. (2013, p. 450451), alcançaram cerca de 20% do PIB dos países europeus continentais, 17% a 18% do PIB dos Estados Unidos da América e do Reino Unido e 10% do PIB do Japão no início dos anos 1970. Década essa em que o modelo do Estado do Bem-Estar começou a ruir, diante do elevado custo da sua manutenção, que se traduziu no aumento da carga tributária para financiar a rede de proteção social construída nos anos anteriores.

Com o crescimento do Estado do bem-estar, que garantiu diversos direitos fundamentais aos seus cidadãos, o custo de manter todo esse aparato chegou a proporções gigantescas. Para financiar esse rol crescente de direitos, tributos foram instituídos e a sociedade começou a criticar o modelo do Estado, pois,

à medida que novos direitos eram criados e inseridos na ordem jurídica, os integrantes de vários setores da sociedade demandavam mais e mais direitos, em um processo que demandava o aumento das fontes de custeio. Em um determinado momento, o custo fiscal desses direitos chegou a tal monta que os cidadãos começaram a negar a pagar a elevada carga tributária. Ao lado disso, a qualidade dos serviços e a eficiência estatal eram questionadas pelos cidadãos, usuários dos serviços públicos, que não admitiam mais pagar tão caro por uma contrapartida a cada dia de pior qualidade. A relação custo/benefício começou a ficar desfavorável para o cidadão, verdadeiro financiador dos serviços estatais e de todo o aparato de seguridade social.

Nesse momento, como destacado por Giandomenico Majone (1996, p. 11-23), houve um questionamento das empresas estatais, que não conseguiram atingir os seus objetivos sociais e econômicos, pela falta de responsabilização dessas pela sua ineficiência, bem como por serem altamente susceptíveis de captura por sindicatos e políticos.

Diante desse quadro político de descontentamento da população em relação ao Estado do bem-estar, mormente em razão da alta carga tributária e do questionamento da eficiência estatal em atuar diretamente na economia, o *Welfare State* deu lugar ao denominado Estado Regulador.

Nasce, assim, o Estado Regulador. Nesse modelo, o Estado se incumbiu de expedir as normas que regularão as atividades do setor produtivo, estabelecendo as regras disciplinadoras da ordem econômica, com vistas ao atingimento e preservação do interesse público e da justiça social. Desta forma, o Estado age como agente normativo da ordem econômica, expedindo normas cogentes que disciplinarão o atuar dos agentes econômicos, sejam esses públicos ou privados, já que, mesmo em um Estado regulador, ele pode atuar diretamente na economia através de empresas públicas ou de sociedades de economia mista.

No caso do Estado brasileiro, a norma constitucional fundante do Estado regulador encontra-se no art. 174, no qual estão previstas as três formas de atuar: fiscalização, incentivo e planejamento. Na primeira forma, a de fiscalização, o Estado verifica o cumprimento das normas pelo setor econômico regulado. Em relação ao incentivo, o Estado age como fomentador do desenvolvimento econômico e social da nação através de incentivos concedidos aos agentes econômicos produtivos, tais como isenções, subsídios, créditos tributários, créditos especiais para investimento em determinados setores econômicos, entre outros, ou seja, trata-se da concessão de estímulos para o desenvolvimento da atividade econômica pelo setor produtivo. O planejamento significa a elaboração de metas a serem atingidas pelo governo na economia em determinado período de tempo futuro.

Importante ressaltar que o Estado regulador também é intervencionista no domínio econômico, ou seja, a sua posição interventiva permanece. O que muda é a forma da sua intervenção, com prevalência para a intervenção indireta na atividade econômica através da regulação dos setores econômicos estratégicos para o desenvolvimento nacional. Isto é, a intervenção no domínio econômico é direta, já que os regramentos por ele expedidos interfere diretamente no domínio econômico, no comportamento dos participantes do setor econômico regulado, porém não participa, em regra, diretamente na atividade econômica, ou seja, na produção de bens e serviços através de empresas criadas e administradas por ele.

Hoje a função reguladora é mais complexa diante dos desafios apresentados pela globalização, levando vários países a criar associações, a exemplo do Mercosul, da ALCA, da União Europeia, entre outros blocos econômicos, para competir no cenário internacional, bem como para tentar aumentar a efetividade das suas regulações, que precisam observar não apenas

a dinâmica das forças econômicas e políticas domésticas, mas também essas forças no cenário internacional, bem como a interação dos entes (grupos de pressão) nacionais e internacionais, tanto no cenário doméstico quanto no internacional.

1.3 MODELOS OU MODALIDADES DE REGULAÇÃO

Antes de se adentrar nos modelos de regulação, necessária a análise do seu conceito. Porém, tal conceituação não é uma tarefa fácil no direito, por possuir o vocábulo regulação vários sentidos semânticos. Essa polissemia pode ser em parte explicada por ter sido o vocábulo trazido de outro ramo do conhecimento, da economia. Uma outra parte da explicação advém da tradução, para o nosso ordenamento jurídico, do termo *regulation* utilizado nos Estados Unidos da América.

Como assinalado por Aragão (2013, p. 21), a regulação é um instituto originário da economia, porém, com o advento da atual ordem constitucional inaugurada com a Constituição Federal de 1988, tomou assento nos arts. 21, XI; 162, § 2º; 172; 174; 177, § 2º, III; 186, III; 190 e 192.

Ademais, a dificuldade na conceituação do termo regulação advém da “difícil distinção em relação a outros institutos de Direito Público da Economia, tais como a regulamentação, o poder de polícia, a ordenação da economia, a autorregulação, a desregulação, a desregulamentação e outros” (ARAGÃO, 2013, p. 22).

Não se questiona que o papel do Direito é regular as relações sociais. Isso foi feito desde o surgimento do Estado. Não se desconhece que, mesmo antes do surgimento do Estado, os primeiros agrupamentos humanos detinham regras e normas que regulavam a vida em sociedade a propiciar a ordem e coesão social, porém era uma regulação fora do domínio do direito, já que não existia a figura do Estado. O direito e, por conseguinte,

a regulação das atividades dos seus súditos e do próprio ente estatal, surge com o aparecimento do Estado.

A regulação através do direito abarca as várias esferas da vida em sociedade, tais como o direito de família, o direito penal, do trabalho, entre outros aspectos da vida social.

Com as diversas crises econômicas ocorridas ao longo do Século XX, as questões acerca da regulação econômica vieram à tona com mais ênfase, com as pessoas e Estados depositando confiança no sistema jurídico para resolver os problemas advindos das crises financeiras, mormente após a crise do *subprime* eclodida em 2008 no mercado financeiro dos Estados Unidos da América, com repercussões severas em todo o globo que são sentidas até os dias atuais.

Conforme dito acima, a economia não é a única faceta da realidade social que afeta a normatização estatal, porém, em uma sociedade capitalista, é a faceta mais decisiva, haja vista que uma quebra no funcionamento dos mercados atinge toda a sociedade, direta ou indiretamente, infligindo perdas e sacrifícios às populações atingidas. Muitas são as ideias para combater os efeitos das crises econômicas, porém, a história tem demonstrado que a humanidade ainda não encontrou a panaceia para os males advindos de tais crises.

Assim como o tecido social é mutável, dinâmico, apresentando demandas e necessidades variáveis ao longo do tempo, a economia também o é, conforme lembrado por Aragão (2013, p. 23): “A relação entre o Estado e a economia é dialética, dinâmica e mutável, sempre variando segundo as contingências políticas, ideológicas e econômicas”.

E continua Aragão (2013, p. 23-24) sobre a dialeticidade existente entre direito e economia:

Inegável, assim, uma relação de mútua ingerência e limitação: o Direito tem possibilidades, ainda que não infinitas, de limitar e de direcionar as atividades

econômicas; e estas influenciam as normas jurídicas não apenas na sua edição, como na sua aplicação, moldando-as, também limitadamente, às necessidades do sistema econômico.

Isso demonstra o tamanho do desafio do direito em regular a economia, em um cenário mutante, dinâmico, no qual tanto a economia influencia o direito quanto este influi na economia. Porém, independente do tamanho do desafio, o passo inicial é obter, construir conceitos o mais preciso possíveis para, a partir deles, se construir todo um sistema jurídico na tentativa de regular a economia em favor da sociedade, do interesse público.

A polissemia do termo regulação significa um problema para o direito, com repercussões diretas na segurança jurídica e, conseqüentemente, no desenvolvimento das atividades econômicas nacionais e transnacionais. A regulação da economia, conforme Aragão (2013, p. 25) é um fenômeno complexo, multifacetado e heterogêneo, com variações ao longo da história e internamente em cada Estado, já que esse emprega estratégias regulatórias diversas diante da necessidade da sua sociedade e da sua economia.

Passa-se, agora, a analisar os diversos conceitos de regulação. Para Sampaio (2013, p. 61) compreende o conjunto de formas indiretas de intervenção do Estado na economia, em justaposição à intervenção direta, quando o Estado atua na qualidade de empresário, como ator direto na oferta de bens e serviços.

Para Calixto Salomão Filho (2001, p.15), o termo regulação “engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através de concessão de serviço público ou o exercício de poder de polícia”.

De acordo com Vital Moreira (1997, p. 34), o conceito de regulação apresenta, ou comporta, três concepções: a primeira, em sentido *lato*, seria toda a forma de intervenção do Estado na atividade econômica, não importando a finalidade e

os instrumentos utilizados; a segunda, a regulação comportaria as atividades de condicionamento, de coordenação e de disciplinamento da atividade econômica privada, dos particulares; terceiro, seria o condicionamento, através de lei ou de outra modalidade normativa, da atividade econômica privada.

Para André Saddy (2014, p. 13), “encontra-se, assim, generalizada na literatura jurídica brasileira um conceito de regulação, como instituto que compreenderia qualquer forma de atuação do Estado que interfira nas escolhas dos privados, sendo tal função tradicionalmente prosseguida por meio da intervenção do Estado”.

O conceito de regulação, conforme visto, é variável, amplo, fluido, com certa indeterminação, com controvérsia presente na doutrina. A legislação também não confere precisão, certeza, ao conceito, conforme frisado por Carlos Ari Sundfel (SADDY, 2014, p. 13), para quem “o conceito exato dessa figura é ainda muito incerto e flutuante, inclusive na legislação”.

Ainda de acordo com Saddy (2014, p. 14), o elemento central do conceito de regulação reside no termo interferência pública, agindo essa na liberdade de escolha e de ação do sujeito que desenvolve uma atividade, independente de ser o sujeito público ou privado.

Aragão (2013, p. 207) aponta uma preferência pelo conceito mais abrangente de regulação, “a de adequação da atividade econômica aos interesses da coletividade”. Para Guerra (2014, p. 364), a regulação

se distingue dos modos clássicos de intervenção do Estado na economia, pois consiste em supervisionar o jogo econômico, estabelecendo certas regras e intervindo de maneira permanente para amortecer as tensões, compor os conflitos, e assegurar a manutenção de um equilíbrio do conjunto. Ou seja, por meio da regulação o Estado não se

põe mais como ator, mas como árbitro do processo econômico, limitando-se a enquadrar a atuação dos operadores e se esforçando para harmonizar suas ações.

Não obstante a incerteza ou a falta de precisão do conceito de regulação na doutrina e na legislação, necessário escolher um deles para servir de pressuposto no presente trabalho. Desta forma, adotar-se-á, na presente dissertação, o conceito atualmente mais aceito no meio jurídico, qual seja, aquele que entende a regulação como a intervenção do Estado nas atividades econômicas dos particulares e, até mesmo, do próprio poder público, do próprio Estado, quando esse atuar diretamente na atividade econômica.

Um outro conceito que precisa ser bem entendido e apreendido é o de regulamentação. De acordo com Jakobi e Ribeiro (2014, p. 85), os termos regulação e regulamentação não se confundem, detendo, portanto, acepções distintas. A primeira é desenvolvida em um plano abstrato e geral da intervenção estatal, enquanto a segunda é o detalhamento, a especificação normativa da intervenção.

A conceituação adotada no presente trabalho para regulamentação será a de entendê-la como detalhamento normativo da intervenção, conforme exposto acima por Jakobi e Ribeiro.

Agora, depois de delimitar os conceitos de regulação e de regulamentação, serão abordados os modelos de regulação.

A regulação em geral costuma ser uma tarefa estatal, mas não é exclusividade do Estado, com órgãos não estatais que também exercem atividade regulatória.

As modalidades de regulação da economia são as seguintes: regulação estatal, regulação pública não estatal, autorregulação e desregulação (ARAGÃO, 2013, p. 35).

Passa-se, agora, a apresentar o conceito de cada uma daquelas modalidades de regulação da economia.

A regulação estatal é aquela realizada através de regras ou normas emitidas pelo próprio Estado através de seus órgãos e entidades. Mesmo que haja a participação de setores da sociedade nos órgãos e entidades do Estado que emitam as regras de regulação, essa regulação não perde a sua natureza estatal.

A regulação pública não estatal é efetuada por entidades da própria sociedade, porém por delegação estatal ou pela incorporação dessas normas ao ordenamento jurídico estatal. Ou seja, essas entidades da sociedade atuam por delegação estatal, podendo essa delegação se encontrar na Constituição Federal ou na legislação infraconstitucional. Como mencionado por Aragão (2013, p. 32), dentre os diversos exemplos existentes no Brasil, há os conselhos profissionais, as entidades desportivas, as bolsas de valores, o Operador Nacional do Sistema Elétrico-ONS e a Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT. Anote-se que, mesmo sendo entidades da sociedade, a regulação por elas realizada não é privada, mas sim pública, e, desta forma, editam normas que se impõem coercitivamente aos seus destinatários.

A autorregulação é desenvolvida autonomamente por instituições privadas, sem delegação estatal ou sem que suas normas sejam incorporadas ao ordenamento jurídico estatal. Aqui se encontra a regulação privada, geralmente praticada por entidades associativas, dentro da sua liberdade constitucional de associação e, dentro dessa liberdade, encontra-se o direito de expedir normas privadas de regulação das suas atividades, que vinculam apenas as pessoas que livremente se associarem.

Por fim, de acordo com a classificação proposta acima, há a desregulação, que, como o próprio nome sugere, consiste na ausência de regulação institucionalizada, quer pública, quer privada, ficando os agentes submetidos às forças do mercado.

Eis, pois, os modelos ou modalidades de regulação encontrados no mundo ocidental, através dos quais tanto os Estados

quanto as entidades não estatais tentam regular a economia através do controle das atividades econômicas desenvolvidas pelos agentes econômicos. Esses termos serão utilizados ao longo deste trabalho.

1.4 CONTEXTUALIZANDO AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ESTADO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

No Brasil, as agências reguladoras foram criadas em decorrência do plano do governo federal de desestatização, com mais ênfase no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (mandato de janeiro de 1995 a dezembro de 2002), com o intuito de regular as atividades econômicas que passaram a ser exercidas pela iniciativa privada, em especial a prestação de serviços públicos.

O Estado Regulador é um movimento internacional, com viés liberal, em substituição ao Estado Produtor. Em um mundo globalizado, as ideologias de modelos de Estado são difundidas em diversas partes do mundo, em especial através de organismos internacionais tais como Banco Mundial - BIRD, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, Fundo Monetário Internacional - FMI etc. Percebe-se que a adoção do Estado Regulador aconteceu em toda a América Latina, com opção pela adoção das Agências Reguladoras como órgão exercente do poder regulatório, sendo esse fato histórico fruto da intervenção no plano internacional dos órgãos internacionais mencionados. Intervenção essa que resultou em negativa de empréstimos aos países que não adotassem o novo modelo de regulação através de agências independentes, consideradas o modelo mais moderno de regulação. O antigo modelo de desenvolvimentismo, com o Estado como figura central indutora do crescimento e desenvolvimento da sociedade, foi substituído pelo modelo no qual a produção de bens e

a prestação de serviços deveria ser entregue às empresas privadas, tidas como mais eficientes e com vocação natural para a produção. Esses órgãos internacionais tiveram um papel de peso nessas mudanças no marco regulatório (estrutura regulatória) dos países da América Latina, utilizando-se, o Bird, a OCDE e o FMI de diversos instrumentos de atuação na mudança da estrutura regulatória dos países latino americanos, “indo de restrições a incentivos àqueles países que se adequassem ou não aos padrões econômicos indicados, sendo comum, por exemplo, a utilização da exigência de reformas em direção ao mercado como condição para a concessão de empréstimos” (CRUZ, 2009,p. 57).

Um ponto que geralmente é negligenciado pelos doutrinadores brasileiros, é que o Programa Nacional de Desestatização, instituído pela Lei n.º 8.031/90 (BRASIL, 1990), foi inaugurado no breve governo do ex-presidente Fernando Collor de Melo, seguindo a tendência mundial. O governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso deu curso à onda neoliberal iniciada na década de 1990, consolidando a fase neoliberal no Brasil, com a estratégia de diminuir o tamanho do Estado, reduzindo o mesmo à execução direta das atividades consideradas típicas, concedendo à iniciativa privada a exploração direta das atividades econômicas empresariais que, dentro da cartilha neoliberal, não deveriam ser exercidas diretamente pelo poder público, haja vista que esse demonstrou ser ineficiente no gerenciamento das empresas estatais.

No período mencionado, em especial no primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso, o Estado brasileiro, seguindo a tendência mundial iniciada nos anos 1970, começou a implementar o denominado Estado regulador, que, conforme visto acima, se incumbe de expedir as normas que regularão as atividades do setor produtivo, estabelecendo as regras disciplinadoras da ordem econômica, com vistas ao atingimento e preservação do interesse público e da justiça social.

Como o Estado não mais desempenhará, diretamente, a exploração das atividades econômicas, passa a expedir normas reguladoras daquelas atividades que passam a ser desenvolvidas pelo setor produtivo privado, com o objetivo de alcançar e de preservar o interesse público e a justiça social, pelo menos em tese.

Houve, para tanto, no Brasil, conforme dito acima, a implantação do Programa Nacional de Desestatização, instituído através da Lei n.º 8.031/90 (BRASIL, 1990), que foi substituída pela Lei n.º 9.491/97 (BRASIL, 1997a), sofrendo essa alteração pela Lei n.º 9.635/98 (BRASIL, 1998b) e pela Lei n.º 9.700/98 (BRASIL, 1998c). Essas leis são os marcos legais iniciais que ensejaram o ambiente regulatório incipiente para a privatização promovida pela União Federal das empresas públicas e a concessão dos serviços públicos (desestatização) à iniciativa privada, dentro da lógica do Estado Regulador.

A Lei n.º 8.031/90 (BRASIL, 1990) criava o Programa Nacional de Desestatização, elencando, no seu art. 1º, seis objetivos fundamentais, a saber:

- I. reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;
- II. contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;
- III. permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;
- IV. contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;

- V. permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;
- VI. contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

Conforme a dicção legal, os objetivos fundamentais perseguidos no Programa Nacional de Desestatização estavam alinhados com os objetivos do Estado Regulador, quais sejam: retirar o Estado da exploração direta das atividades econômicas, diante da sua ineficiência que gerava um custo elevado para os contribuintes e usuários dos serviços públicos, limitando-se o ente estatal a elaborar normas regulatórias e a fiscalizar a obediência dessas pelos entes privados que passaram a desenvolver as atividades antes exploradas pelo poder público.

Em 1997, a Lei n.º 8.031/90 foi revogada pela Lei n.º 9.491/97, que alterou alguns procedimentos contidos na lei anterior, porém, em essência, preservou os objetivos fundamentais previstos na lei revogada.

Pela leitura das mencionadas leis, no Brasil houve um misto de desestatização *stricto sensu*¹² e de privatização¹³, a primeira

12 Importante conceituar o termo desestatização. Trata-se da retirada do Estado de atividades constitucionalmente reservadas à iniciativa privada ou de setores que podem ganhar eficiência com o desenvolvimento das atividades pela iniciativa privada. No primeiro caso, é a aplicação do princípio da livre iniciativa e, no segundo, no princípio da economicidade. Desestatização, então, é o “gênero do qual são espécies a privatização, a concessão, a permissão, a terceirização e a gestão associada de funções públicas” (SOUTO, 2003, p. 147).

13 De acordo com Souto (2003, p. 147), a privatização é “a mera alienação de direitos que assegurem ao Poder Público, diretamente ou através de

ocorrendo com a concessão dos serviços públicos (telefonia, transmissão de energia elétrica, telecomunicações etc.) e a segunda com a venda das empresas estatais (mineração, siderurgia, metalurgia, indústrias petroquímicas etc.).

Interessante observar que, mesmo com as privatizações e desestatização promovidas pelos governos de Fernando Henrique Cardoso, com o objetivo de implantar um estado mínimo no Brasil, esse objetivo não foi alcançado, permanecendo o estado brasileiro ainda “grande”.

O programa de desestatização no Brasil foi levado a efeito por alguns mecanismos, como anotado por Luís Roberto Barroso (2004, p. 90), a saber: “(a) a alienação, em leilão nas bolsas de valores, do controle de entidades estatais, tanto as que exploram atividades econômicas como as que prestam serviços públicos; e (b) a concessão de serviços públicos a empresas privadas”.

As primeiras Agências Reguladoras, instituídas no bojo do contexto de desestatização e desregulamentação instalado pelo Estado Regulador, surgiram na década de 1990, conforme já mencionado. Em âmbito federal, dentro do contexto mencionado, eis as agência reguladoras independentes: a) Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, criada pela Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996 (BRASIL, 1996); b) Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, criada pela Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997 (BRASIL, 1997a); c) Agência Nacional de Petróleo – ANP, instituída pela Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997 (BRASIL, 1997b); d) Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, criada pela Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999 (BRASIL, 1999); e) Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, instituída pela Lei n.º 9.961, de

controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade. Privatiza-se o que não deve permanecer com o Estado, quer por violar o princípio da livre iniciativa (CF, art. 173), quer por contrariar o princípio da economicidade (CF, art. 70)”.

28 de janeiro de 2000 (BRASIL, 2000a); f) Agência Nacional de Águas – ANA, criada pela Lei n.º 9.984, de 17 de julho de 2000 (BRASIL, 2000b); g) Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, criada pela Lei n.º 10.233, de 5 de junho de 2001 (BRASIL, 2001); h) Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, instituída pela Lei n.º 10.233, de 5 de junho de 2001 (BRASIL, 2001); i) Agência Nacional do Cinema – ANCINE, criada pela Medida Provisória n.º 2.228, de 6 de setembro de 2001; j) Agência Nacional de Aviação Civil– ANAC, criada pela Lei n.º 11.182, de 27 de setembro de 2005 (BRASIL, 2005).

A técnica de descentralizar a administração pública não é recente e não foi criada a partir da década de noventa. No Brasil houve experiência anterior nesse aspecto, com a criação de autarquias de regime especial, cujos dirigentes não podiam ser exonerados pelo Chefe do Poder Executivo *ad nutum*, pois os seus mandatos eram por prazo determinado. Um exemplo desse tipo de autarquia é o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, criado pela Lei n.º 3.807/60 (ARAGÃO, 2013, p. 270). Porém, o STF considerou inconstitucional essa proteção ao mandato do dirigente da autarquia de regime especial, que significava uma limitação ao poder de direção do Presidente da República de exonerar dirigente. Posição jurisprudencial que foi, com o julgamento da ADIN n.º 1949-0, modificado.

Como lembrado por Aragão (2013, p.272), antes da criação das agências reguladoras no Brasil, foram criados vários órgãos e entidades reguladoras, a exemplo do Conselho Monetário Nacional – CMN, do Banco Central do Brasil – BACEN, do Instituto do Alcool e do Açúcar – IAA, do Instituto Brasileiro do Café e da Comissão de Valores Mobiliários – CVM¹⁴.

14 A Comissão de Valores Mobiliários – CVM sofreu modificações na sua estrutura, com a modificação introduzida no art. 5º da Lei n.º 6.385/1976 pela Lei n.º 10.411/2002, transmutando a sua natureza jurídica de simples autarquia

Porém, nenhum desses órgãos e entidades possuíam a independência em face do Poder Executivo Federal, diferenciando-se, pela ausência de independência nas suas estruturas, das Agências Reguladoras introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro a partir da década de 1990.

O formato de autarquia especial já era conhecido no Brasil, então, o que diferencia as agências reguladoras independentes das demais autarquias? Basicamente, dois aspectos: o primeiro, a independência; o segundo, que possui competências reguladoras (ARAGÃO, 2013, p. 271). Mister, desta forma, para a caracterização de uma Agência Reguladora independente, a junção dessas duas características. A independência da Agência Reguladora deve ser entendida sob dois aspectos: primeiro, não está hierarquicamente subordinada ao chefe do Executivo, segundo, a independência técnica setorial em relação aos órgãos centrais da administração pública (SIQUEIRA CASTRO, 2011, p. 50).

Não obstante as Agências Reguladoras independentes terem surgido no ordenamento jurídico brasileiro a partir de um movimento de redução do tamanho do Estado, isso não significa que esse modelo seja típico de um Estado absenteísta. De acordo com Aragão (2013, p. 272), o modelo organizacional das Agências Reguladoras independentes pode ser adotado por Estados de diferentes modelos políticos. Um outro aspecto notado por Aragão (2013, p. 272), é que “a sua própria denominação denota a atividade reguladora do Estado sobre setores da economia”, sendo, portanto, contraditório atribuir às “agências **reguladoras** uma função que fosse eminentemente **desreguladora**”. Para reforçar essa afirmação, lembra que a época de maior vigor das agências reguladoras nos Estados Unidos da América foi durante o *New Deal*, bem como, na Europa, a

para autarquia de regime especial dotada de independência, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, bem como autonomias financeira e orçamentária.

consolidação da independência do Banco Central da Alemanha, na época do Estado de Bem-Estar social, momentos esses, conforme visto acima, de intervenção direta do Estado na economia e na exploração das atividades econômicas através de empresas estatais.

Como se pode ver do rol das Agências Reguladoras no Brasil, elas não se limitam apenas a regular os serviços públicos concedidos na época da desestatização iniciada nos anos 1990, há também agências que regulam atividades econômicas *stricto sensu*, a exemplo da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, que tem competência para regular os planos privados de saúde.

Uma crítica que se faz em relação às Agências Reguladoras independentes é em razão ao momento em que foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, tomando como exemplo o setor elétrico, a criação da Agência Reguladora se deu depois do início da desestatização, gerando, assim, além de uma maior insegurança jurídica, o aumento da possibilidade de captura legislativa pelos agentes regulados, ou por aqueles que tinham interesses, mesmo que indiretos, na regulação, conforme se depreende das recomendações apresentadas pelo Banco Mundial no relatório sobre a desestatização do setor elétrico (ARAGÃO, 2013, p. 273).

Diante do exposto, é possível conceituar as Agências Reguladoras independentes, no Brasil, da seguinte forma: autarquia de regime especial, dotada de independência frente à administração centralizada, com competência para exercer as funções reguladoras e de fiscalização, com a direção exercida através de órgão colegiado cujo membros são nomeados pelo Presidente da República por prazo determinado, após previa aprovação pelo Senado Federal, proibida a exoneração *ad mutum* dos dirigentes pelo Presidente da República (ARAGÃO, 2013, p. 281).

Os Estados da federação também podem criar Agências Reguladoras e assim o fizeram dentro do movimento de

desestatização, delegando, para exploração pela iniciativa privada, vários serviços públicos de sua titularidade. Nos aspectos gerais (*v.g.* prazo determinado do mandato dos dirigentes e nomeação pelo chefe do executivo), os Estados membros seguiram o modelo adotado pela União Federal.

Em relação à classificação das Agências Reguladoras, conforme se depreende do texto acima, elas podem ser federais, estaduais e municipais.

Quanto à especialização setorial podem ser unissetoriais e multissetoriais. Todas as agências federais são unissetoriais. A maioria das agências estaduais e municipais são multissetoriais (ARAGÃO, 2013, p. 305).

Quanto à autonomia organizacional, há agências que podem editar o próprio regimento interno, e as que tal norma é elaborada pela administração central.

Há agências com assento constitucional, como a ANATEL e ANP (arts. 21, XI e 177, §2º, III, CF/88), e as previstas apenas em norma infraconstitucional (todas as demais agências) (ARAGÃO, 2013, p. 305).

De acordo com a atividade regulada, há as que tratam dos serviços públicos, as que disciplinam a exploração de monopólios públicos, as que disciplinam a exploração de bens públicos, a exemplo da ANA, e as agências reguladoras de atividades econômicas privadas.

1.5 AGÊNCIAS REGULADORAS COMO INSTITUTO BÁSICO AMERICANO

O Estado brasileiro incorporou as Agências Reguladoras independentes ao seu ordenamento jurídico a partir da década de 1990, conforme acima mencionado, atendendo a uma demanda global, e, assim, substituiu o seu formato anterior, de intervenção direta na economia através de empresas estatais, pelo

modelo regulador, saindo, desta forma, da exploração direta das atividades econômicas e passando apenas a regulá-las, em regra.

Afirma-se que o modelo de Agências Reguladoras adotado no Brasil sofreu influência direta do direito norte-americano, não obstante os dois países serem de tradições jurídicas diversas, esse do ramo do direito consuetudinário e aquele do *Civil Law*.

O direito norte-americano conhece a figura da Agência Reguladora desde o final do Século XIX. A primeira agência criada e instalada nos EUA foi a *Interstate Commerce Commission – ICC*, em 1887, para regular os serviços interestaduais de transporte ferroviário. Interessante notar que a referida agência foi criada não apenas para proteger os usuários do transporte ferroviário, mas também para planejar e racionalizar a construção das linhas férreas de modo a se evitar prejuízos com construção de trechos em local sem demanda, ou a construção de várias linhas no mesmo local.

Conforme visto, nos EUA a figura da Agência Reguladora não é recente, passando o seu formato e características por reformulações no decorrer do tempo, sofrendo as influências históricas decorrentes da evolução da política econômica nos EUA e no mundo globalizado. Os EUA vivem sob a égide do pensamento liberal clássico, que vigia em toda a sua ortodoxia, até, de acordo com Aragão (2013, p. 229), 1887, ano da criação da ICC. Desse Estado no qual vigoravam as regras do liberalismo, passou gradualmente para um Estado altamente interventor, com uma forte regulação estatal com o advento do *New Deal*, sofrendo atenuação gradativa após a II Guerra mundial até a década de 1970. Na década de 1980 tomou força o movimento da desregulação, que tinha o objetivo de extinguir, ou ao menos, de diminuir a regulação estatal. Mesmo na economia tida como a mais liberal do ocidente, o movimento da *desregulation* não conseguiu alcançar o seu ápice com a extinção da regulação estatal.

Em um mundo globalizado, os movimentos de política econômica geralmente não são isolados, ou seja, geralmente não se instalam e se desenvolvem em apenas um país. A América Latina e a Europa, guardadas as suas peculiaridades culturais e históricas, também transitaram de um liberalismo ortodoxo, entre os Séculos XVIII e XIX, passando por um período relativamente curto de regulação da economia, passando para um estágio de estatização da economia após a II Guerra Mundial. Esse movimento de estatização só foi interrompido na América Latina e na Europa a partir da década de 1980, com a desestatização e, por conseguinte, a implantação da regulação dos setores repassados à iniciativa privada (ARAGÃO, 2013, p. 230). No Brasil o movimento de desestatização ocorreu a partir de 1990, para ser mais preciso, a partir da publicação do Plano Nacional de Desestatização, ainda no governo do presidente Collor.

Foi visto que o primeiro país a adotar as Agências Reguladoras foram os Estados Unidos da América. Não obstante ter sido o primeiro país a adotar o referido modelo, é possível afirmar que os EUA conseguiram “exportar” tal modelo para o resto do mundo? Para responder a tal pergunta, necessário verificar as características das agências estadunidenses.

Antes, é válido informar que existem dois tipos de agências nos EUA. Há as agências executivas, que não detêm independência frente ao poder executivo, estando, na verdade, subordinadas a este poder. Não se confundindo com essas existe a figura da Agência Reguladora, essa sim detentora de independência frente ao executivo e detentora de algumas garantias para os seus dirigentes, como a impossibilidade de exoneração *ad nutum* pelo presidente da república, pois, para tanto, exige um devido processo legal, com a exigência de um processo com a garantia de defesa e a existência de uma justa causa (*good cause*) autorizadora do ato de exoneração.

Tanto nos EUA quanto no Brasil, o controle judicial das decisões das agências sofre uma autolimitação, com pouca interferência material nas decisões das agências, aplicando para tanto o princípio da razoabilidade, “limitando-se, na maioria das vezes, aos aspectos procedimentais assecuratórios do devido processo legal e da participação dos direta ou indiretamente interessados no objeto da regulação” (ARAGÃO, 2013, p. 238).

Pelos diversos pontos de intersecção entre o modelo norte-americano e o brasileiro, percebe-se claramente a origem de várias características introduzidas no direito administrativo brasileiro oriundas do direito estadunidense. Ademais, assim como o brasileiro, o direito constitucional norte-americano adotou a doutrina da separação dos poderes, o que gerou lá, cerca de um século antes da introdução das agências no sistema jurídico brasileiro, vários questionamentos acerca da constitucionalidade das agências reguladoras, que foram superadas pela Corte Suprema de lá com a interpretação de que as normas expedidas pelas agências, mesmo abstratas e gerais, não invadia a competência do Poder Legislativo, pois eram exercidas dentro da competência da agência estabelecida legalmente, sendo, portanto, na nomenclatura lá adotada, de função “quase legislativa”. O mesmo se deu em relação à possibilidade de composição dos litígios entre as empresas reguladas e os usuários, ou entre empresas, considerando a Suprema Corte essa competência constitucional e legal, sendo parte integrante da função “quase judicial” das agências reguladoras. Aqui no Brasil, praticamente um século depois, as discussões acerca das agências reguladoras foram bem parecidas, guardando uma certa homogeneidade nos conteúdos, conforme assinalado por Aragão (2013, p. 232). Interessante essa homogeneidade nas discussões judiciais sobre as agências reguladoras, mesmo o Brasil tendo sido influenciado, em matéria de direito

administrativo, pela escola francesa, que preza pela unidade e organização hierárquica da Administração Pública (ARAGÃO, 2013, p. 239).

1.6 DISTINÇÃO ENTRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS AMERICANA E EUROPEIA

Viu-se que a primeira agência reguladora surgiu nos EUA em 1887, no final do Século XIX, e somente na década de 1980, com a desestatização da economia, foram implantadas na Europa continental.

Existem diferenças entre o modelo norte-americano e o europeu de Agências Reguladoras? Ou seriam as Agências Reguladoras europeias uma cópia, mesmo que adaptada, do modelo norte-americano?

A própria dinâmica da história econômica dos países da Europa continental aponta para a adoção de um modelo distinto do norte-americano. Enquanto a tradição nos EUA é da adoção do liberalismo econômico, com a iniciativa privada desenvolvendo as atividades econômicas, com o Estado no seu papel constitucional de garantir a ordem e a segurança, na Europa continental a tradição é de um Estado interventor, com várias companhias estatais desempenhando atividades econômicas. Enquanto que nos EUA as agências surgiram com o objetivo de regular e organizar a atuação dos entes privados que exploravam diretamente as mais diversas atividades econômicas, na Europa continental as agências reguladoras surgiram, no formato atual, a partir da década de 1980, como resposta lógica ao processo de desestatização da economia, necessitando de um órgão com capacidade de regular e fiscalizar as empresas privadas que estavam assumindo as atividades econômicas anteriormente desempenhadas pelo Estado através das suas empresas (Administração Pública indireta).

Percebe-se que a evolução da histórica econômica foi diferente nos EUA e na Europa ocidental. Esse fato foi capaz de fazer surgir um modelo de agência reguladora diferente na Europa?

Diante da evolução do Estado na Europa continental, especialmente na França, Espanha, Portugal e Itália, o Estado Empresário foi bastante presente nesses países, em especial no pós Segunda Guerra, com o Estado intervindo na economia, em especial através de suas empresas. Tudo que era considerado de interesse da coletividade, era rotulado como serviço público, podendo ser estatizado, de acordo com o disposto na Constituição da República Francesa (Preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946¹⁵) (FRANÇA, 1946), já que a referida constituição foi promulgada em 1946, apenas um ano após o término da Segunda Guerra Mundial, em um momento de reconstrução da Europa continental que foi encabeçado pelo Estado, que passou a intervir de forma direta e intensa nas atividades econômicas com vistas a reconstruir a economia pós-guerra.

Na França, as Agências Reguladoras são chamadas de autoridades administrativas independentes. É oportuno ressaltar que nem todas as autoridades administrativas independentes desempenham atividades reguladoras, ou seja, nem todas desempenham a elaboração e/ou aplicação de sanções aos setores não integrantes do próprio Estado (ARAGÃO, 2013, p. 244). Na França, a nomeação dos membros dos respectivos órgãos colegiados das entidades administrativas independentes não é feita apenas pelo Poder Executivo, diversamente do que acontece nos Estados Unidos da América. Um outro traço marcante das

15 “[...] 9. Qualquer bem e empresa cuja exploração tenha ou adquira as características de um serviço público nacional ou de um monopólio de fato deve tornar-se propriedade da comunidade”.

entidades administrativas independentes francesas é que um dos requisitos para serem consideradas independentes é a ausência de personalidade jurídica (ARAGÃO, 2013, p. 239).

Na Espanha, também a partir da década de 1980, o fenômeno de autoridades administrativas com a finalidade de regular, em especial, os serviços públicos concedidos à iniciativa privada, se fez presente. As autoridades administrativas independentes, na Espanha, foram criadas como pessoas jurídicas de direito público, não sendo a existência de personalidade jurídica própria um elemento essencial para elas, podendo, a exemplo do que ocorre na França, haver órgão sem personalidade jurídica aos quais se atribuem autonomia regulatória (ARAGÃO, 2013, p. 247).

Assim como na França, as entidades administrativas independentes espanholas não se limitam ao campo econômico, podendo regular matérias relativas à proteção dos direitos fundamentais (ARAGÃO, 2013, p. 251).

A Itália também acompanhou o movimento de regulação ocorrido nos demais países europeus. Como mencionado em relação à França e à Espanha, também na Itália o campo de atuação das entidades administrativas independentes vai além da seara econômica, tutelando também áreas sensíveis, tais como os direitos fundamentais. O modelo adotado nesses países europeus é mais amplo do que o modelo adotado no Brasil, pois, além de regular as atividades econômicas, também exercem a regulação dos direitos fundamentais.

As características das entidades administrativas independentes italianas são diversas. Existe na doutrina daquele país uma discrepância enorme acerca daqueles órgãos se são realmente entidades administrativas independentes, já que em alguns órgãos “as suas funções se submetem a alguma espécie de controle ministerial” (ARAGÃO, 2013, p. 257). Tanto o Poder Executivo quanto o Parlamento podem nomear os dirigentes das entidades administrativas independentes.

A Alemanha foi um dos últimos países europeus continentais a adotar o modelo de autoridades reguladoras específicas e independentes, diante do modelo constitucional adotado pela Alemanha, que atribuía a regulação ao ministério relacionado à matéria, sem atribuição de independência ao regulador diante do comando contido no art. 64 da Constituição Federal Alemã¹⁶. Interessante anotar que até o início dos anos 1990, uma boa parte das matérias era regulada por entidades estaduais, em decorrência da estrutura do federalismo germânico. Com a entrada da Alemanha na Comunidade Europeia e a adoção das normas do Direito Comunitário Europeu, consagrou-se o entendimento do caráter nacional de certas matérias, o que demandou regulação uniforme para toda a federação (ARAGÃO, 2013, p. 259). O principal órgão regulador é o *Bundesnetzagentur*, sendo autônomo e integrante da administração pública indireta federal, com competência para regular os setores de telecomunicações, serviços postais, gás natural, energia elétrica e transportes ferroviários, sendo um órgão regulatório multissetorial. O chanceler alemão poderá destituir o Presidente do órgão regulador mencionado, por questões relevantes, o que, de acordo com Aragão (2013, p. 260), indicaria uma relativa autonomia e independência do órgão.

Em Portugal, as agências reguladoras surgiram, em especial, para regular o setor financeiro e os setores anteriormente monopolizados pelo Estado que passaram à exploração pela iniciativa privada, como comumente ocorreu na Europa continental. Em regra, as agências reguladoras detêm personalidade jurídica e gozam de autonomia perante o Poder Executivo (ARAGÃO, 2013, p. 261). A nomenclatura adotada em Portugal para as agências reguladoras foi a de entidades reguladoras

16 “Artigo 64 [Nomeação e exoneração dos Ministros Federais – Juramento] (1)
Os Ministros Federais serão nomeados e exonerados pelo Presidente Federal, por proposta do Chanceler Federal. (...)” (ALEMANHA, 2011, p. 57).

independentes, com assento constitucional no art. 267¹⁷, que foi alterado pela Lei Constitucional n.º1/97.

Com exceção do Conselho da Concorrência e do Conselho Nacional de Supervisores, todas as demais autoridades reguladoras têm personalidade jurídica. Todas as autoridades reguladoras possuem poderes normativos, com amplitudes diversas.

A indicação dos dirigentes das Agências Reguladoras independentes portuguesas é bem diversa da adotada em outros países europeus e no Brasil também. Lá uma comissão é a responsável pelo concurso de seleção dos candidatos, de acordo com a Lei n.º 64, de 22 de dezembro de 2011, e pelo Decreto n.º 05, de 17 de janeiro de 2012. Essa comissão escolhe três candidatos, depois de uma seleção composta de várias etapas e critérios, indicando-os ao membro do Governo que tenha o poder de direção ou de superintendência e tutela sobre o serviço ou órgão a que respeita o procedimento concursal (ARAGÃO, 2013, p. 263).

As principais diferenças entre as Agências Reguladoras portuguesas e as brasileiras residem na previsão constitucional daquelas e a forma de recrutamento dos seus dirigentes.

Eis, em linhas gerais, os formatos de entidades reguladoras adotados na Europa Continental, que possuem algumas variações entre os países, mas, em seus aspectos gerais, guardam uma certa consonância, diferindo do modelo norte-americano, mesmo que tenham sofrido algumas influências deste.

17 “**Artigo 267. (Estrutura da Administração) (...) 3.** A lei pode criar entidades administrativas independentes” (PORTUGAL, 2005).

1.7 A COMPLEMENTARIEDADE DA TEORIA ECONÔMICA DA REGULAÇÃO EM STIGLER E DUGUIT COMO REFERENCIAL TEÓRICO

No presente trabalho, procura-se responder ao seguinte problema de pesquisa: Por que a regulação realizada pelas Agências Reguladoras não apresenta o nível de eficiência prometido na reforma do Estado da década de 1990, já que é exercida por *experts* de cada área regulada, em tese, isentos da influência política?

As Agências Reguladoras foram apresentadas, na reforma Administrativa da década de 1990, como a solução para a “Captura” do regulador, pois a política regulatória seria desenvolvida por um corpo técnico altamente qualificado, com decisões colegiadas, no ambiente de uma autarquia especial com independência, ou autonomia qualificada, em relação ao chefe do Poder Executivo, estando, assim, os seus membros, praticamente imunes à influência política. Seria, a Agência Reguladora, a solução definitiva para a captura, que era responsável, entre outras variáveis, pela péssima qualidade dos serviços prestados pelo Estado ou pela iniciativa privada através das concessões públicas.

Então, por que, apesar de todos os atributos das Agências Reguladoras, a qualidade dos serviços concedidos não melhorou? A regulação setorial atende a quais interesses?

De acordo com a *teoria econômica da regulação* (também conhecida como teoria econômica da “captura”), desenvolvida na década de 1960, por George Joseph Stigler¹⁸, através da análise de vários dados empíricos, em especial os recolhidos do

18 Economista norte-americano, nascido em 17/01/1911 e falecido em 1/12/1991, ganhou o prêmio Nobel em 1982.

setor de transporte ferroviário, a regulação estatal não atendia ao interesse público, ao interesse coletivo, ao contrário, parecia atender mais às demandas do setor regulado.

Se a justificativa principal para a realização da regulação era o interesse público, então por que os setores privados demandavam a regulação, já que, em tese, tal regulação limitaria o seu espectro de atuação no mercado? Constatou-se que a regulação era muito mais benéfica para os setores regulados do que para a sociedade, havendo interesse direto dos entes regulados e demanda desses pela regulação das comissões independentes (Agências Reguladoras). Ou seja, os dados empíricos recolhidos por Stigler nas suas pesquisas apontavam no sentido de confirmar a tese de que os grandes beneficiados com a criação e manutenção da regulação era o setor regulado e não a sociedade, ao contrário da propaganda realizada pelo Estado em relação às agências reguladoras como sendo a solução para o problema dos abusos da iniciativa privada e o meio moderno e eficaz de manutenção do interesse coletivo nos setores explorados economicamente por companhias privadas.

Defendia-se, naquele momento histórico, perante a sociedade, que a regulação seria melhor atendida através do poder público, mormente através das Agências Reguladoras, entidades criadas especificamente para a finalidade da regulação, naquela época denominada, nos EUA, de comissões independentes. O Estado, como detentor do monopólio da força legítima, pode expedir normas jurídicas e, assim, insere na realidade econômica um novo equilíbrio, que não seria capaz com a atividade privada deixada ao seu livre arbítrio. Assim, somente através da regulação estatal seria capaz um equilíbrio nas forças do mercado, com a possibilidade de se garantir o interesse público, o bem-estar social.

Porém, Stigler constatou que a realidade era diversa da apregoada pelos defensores da regulação através das comissões

independentes, das Agências Reguladoras. De acordo com a teoria econômica da captura, a regulação é concebida e desenvolvida fundamentalmente em benefício da indústria regulada, que a adquire, pois essa seria a forma mais eficiente de preservar a sua participação no mercado por um menor custo.

Na formulação da teoria, Stigler (2004, p. 25) propôs a seguinte pergunta: “que benefícios pode um Estado proporcionar a uma indústria?”.

O Estado detém o monopólio de um recurso que, *a priori*, não é compartilhado com mais ninguém, sequer com o seu mais poderoso cidadão, qual seja, o poder de coagir, isto é, o poder de expedir normas com poder de coação contra pessoas físicas e jurídicas que estejam ao alcance do seu poder. Em especial, através da tributação, o Estado pode angariar o dinheiro de seus cidadãos, de forma legal. Assim, pelo aspecto da extrafiscalidade dos tributos, pode o Estado utilizar a tributação para o alcance de determinados objetivos, determinando a movimentação física de recursos e a tomada de decisões econômicas tanto das pessoas físicas quanto das jurídicas e, tudo isso, sem a necessidade da anuência dos seus contribuintes, já que a norma, revestida da legalidade e da legitimidade, é cogente, devendo ser observada por todos os seus destinatários. Desta forma, como frisado por Stigler (2004, p. 25), isso cria a possibilidade de uma determinada indústria de utilizar o Estado para aumentar a sua lucratividade, sendo quatro as principais políticas regulatórias demandadas por uma indústria, ou por um grupo coeso de pessoas: a) subvenção direta em dinheiro, b) o controle da entrada de novos concorrentes no setor, c) adoção de medidas que afetem os produtos substitutos e complementares, d) a fixação de preços.

No mesmo artigo seminal da sua teoria, Stigler sintetiza de forma clara a sua hipótese: “Propomos a hipótese geral: toda indústria ou toda ocupação que tem poder político suficiente

para utilizar o Estado procurará controlar o acesso à entrada” (STIGLER, 2004, p. 27).

Constatou-se que a concorrência, ou a sua ausência, não é resultado da dinâmica do mercado, que, de forma natural, com a sua “mão invisível”, premiaria os mais eficientes, os melhores, e puniria os ineficientes, permanecendo no “jogo”, no mercado, os primeiros, com a eliminação dos segundos. A concorrência pela alta taxa de retorno dos investimentos parece começar antes mesmo, ainda na fase anterior à competição no mercado, ou seja, na concorrência, através do poder político junto ao Estado, na demanda de normas reguladoras que garantam melhores condições de atuação e de permanência no setor ao grupo que detiver maior influência política, não interessando se são eficientes ou não, se prestarão produtos e serviços de boa qualidade aos consumidores, à coletividade. Resulta disso uma hipocrisia interessante e talvez não observada. Formar conluios particulares, sem a participação do Estado, é punido pela legislação, pelo ordenamento jurídico Estatal, porém, participar de conluios com a participação do Estado, travestido de legitimidade e de legalidade, visando estipular controles de acesso ao mercado aos novos participantes, fixação de preços, entre outras políticas legais de regulação, é possível e é plenamente realizado no Brasil e no mundo afora; se o acerto de preços é feito apenas por empresas privadas, sem a participação do Estado, é cartel e é punido como crime, porém, se a fixação de preços é feita através de uma política regulatória, não é considerada crime, ao contrário, é tida como um instrumento legal para o alcance de um interesse público, mesmo tendo o mesmo resultado prático do cartel privado, a eliminação de concorrentes ou o incremento na taxa de retorno, com igual prejuízo para o consumidor, para a sociedade.

Alerta Stigler que as benesses advindas do poder político dos grupos não são obtidas em um “simples processo de

maximização dos lucros” (2004, p. 28). O processo político influenciador das políticas reguladoras sofre algumas limitações, que são de três tipos: a) a distribuição do controle do setor entre as empresas ou grupos se altera; b) as garantias procedimentais exigidas de processos públicos são onerosas; c) o processo político aceita prontamente poderosos *outsiders* nas agências reguladoras setoriais.

Em relação ao primeiro tipo de limitação, a distribuição do controle do setor entre as empresas ou entre os grupos se altera. Isto é, em uma atividade não regulada, o poder de influência de cada firma sobre o preço e a produção é resultado proporcional à sua parcela no total da produção. Já em uma atividade regulada, essa influência oriunda do tamanho da participação de cada indústria no total da produção do setor sofre alteração, passando a ter maior poder para alterar as regras do jogo a influência política de cada participante do setor, podendo pequenas firmas passar a ter mais influência no setor regulado do que gozariam se o setor fosse não regulado.

As garantias, ou salvaguardas procedimentais exigidas de processos públicos são dispendiosas. A demanda por regulação também é um custo para as empresas demandantes de regulação, pois a burocracia estatal costuma demorar um tempo considerável para operacionalizar os procedimentos administrativos necessários ao exercício regulatório, o que é um fator de geração de custos. Fator esse que, a depender do mercado, pode não compensar. E, em não compensando a demanda por regulação, mesmo tendo poder político para tanto, as empresas com influência política podem optar por não demandar regulação para determinado setor.

O último tipo de limitação da regulação de um setor, é a facilidade, praticamente automática, de aceitar poderosos *outsiders* nas agências de regulação. Isto é, grupos de pressão diversos podem inserir na regulação pontos não pleiteados pela indústria

regulada, a exemplo do que ocorre com a inserção da obrigação de cobertura de telefonia móvel em várias pequenas comunidades que não são rentáveis para o setor regulado, mas o grupo político local pode ganhar votos dos integrantes das comunidades atendidas pela aludida cobertura, tornando essa pressão um *outsider* poderoso na dinâmica da regulação, limitando, por conseguinte, o resultado do *lobby* do grupo regulado.

Os três tipos de limitação da regulação setorial são previsíveis e, como custo inerente ao processo regulatório, devem fazer parte do cálculo para aferir o sucesso ou o insucesso da regulação de um determinado setor.

A teoria econômica da regulação, desenvolvida por George Stigler, sustenta que a regulação realizada pelas Agências Reguladoras é uma demanda da indústria regulada, já nascendo, em regra, capturada pelo setor regulado, que, através da regulação, garante os seus interesses contra concorrentes, assegurando o seu local no mercado e o retorno dos seus investimentos. Porém, como a indústria regulada consegue impor a sua vontade ao ente regulador, ao Estado, às Agências Reguladoras? Léon Duguit defende que, independente do tipo de Estado, seja ele primitivo, singelo, ou desenvolvido e complexo, há um fato único, que indivíduos mais fortes do que outros impõem a sua vontade aos demais, ou seja, aos mais fracos. Assim se manifesta Duguit (2004, p. 47-48):

Em todos os grupos sociais que se qualificam de Estados, os mais primitivos e os mais simples, os mais civilizados e os mais complexos, encontra-se sempre um fato único: indivíduos mais fortes do que outros, que querem e podem impor a sua vontade aos restantes. Pouco importa que esses grupos estejam ou não fixados num determinado território, que sejam ou não reconhecidos por outros grupos, que tenham uma estrutura homogênea ou diferenciada; o fato persiste sempre e idêntico a

si próprio: os mais fortes impõem a sua vontade aos mais fracos. Esta maior força apresentou-se sob os mais diversos aspectos; ora força puramente material, ora força moral e religiosa, ora força intelectual, ora (e isso muitas vezes) força econômica. [...] Enfim, esta maior força [econômica] foi muitas vezes e tende a ser hoje, quase por toda a parte, a força do número, e será talvez no futuro a força dos grupos sociais organizados.

Pelo exposto acima por Duguit, o poder político, independente do tipo de Estado, é a manifestação e imposição da vontade do mais forte sobre o mais fraco, sancionando esse em caso de oposição. É, como definido pelo teórico francês, um fato único, e como tal, precisa buscar no direito a sua legitimação. A vontade do mais forte por si mesma carece de legitimidade, mormente a partir do “dia em que se teve a noção do direito” (DUGUIT, 2004, p. 51), necessitando, os atos, para ter legitimidade, de conformar-se com o direito, com as normas do direito. E, para tanto, mister que a vontade dos “grupos mais fortes” seja inserida na norma jurídica, utilizando do direito para expedir normas através do Estado, pois, somente este ente é o titular do direito legítimo da força, da violência, podendo limitar a atuação dos demais grupos (os mais fracos de acordo com Duguit), inclusive podendo limitar a atuação do próprio Estado. Se o Estado detém personalidade jurídica e ele é o único a deter o direito de uso legítimo da força, por que ele se autolimita? Segundo lembrado por Duguit (2004, p. 56), a personalidade jurídica do Estado é uma mera ficção, “admitida para fazer a construção jurídica do Estado e determinar um sujeito, suporte do poder político, concebido como direito subjetivo”. Propõe, Duguit (2004, p. 60), a substituição da noção Estado-pessoa, pela noção Estado-fato.

E continua Duguit (2004, p. 60-61) acerca do Estado e dos grupos que o compõem:

[...] o Estado não deve conceber-se como uma coletividade personificada, investida num poder soberano que ordena; mas é fato que numa coletividade determinada há uma diferenciação tal que o grupo dos mais fortes formula o direito, sanciona e fiscaliza os serviços públicos. [...] Estado; [...] essa palavra designa não aquela pretensa pessoa, coletiva e soberana que é um simples fantasma, mas os homens reais que de fato possuem a força.

Assim, para a teoria de Duguit, o Estado não é aquela coletividade personificada, titular de direitos e de obrigações, dotada de um poder soberano que ordena, mas sim uma ficção jurídica, sendo, na verdade, uma coletividade determinada com uma diferenciação importante e presente em qualquer modelo de Estado, há o grupo dos mais fortes que formula o direito, que sanciona e fiscaliza os serviços públicos, designando, na realidade, os homens reais que de fato possuem a força.

Mutatis mutandis, aplica-se a teoria de Duguit à hipótese formulada no presente trabalho, isto é, considera-se que o Estado é utilizado pelos grupos de interesse com mais força na sociedade, quer força política, quer força econômica, quer as duas conjuntamente, para determinar o conteúdo das normas jurídicas que regularão os setores econômicos sob a esfera de competência das Agências Reguladoras, pois, somente utilizando o Estado, que é o único ente jurídico com o monopólio da força, da violência legítima, ou legitimada pelo Direito, com competência constitucional de expedir normas jurídicas abstratas e de eficácia *erga omnis*, inclusive limitando a si mesmo. Somente através do uso do Estado é possível regular de forma ampla e cogente, impondo a vontade dos grupos de interesse com mais poder ao restante da sociedade. De acordo com Girón (2008, p. 44), em uma democracia, é frequente que o poder político e econômico esteja centralizado nas mãos de um pequeno grupo. Neste estudo constatou-se que é possível a existência de mais

de um grupo com poder político e econômico com capacidade de influenciar, ou até mesmo de determinar, o conteúdo das políticas regulatórias desenvolvidas pelas Agências Reguladoras, estando esses grupos mais fortes, de acordo com a nomenclatura de Duguit, em constante processo dialético pela hegemonia dos seus interesses.

Esta pesquisa também se vale da teoria econômica da regulação, também conhecida como teoria econômica da captura dos reguladores, formulada por Stigler, para fundamentar a hipótese defendida, pois, ao utilizar o Estado para formular as políticas regulatórias, em especial junto às Agências Reguladoras, os grupos de interesse (aqueles que de fato detêm a força, de acordo com Duguit) demandam a regulação como forma de proteção dos seus interesses, do interesse da indústria regulada, e não o contrário, como contido na propaganda realizada sobre as agências independentes quando da reforma administrativa da década de 1990, no Brasil. Assim, a regulação realizada pelas Agências Reguladoras, ou já nasce capturada pelos grupos de interesse, ou é capturada ao longo do ciclo de vida das referidas agências.

Desta forma, as duas teorias acima expostas servirão de fundamento teórico para a hipótese proposta nesta pesquisa, qual seja, a regulação realizada pelas Agências Reguladoras, não obstante ser desenvolvida por especialistas (regulação técnica), não está imune à influência do poder político e/ou econômico. Na realidade, assim como no modelo anterior, quem detiver poder político e/ou econômico poderá influenciar a regulação econômica setorial, pois, o Estado é utilizado por quem detém o poder político e/ou econômico para a expedição da regulação em seu benefício, ou seja, em benefício do detentor do poder referido (pessoa ou grupos de interesse), determinando a política regulatória da Agência Reguladora, utilizando-se, por conseguinte, do Direito como instrumento garantidor dos interesses dos grupos com poder, com força capaz de determinar o

conteúdo das normas expedidas pelo Estado. Eis o referencial teórico adotado na presente pesquisa para analisar a regulação realizada pelas Agências Reguladoras e o fenômeno da “Captura”.

DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

No capítulo primeiro foi feita uma análise sobre os pressupostos econômicos ao longo da história que influenciaram a formatação do modelo econômico adotado pelos Estados ocidentais a partir do surgimento do Estado moderno, buscando a compreensão da presença da dinâmica da captura do ente regulador pelos diversos atores da realidade social em determinado período histórico.

A partir do Estado Regulador na década de 1970, surge a necessidade de “modernizar” a máquina estatal, mormente a estrutura administrativa, para fazer frente à nova realidade mundial, que demandava respostas mais rápidas e efetivas do ente estatal. Para regular os setores econômicos, em especial os serviços que detêm o caráter público, antes desempenhados diretamente pelo Estado, surgiram as Agências Reguladoras Independentes, com o objetivo de regular e de fiscalizar os setores econômicos antes explorados diretamente pelo aparelho estatal, e que, a partir da década de 1990, no Brasil, passaram a ser explorados pelo setor privado.

Conforme demonstrado no capítulo segundo, antes do advento do Estado Regulador, os serviços públicos, bem como as atividades econômicas fora desse conceito, eram explorados e ofertados à coletividade pelo próprio poder público. Para regular

e fiscalizar o desempenho dessas atividades pelo poder público, o formato tradicional da administração pública indireta (*v.g.* autarquias e empresas públicas) era o utilizado. Porém, com a evolução da história econômica e diante da complexidade advinda com a globalização, esse modelo se tornou ultrapassado e ineficiente diante das novas demandas da sociedade e dos mercados transnacionais, além de altamente custoso para os contribuintes.

Atualmente não há controvérsias importantes acerca da definição de Agência Reguladora, variando basicamente quanto ao emprego de certos adjetivos, porém o núcleo significativo é o mesmo. Razão pela qual para os fins deste trabalho a referência usual técnico-dogmática é definição suficiente.

No direito brasileiro, o Programa Nacional de Desestatização, no governo do ex-Presidente Collor, na década de 1990, preparou o terreno institucional e jurídico brasileiro para a introdução, no modelo moderno, das agências reguladoras independentes, pois já houve anteriormente, na história brasileira, órgãos públicos encarregados da regulação de determinados setores, porém não gozavam da independência em relação ao Poder Executivo, a exemplo da Comissão de Valores Mobiliários - CVM.

O Estado regulador brasileiro foi inaugurado, em sede constitucional, com a Constituição Federal de 1988, na qual há previsão expressa de que a intervenção direta nas atividades econômicas pelo Estado será autorizada somente quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou em caso de relevante interesse coletivo, cujos conceitos o constituinte delegou para o legislador infraconstitucional, de acordo com o art. 173, *caput*, da Constituição Federal de 1988. No art. 174 da CF/88, o Estado brasileiro afirma ser o agente normativo e fiscalizador da atividade econômica, exercendo, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo o planejamento determinante para o setor público e indicativo de

tendência para o setor privado da economia. O aludido artigo inaugurou o contexto político-econômico-social que atribuiu novas competências e novas estratégias para o exercício das funções administrativas, em especial a função regulatória.

O art. 175 da CF/88 prevê a forma de prestação dos serviços públicos, que poderão ser prestados diretamente pelo poder público, ou, pela iniciativa privada, através de concessão ou de permissão do poder concedente.

Ainda nesse cenário, importante para a implementação do Estado regulador brasileiro, a quebra de alguns monopólios legais, a exemplo da pesquisa e lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos. Monopólios esses que foram relativizados através da Emenda Constitucional n.º 9, de 1995, que alterou o disposto originalmente no art. 177, §§ 1º e 2º, e incisos I, II e III, da CF/88.

As Agências Reguladoras independentes são autarquias especiais criadas por meio de lei *stricto sensu*, com função típica de controle da prestação dos serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, ou seja, com a finalidade de regular, de fiscalizar e de aplicar sanções às empresas privadas que passaram a prestar os serviços públicos, antes prestados pelos entes do poder público (empresas públicas e sociedade de economia mista), bem como o controle do exercício de atividades econômicas (*v.g.* CVM).

Órgãos reguladores já existiam no ordenamento jurídico brasileiro, conforme já dito. A diferença fundamental reside na independência orgânica (vedação de exoneração *ad nutum* dos dirigentes) e funcional (ausência de ingerência hierárquica da Administração Central sobre os atos decisórios) (ARAGÃO, 2012, p. 210) das agências em relação à Administração Pública, não estando sob o controle hierárquico de Ministério ou do Chefe do Poder Executivo.

A exoneração é condicionada a prévio processo administrativo ou judicial, com a observância dos direitos constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, no qual seja comprovada a falta do dirigente capaz de ensinar a sua exoneração, ou seja, como a doutrina norte-americana denomina, de *good cause* (justa causa).

Em relação ao mandato dos dirigentes das autarquias, ele é por prazo determinado e não coincidente com o mandato do chefe do Executivo, com a finalidade de se evitar a troca dos dirigentes de forma brusca e imediata pelo Executivo recém-eleito e empossado. Interessante observar que a legislação obriga a aprovação prévia do dirigente pelo Senado Federal, antes da sua nomeação pelo chefe do Executivo, porém, para a exoneração, não há a necessidade de aprovação pelo Senado da República, mas sim a observância do devido processo administrativo ou judicial.

Não basta que a lei criadora da autarquia qualifique o ente como agência, pois o mero rótulo não transforma o conteúdo, ou seja, a simples atribuição do nome de agência não tem o condão de atribuir a qualidade de órgão regulador independente. Para tanto, mister que a lei preveja a independência orgânica e funcional da autarquia especial para que ela possa ser classificada como Agência Reguladora independente.

Ademais, em relação a fatores que caracterizam a autarquia como Agência Reguladora, ainda há a previsão legal da realização de audiência ou consultas públicas prévias à realização de atos administrativos normativos, sendo isso um importante instrumento de participação e de controle social das agências (ARAGÃO, 2012, p. 211), pelo menos em tese.

Destarte, o conceito adotado no presente trabalho é o seguinte: autarquias especiais criadas por lei em sentido estrito, que desempenham função típica de controle da prestação dos serviços públicos e o exercício das atividades econômicas, dotadas de independência orgânica e funcional.

Eis o panorama atual no Brasil, que, seguindo a tendência mundial (no Ocidente), incorporou ao seu ordenamento jurídico, a partir da década de 1990, o modelo das agências reguladoras independentes para normatizar, fiscalizar e eventualmente punir quem descumprir o disposto na regulação específica. A partir de agora será analisada essa figura, esse ente público responsável pela regulação econômica e dos serviços com caráter público que foram concedidos à iniciativa privada, com a substituição do Estado empresário pelo Estado regulador, com o fito de verificar como o Direito é utilizado para formatar as agências reguladoras em favor dos grupos de interesse que, com o seu poder econômico e/ou político, utilizam o Estado para expedir normas para garantir, manter, preservar, no mínimo, as suas posições e ganhos dentro da economia.

2.1 DIREITO COMO TECNOLOGIA PARA GARANTIR DOMINAÇÕES

Não interessa ao presente trabalho a discussão e análise dos diversos conceitos acerca da palavra Direito e dos seus respectivos signos. Como advertido por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, (2010, p. 12), são inúmeras as definições e esforços em busca do conceito de direito, haja vista que os juristas compreendem o direito como um fenômeno universal. A elaboração de um conceito preciso de direito levaria a uma sensação, mesmo que ilusória, de certeza, de segurança, por isso os estudiosos do direito sempre tentaram encontrar um conceito universal de direito. Tarefa essa que não foi possível, o que aumenta a sensação de insegurança (ou de insegurança mesmo, não só a sensação) quando o assunto é delimitar o conceito de direito. Diante da dificuldade em se precisar o termo direito, atribuindo-lhe uma definição universal e estanque de dúvidas, de um lado, e a necessidade de um ponto de partida para a elaboração

do presente texto, de outra banda, adotar-se-á a noção de direito como uma tecnologia para garantir dominações, a forma como o Estado expressa o seu poder através do direito (expedição de normas que regulam as atividades humanas), com a expedição de normas de obediência obrigatória pelos destinatários, normas essas que regulam o agir dos súditos (pessoas físicas e/ou jurídicas), de forma particular na seara do domínio econômico (regulação econômica).

Partindo desse pressuposto, interessante observar as duas formas de se analisar o Direito, isto é, a distinção entre a ciência jurídica e a tecnologia jurídica. Não há uma forma melhor do que a outra, já que o que muda é a abordagem, a finalidade do estudo, de acordo com o objetivo pretendido pelo estudioso do Direito.

O problema máximo da ciência do Direito é a alternativa entre verdadeiro e falso, como o é em todas as ciências, conforme lembrado por Fábio Ulhoa (1992, p. 27). O problema máximo da dogmática jurídica é a decibilidade, ou seja, a busca de elementos para a tomada de decisão, demonstrando, assim, o caráter tecnológico.

Enquanto a primeira abordagem, qual seja, a abordagem científica, se interessa pela investigação da verdade, inclusive começando pelo conceito da própria verdade, a segunda é voltada para a discussão e debate das possibilidades de resposta que sirvam de fundamento para a tomada de decisão. Enquanto a primeira produz ciência, a segunda produz elementos necessários para embasar decisões e assim resolver os conflitos jurídicos, pondo um fim aos mesmos, independentemente de ter alcançado a verdade, já que o objetivo é pôr fim aos conflitos, diante do seu caráter instrumental.

A dogmática jurídica tem uma finalidade prática, buscando no significado dos textos jurídicos o sentido que melhor decida os conflitos, “tendo em vista a decibilidade de conflitos

constitui a tarefa da dogmática hermenêutica” (FERRAZ JR., 2010, p. 221). A norma jurídica é o ponto de partida do saber dogmático. O jurista dogmático busca, através da interpretação, fixar o significado (sentido válido) da norma com vistas a soluções de relações conflituosas. Busca, assim, o jurista, o sentido válido tanto para o texto normativo, quanto para a comunicação normativa, como sintetizado por Tércio Ferraz Júnior (2010, p. 222): “Trata-se, portanto, de captar a mensagem normativa, dentro da comunicação, como um dever-ser vinculante para o agir humano”.

No presente estudo será estudado, de forma científica, com vistas a verificar a hipótese levantada, o fenômeno da captura do agente regulador pelos entes que atuam no setor regulado, na tentativa de compreender de forma sistematizada como o poder econômico consegue capturar o poder político quando da elaboração da norma reguladora da atividade econômica, respondendo ao problema de pesquisa.

O Direito, assim, será analisado como uma técnica, uma tecnologia de controle social, ou seja, de controle dos sujeitos que compõem a sociedade. Técnica essa utilizada por quem detém o poder de influenciar a expedição de normas estatais.

O Estado exerce o seu poder através do direito, com a expedição de normas cogentes, abstratas e gerais. Essas normas regulam os diversos aspectos da vida em sociedade, determinando regras (comandos) que devem ser observadas por todos os cidadãos, sem exceção, em regra. A proteção-coerção é um elemento essencial do direito normativo, traço esse que distingue as normas do direito positivo das normas espirituais e morais. Representa, pois, “a possibilidade do poder público intervir, com a força, em defesa do direito ameaçado, ou violado, a fim de manter, efetivamente, a vida em comum, na sociedade” (RÁO, 2004, p. 54). Em um Estado de Direito, as normas também limitam a atuação do Estado, que não está totalmente livre

para agir, de forma arbitrária, mas sim dentro de uma ordem jurídica estabelecida.

Assim como todo instrumento, o Direito pode ser utilizado em prol da coletividade, do bem-estar das pessoas, do bem comum, em suma, na busca do bem, ou, ao contrário, para favorecer os interesses de poucos em detrimento da maioria da população, para beneficiar um pequeno grupo com força política suficiente para influenciar o Estado na produção do direito a fim de proteger os seus interesses. Em sentido similar se manifesta Ferraz Júnior (2010, p. 910):

O *direito*, assim, de um lado, protege-nos do poder arbitrário, exercido à margem de toda regulamentação, salva-nos da maioria caótica e do tirano ditatorial, dá a todos oportunidades iguais e, ao mesmo tempo, ampara os desfavorecidos. Por outro lado, é também um instrumento manipulável que frustra as aspirações dos menos privilegiados e permite o uso de técnicas de controle e dominação que, por sua complexidade, é acessível apenas a uns poucos especialistas.

O Direito, assim como qualquer instrumento, pode ser utilizado por quem detém o poder para o alcance de fins nobres (pelo menos em tese), em prol de grande parte da população, ou, ao contrário, pode ser utilizado para justificar uma situação desfavorável a determinados grupos da sociedade em favor de outro, ou de outros, ou seja, em prol daquele grupo que detém o poder para ditar/dizer o direito, ou o conteúdo desse direito, em detrimento de outros setores da sociedade que não detém tal poder.

Assim, o Direito, em si mesmo considerado, não é nem bom nem mau, está livre dessa visão maniqueísta. O direito não produz a si mesmo, não tem existência autônoma nesse sentido, não tem vontade própria, já que é produto de um poder que dita o seu conteúdo.

Ao contrário do defendido por Hauriou, *Précis de Droit Public* (ps. 65 e 78), na segunda fase do seu pensamento institucionalista, que defendia o Estado como a mais perfeita das instituições, sendo a única capaz de encarnar o interesse comum (MACEDO JR., 2011, p. 86), a realidade, com toda a sua força, demonstrou, e continua a demonstrar, que esse pensamento de Hauriou não é verdadeiro, já que diversos Estados adotaram normas válidas dentro de seus respectivos ordenamentos jurídicos, porém fora dos limites do interesse geral comum, tomando como exemplo dentre muitos, as normas do III Reich, que excluíam determinada etnia (judeus), meramente por questões biológicas (racismo biológico), da proteção do Estado, eliminando o *status* jurídico de cidadão das pessoas pertencentes à etnia escolhida pelo Estado (ou escolhida pelo poder que dirige o Estado). Essas normas exprimiam a vontade geral do povo, o interesse comum? Provavelmente não. Na verdade, elas exprimiam a vontade de um determinado grupo social que detinha o poder político e, como tal, ditavam o conteúdo das normas expedidas pelo Estado.

Desta forma, o direito pode ser compreendido como instrumento, como técnica, como tecnologia de controle social, limitador da liberdade individual e também do espectro de atuação do próprio Estado que expede as normas jurídicas.

A relação entre Estado, Direito e Poder Político ganhou complexidade com o advento do Estado moderno, em especial no Século XX. Com o surgimento do Estado, havia identidade entre Estado e Poder Político, estando esse poder concentrado nas mãos do soberano, que também era a personificação do Estado. Célebre a frase de Luís XIV: “O Estado sou eu”, que ilustrava essa identidade de forma simples e precisa. O soberano detinha o poder político, dele emanava o ato de vontade capaz de criar o direito.

Depois dessa fase inicial, em que havia a identidade entre Estado e Poder Político, no início concentrado tal poder nas

mãos do soberano, houve uma dissolução deste poder em outros setores da sociedade, em especial a partir do momento em que a burguesia começou, após ganhar importância econômico-financeira, a pleitear parcela desse poder político (Revolução Francesa), poder necessário para a expedição de leis que a protegessem do arbítrio sem limites do soberano. Como bem lembrado por Paulo Bonavides (2013, p. 63), a burguesia, vitoriosa na Revolução de 1789, acalentou o conceito da distinção entre Estado e Sociedade, enfatizando esse dualismo,

abraça-se acariciadora a esse conceito que faz do Estado a ordem jurídica, o corpo normativo, a máquina do poder político, exterior à Sociedade, compreendida esta como esfera mais dilatada, de substrato materialmente econômico, onde os indivíduos dinamizam sua ação e expandem seu trabalho.

Para a compreensão do poder político, necessário delimitar o conceito de política. Há vários conceitos de política. Dentre os vários existentes, adota-se o definido por Wax Weber (2011, p. 60): “[...] entenderemos por política o conjunto de esforços feitos visando a participar do poder ou a influenciar a divisão do poder, seja entre Estados, seja no interior de um único Estado”.

O Estado é uma criação humana, nada de novo nessa afirmação. Atribuiu-se personalidade jurídica ao Estado, tornando-o uma entidade supostamente autônoma, em relação aos seres humanos, nas suas vontades e no seu agir. Porém, o Estado não tem vontade própria, não obstante possuir personalidade jurídica própria e independente. Na verdade, como único detentor do uso da violência legítima, ou entendida como legítima, é utilizado pelos grupos que detêm poder político para editar as normas jurídicas, com o caráter de obrigatoriedade

contra todos que estão em seu território. De forma simples e precisa, Max Weber (2011, p. 61), percebeu que

o Estado consiste em uma relação de dominação do homem pelo homem, com base no instrumento da violência legítima – ou seja, da violência considerada como legítima. Por conseguinte, o Estado pode existir somente sob a condição de que os homens dominados se submetam à autoridade continuamente reivindicada pelos dominadores.

Desta forma, pode-se afirmar que o Estado é uma relação de dominação, como dito acima, do homem pelo homem, instrumentalizada através da violência legítima, haja vista que o Estado detém o monopólio da força/violência. Em sendo uma relação de dominação, repita-se, do homem pelo homem, aquele, ou aqueles, que detiver o poder político ditará as normas a serem expedidas pelo Estado. Transpondo isso para o caso das Agências Reguladoras, os grupos de interesse que detiverem poder político utilizarão o Estado para a consecução dos seus objetivos, influenciando ou até mesmo determinando o conteúdo da regulação expedida pelas agências reguladoras.

Max Weber, ao analisar os partidos políticos, comparando as estruturas, organizações, filiação dos militantes, bem como a forma de obter recursos financeiros para o funcionamento das agremiações partidárias nos Estados Unidos da América, na Inglaterra da época de Gladstone, e na Alemanha da sua época, detectou um traço em comum nas aludidas agremiações, qual seja, a inexistência de verdadeiros líderes políticos carismáticos, sendo os partidos geridos por funcionários burocráticos, com a manifestação de

uma democracia sem chefes, não apenas porque facilita, em benefício dos homens de prol, as manobras ilícitas na confecção das listas de votação,

como também porque dá aos grupos de interesses a possibilidade de forçar as organizações políticas a incluírem nas citadas listas alguns dos seus empregados, de modo que, no fim, nos vemos diante de um parlamento apolítico, em que não mais encontram lugar os verdadeiros chefes (WEBER, 2011, p. 105-106).

Tal forma de organização permitia a inclusão nas listas de votação de pessoas financiadas pelos grupos de interesse, já que eram seus empregados, conforme mencionado de forma clara por Max Weber no trecho transcrito acima, o que dava uma maior segurança ao grupo de interesse, já que teria no parlamento pessoas comprometidas com os interesses do grupo, já que patrocinadas por este, o que servia como estratégia para a elaboração de legislação que beneficiasse os interesses dos seus pares, podendo, também, trabalhar para impedir a expedição de regulação jurídica que prejudicasse os interesses da sua agremiação, capturando, desta forma, o regulador.

Ainda na mesma obra, Max Weber (2011, p. 106) faz uma consideração precisa e perspicaz acerca daquelas pessoas que vivem “da” política, ou seja, que transformaram a política como profissão, como meio de ganhar a vida. Para esses, Weber afirma que restam poucas alternativas:

[...] ou se voltará para o jornalismo e para os encargos burocráticos nos partidos ou tentará conseguir um posto numa associação que se encarregue da defesa de determinados interesses, como é o caso dos sindicatos, das câmaras de comércio, das associações rurais, das agências de colocação, etc., ou, ainda, buscará posição conveniente junto a uma prefeitura.

Assim, para o jurista e sociólogo alemão, aquele que, sem condições financeiras para prover o próprio sustento que pretenda viver “da” política, não resta alternativas a não ser aquelas mencionadas, ou seja, procurar colocação em alguma função dentro da burocracia dos partidos, ou um posto em alguma associação que se encarregue da defesa de determinados interesses (grupos de interesse ou grupos de pressão), ou alguma colocação junto a uma prefeitura, em algum dos diversos cargos à disposição dos detentores do poder político para a nomeação daqueles que lhe são fiéis.

Também no começo do Século XX, Carl Schmitt descreveu de forma precisa a dinâmica do Poder Político dentro de uma perspectiva concreta do direito e da política. É considerado, pelo seu enfoque epistemológico, um realista político, estruturando os seus estudos em cinco proposições centrais: a categoria do *polémos* através do conceito de amigo-inimigo; a relação entre *politisch* (político) e *Staatlichkeit* (estatalidade); a soberania e o mecanismo da exceção e da decisão; a concepção ontológico-existencial do político; e, por último, uma antropologia política (RODRIGUES LIMA, 2011, p. 165).

Todas as cinco características acima compõem a forma do político no pensamento schmittiano. Porém, no recorte epistemológico do presente trabalho, que analisa a captura das agências reguladoras e de que forma essa captura acontece (a dinâmica do poder político que determina ao Estado o conteúdo das normas), aqui nos interessa, de forma mais específica, a quinta proposição, a antropologia política. De acordo com Schmitt, dentro da antropologia política, o conflito é o fundamento do político, havendo uma conflitividade inerente à sociedade humana, apresentando o significado do realismo político contido na polêmica entre racionalismo das normas e o pragmatismo político.

Diante das ideias apresentadas pelos diversos teóricos acerca do Estado, do Poder, da tensão entre ideal e racional, a relação entre o político e a estatalidade, constata-se que o Direito, como criação cultural do homem, é uma técnica de controle social, de organização da sociedade, de manutenção da ordem, com vistas à segurança jurídica. O Estado, de acordo com os filósofos contratualistas, foi uma criação para garantir a sobrevivência do próprio homem, retirando-o do estado de natureza, no qual todos tinham o direito de guerrear contra todos com vistas à própria manutenção da vida. Porém, independente do viés utilizado pelos estudiosos da filosofia política, da teoria geral do Estado, do Direito Constitucional, entre outros ramos do saber, a realidade que se apresenta é clara. O Direito é uma técnica de dominação de quem detém o poder político sobre aquela outra parcela da sociedade que é desprovida desse poder, com o objetivo de garantir o *status quo*.

Neste trabalho, adota-se a noção de que o Estado, considerado em si mesmo, não tem capacidade volitiva própria, não determina o conteúdo da regulação econômica, mas sim, por ser a única entidade (no ordenamento jurídico) com legitimidade para o uso legal da força, da violência, é utilizado por quem detém o poder político, ou seja, por quem é capaz de influenciar o conteúdo das formulações regulatórias que serão expedidas pelo Estado, com eficácia geral, inclusive oponível contra o próprio Estado, garantindo, assim, mercados e espaço em setores econômicos para os entes que participam do mercado regulado.

2.2 AGÊNCIAS REGULADORAS: PROPOSTA ORIGINÁRIA E CONFRONTO COM A REALIDADE

As Agências Reguladoras foram concebidas para expedir atos normativos, fiscalizar e punir os agentes econômicos que infringem as normas, com vistas a garantir, no caso dos serviços concedidos, a qualidade da prestação dos mesmos aos

consumidores, dentro do movimento histórico da desestatização e das privatizações ocorridas no Brasil, com mais ênfase, a partir da década de 1990.

Esta pesquisa, por possuir um viés crítico e voltado à realidade dos efeitos dos fatos jurídicos, confronta a teoria acerca da regulação realizada pelas Agências Reguladoras com a realidade decorrente dessa inserção institucional no ordenamento jurídico pátrio, com repercussões práticas inegáveis na seara econômica. A análise proposta e realizada abarcou, além do aspecto teórico, a análise prática da atividade jurídica regulatória desenvolvida pelas Agências Reguladoras Independentes, sofrendo certa influência do pragmatismo filosófico e jurídico, mesmo estes não sendo o objeto central da pesquisa, pois apresenta, o pragmatismo jurídico, um “eixo essencialmente prático para a atividade jurídica”, como lembrado por Freitas (2009, p. 31), quando destaca o aspecto da experiência do pragmatismo no direito. Além disso, este trabalho também sofreu influência do pragmatismo filosófico e jurídico para o enfrentamento de um dos “problemas chaves do direito e da teoria do conhecimento: a interpretação dos fatos” (FREITAS; FEITOSA, 2007, p.2), fatos esses coletados, em especial, dos dados fornecidos pelas Agências Reguladoras.

Os dados coletados sugerem que as autarquias especiais, conhecidas como Agências Reguladoras independentes, não conseguiram alcançar esse intento no Brasil. Também há diversas críticas sobre o não cumprimento dos objetivos originários pelas Agências Reguladoras nos EUA e no continente europeu.

Dentro da doutrina administrativa, interessante, antes da análise de alguns fatos, fixar os objetivos originários das agências reguladoras. As agências reguladoras independentes foram concebidas, diante da desestatização imposta pelo modelo de Estado regulador adotado pelo Brasil na Constituição Federal de 1988, implementado a partir da década de 1990, como um órgão dotado de independência, ou de autonomia qualificada, em face do chefe do Poder Executivo, com dirigentes

nomeados após a sabatina pelo Poder Legislativo, com mandato definido em lei, não podendo esses dirigentes serem exonerados *ad nutum*, pois, para tanto, há previsão de processo administrativo ou judicial, com a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, autonomia orçamentária, quadro próprio de pessoal e decisões colegiadas, com o objetivo de regular as atividades econômicas, em especial os serviços públicos delegados à iniciativa privada, que antes eram prestados pelo Estado. Os objetivos originários são bastante claros na teoria: exercer, de forma independente, as atividades de expedição de atos normativos, de fiscalização do cumprimento das normas regulatórias e, em caso de descumprimento, a punição dos infratores dentro do procedimento administrativo legal e previamente estabelecido, em prol do bem-estar da coletividade. A regulação, através das Agências Reguladoras, foi apresentada à população e aos diversos setores da sociedade como uma solução moderna para evitar a captura do regulador pelos grupos econômicos que desenvolvem as atividades antes desempenhadas diretamente pelo Estado, visando, sempre, o bem comum.

O bem-estar da coletividade está sendo garantido pela atuação das agências reguladoras que fiscalizam os serviços públicos prestados à sociedade pelas empresas reguladas? Não há uma resposta simples e direta para a pergunta acima formulada. É inegável que em alguns setores houve a ampliação do número de usuários, como é o caso do setor de telecomunicações, em especial em relação à telefonia móvel, tendo hoje o Brasil a estatística de mais de um celular por habitante (ANATEL, 2015a). Assim, se for adotado o critério quantitativo, houve uma melhora inegável com a ampliação da base de usuários da telefonia móvel, mesmo que de forma desigual entre as regiões brasileiras. Porém, se o critério adotado for o qualitativo, há uma insatisfação enorme nos usuários da telefonia celular, com o serviço sendo prestado com baixa qualidade e preço elevado para os usuários.

A ANATEL mantém em seu sítio eletrônico informações sobre as ferramentas de análise utilizadas por ela para a aferição da qualidade dos serviços de telecomunicações ofertados no país. Com esse objetivo, a referida agência reguladora instituiu a Pesquisa para Aferição da Qualidade Percebida dos Serviços de banda larga fixa e de telefonia celular através, respectivamente, das Resoluções n.º 574/2011 (ANATEL, 2011a) e n.º 575/2011 (ANATEL, 2011b). Em 2012 foi editada a Resolução 605/2012 para a realização da aferição da percepção de qualidade da telefonia fixa. Em julho de 2015 houve a expedição da Resolução 654, que revogou vários dispositivos das Resoluções 574/2011 e 575/2011, no que concerne à contratação da empresa especializada para a realização das pesquisas de percepção da qualidade dos serviços prestados pelas empresas reguladas aos consumidores. De acordo com o art. 11, *caput*, e § 1º, da Resolução 654/2015 (ANATEL, 2015d), as prestadoras devem contratar, de forma conjunta, empresa especializada para a realização das pesquisas relativas aos serviços por elas prestados, arcando pelo ônus da contratação da empresa de pesquisa.

Interessante observar, para posterior análise acerca de possível captura da ANATEL pelos entes regulados, que as pesquisas de qualidade percebida serão realizadas por empresa especializada escolhida e contratada pelas prestadoras, consoante estabelecido nas Resoluções da própria Agência Reguladora. As empresas que realizarão as pesquisas serão escolhidas e contratadas pelas prestadoras, ou seja, as empresas reguladas serão as contratantes da pesquisa de qualidade dos serviços prestados por elas mesmas. Diante disso, algumas perguntas são imprescindíveis: a) As empresas de pesquisa terão independência na coleta e análise dos dados, já que foram contratadas e pagas pelas empresas de telefonia móvel?; b) Uma decorrência da primeira questão, será que as empresas contratadas pelas prestadoras de serviços de telefonia fixa e móvel mostrarão em suas pesquisas a realidade da qualidade percebida pelos consumidores, mesmo

correndo o risco de não terem seus contratos renovados para a realização da pesquisa em períodos futuros?; c) Por que não a própria ANATEL escolher, contratar e pagar as empresas responsáveis pelas pesquisas de qualidade, utilizando para isso recursos da própria agência? Isso não garantiria maior independência no resultado das pesquisas?; d) Será que a ANATEL quer mesmo aferir a qualidade dos serviços prestados pelas empresas reguladas?

A forma da escolha e da contratação da empresa responsável pelas pesquisas pelas próprias prestadoras do serviço de telefonia é questionável, o que coloca em dúvida os resultados das pesquisas, mormente quando praticamente todo usuário de telefonia móvel tem alguma reclamação acerca da qualidade. Não obstante a propaganda feita pelas empresas de telefonia móvel no Brasil sobre a melhoria na qualidade dos serviços, essa melhora, se existente, não é sentida pelo consumidor, não gerando melhora no bem-estar da coletividade de forma concreta, ou percebida.

Algo semelhante acontece na regulação realizada pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (2015, p.1), que prevê, no art. 3º, *caput*, da Resolução n.º 372, de 15 de dezembro de 2015, a responsabilidade da concessionária de selecionar, contratar e remunerar a empresa especializada em realizar os estudos relativos ao cálculo dos Indicadores de Qualidade de Serviço – IQS. A mencionada resolução da ANAC vai ainda mais longe do que a previsão da ANATEL supramencionada. A concessionária poderá, mediante comunicação prévia à ANAC, medir diretamente os IQS não relacionados à Pesquisa de Satisfação dos Passageiros – PSP (art. 3º, §2º), bem como, no art. 3º, §2º, prevê que a concessionária responsável pelo aeroporto de São Gonçalo do Amarante poderá aferir diretamente todos os IQS. Nessas hipóteses, a concessionária do serviço público, que administra os aeroportos, poderá, nos casos previstos na

Resolução 372/2015, medir os indicadores de pesquisa do serviço, podendo, em regra, a pesquisa de satisfação dos passageiros ser feita por empresa especializada que será contratada e remunerada pela concessionária, com exceção da concessionária responsável pelo aeroporto de São Gonçalo do Amarante, que poderá aferir diretamente todos os indicadores.

Seja a pesquisa dos Indicadores de Qualidade de Serviço, seja a dos indicadores da Pesquisa de Satisfação dos Passageiros, há uma grande chance de comprometimento dos resultados das pesquisas anuais, pois, a exemplo do que pode acontecer no caso das empresas de telefonia móvel, as concessionárias que administram os aeroportos, quando realizam diretamente a pesquisa, não têm o interesse de divulgar resultados adversos que possam comprometer a sua imagem e correr o risco de punições por parte da ANAC, ou, as empresas contratadas pelas concessionárias para a realização das pesquisas mencionadas, tem o interesse em manter o cliente (concessionárias) na sua carteira de clientela, e, desta forma, tudo indica que não divulgarão o resultado real de insatisfação para não contrariar os interesses dos seus clientes e, por conseguinte, não serem contratadas para a realização da pesquisa nos anos posteriores. Desta forma, seria mais razoável e consentâneo com a lógica da boa regulação, se as pesquisas fossem realizadas por empresas contratadas e remuneradas pela ANAC, com os recursos da agência, e não pelas concessionárias.

Diante disso, parece haver uma estruturação na forma de realizar a pesquisa de satisfação do cliente que pode mascarar a realidade, isto é, a contratação e pagamento de empresa especializada em pesquisas de percepção da qualidade pelas empresas reguladas pode redundar em resultados tendenciosos, que acobertem a real qualidade na prestação dos serviços, pelos fatos acima apontados.

2.3 AGÊNCIAS REGULADORAS COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIR RESERVA/CONTROLE DE MERCADO

Conforme visto acima, há uma não correspondência entre os objetivos originários e os objetivos práticos das agências reguladoras. Constatou-se que existe uma distância entre os objetivos teóricos e os resultados fáticos e jurídicos das Agências Reguladoras. Os objetivos teóricos iniciais, propalados na propaganda contida na reforma do Estado, eram, em suma, a expedição de normas reguladoras das atividades desenvolvidas pela atividade privada com vistas a garantir o bem comum e o bem-estar coletivo através da expedição de um repertório normativo que desse suporte às atividades de controle, fiscalização e de punição das condutas que desviassem dos nortes estabelecidos na norma reguladora pró coletividade. Porém, desde a implantação das Agências Reguladoras no Brasil, a partir da década de 1990, até os dias atuais, os fatos parecem apontar para resultados diversos dos inicialmente previstos e desejados.

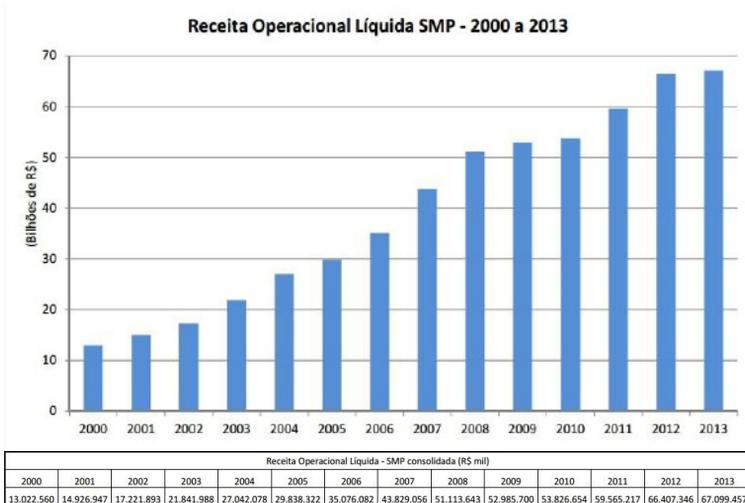
Os mercados regulados pelas Agências Reguladoras parecem não serem propícios para o ingresso de novas empresas com vistas ao incremento da competição entre os fornecedores de serviços, o que seria benéfico para os consumidores, já que a competição em um mercado que fomente a livre concorrência e a livre iniciativa costuma resultar em benefícios para os consumidores, entre eles a melhoria da qualidade de serviço e dos produtos, e a diminuição do preço.

Porém, não é o que vem acontecendo no Brasil. O panorama regulatório implantado e mantido pelas Agências Reguladoras brasileiras não tem resultado em um aumento da concorrência, não há ingresso de novos atores econômicos na oferta dos serviços, não há melhora na qualidade destes, e, os preços dos mesmos, quando comparados aos praticados em outros Estados Nações, são mais elevados.

Em relação à quantidade de empresas que atuam nos setores regulados, tudo indica que a regulação tem servido para manter uma reserva de mercado para as empresas que já estão nele, com a criação de barreiras que dificultam, ou, até mesmo, impedem o ingresso de novas empresas concorrentes no mercado. Tome-se como exemplo o serviço de telefonia móvel, serviço esse de grande importância no mundo atual, altamente conectado, no qual as pessoas e as empresas que quiserem se manter competitivas não podem deixar de usar a telefonia celular. Não obstante o crescimento na demanda da telefonia móvel e a amplitude territorial do Brasil, atualmente, de acordo com a ANATEL (2015b), só há seis grupos econômicos prestando o serviço móvel pessoal: Telefônica, Telecom Américas, Telecom Itália, OI, Algar (CTBC Telecom), Prefeitura de Londrina/Copel. Os cinco primeiros grupos são mais conhecidos e possuem maior cobertura nacional do que o último.

Percebe-se que há uma concentração da prestação de serviços de telefonia móvel em apenas seis grupos econômicos no Brasil, apesar da grande extensão territorial e da quantidade de consumidores efetivos e potenciais existentes no país. Assim, o nível de concorrência entre os prestadores de serviços não é suficiente para que eles se preocupem em fornecer um serviço de melhor qualidade a um preço menor a seus clientes, ocasionando um prejuízo para os consumidores, que, diante da falta de boa opção, continuam a utilizar os serviços de péssima qualidade ofertados pelos grupos econômicos supramencionados, já que no mundo atual não é mais possível, pelo menos para a população economicamente ativa, ficar sem o uso desse serviço.

Para ter uma noção melhor do tamanho do setor de telefonia móvel no Brasil, interessante uma análise do gráfico que informa o crescimento da receita operacional líquida do setor de telefonia móvel entre os anos de 2000 e 2013:



Fonte: http://www.anatel.gov.br/dados/index.php?option=com_content&view=article&layout=edit&id=256. SMP: Serviço Móvel Pessoal.

Não obstante o crescimento considerável da receita operacional líquida da telefonia móvel, que foi de R\$13.022.560.000 (treze bilhões, vinte e dois milhões, quinhentos e sessenta mil Reais), no ano de 2000, para R\$ 67.099.470.000 (sessenta e sete bilhões, noventa e nove milhões, quatrocentos e setenta mil Reais), no ano de 2013 (ANATEL, 2015c), não houve o crescimento no número de concorrentes, mesmo sendo um mercado que movimenta cifras bilionárias. Um setor que teve a sua receita operacional líquida aumentada em 415,26%, em 13 anos, não consegue atrair mais empresas para atuar no mercado brasileiro, não obstante ser um setor atraente para o investidor.

O aumento na receita operacional líquida deveria ser um fator de incentivo para o ingresso de novas empresas. Então, por que, não obstante o incremento na receita, não há a presença de novas empresas no setor? A legislação brasileira não permite que empresas estrangeiras participem diretamente da exploração de

serviços de telecomunicações de interesse coletivo, podendo as concessões, permissões e autorizações para a exploração de tais atividades serem outorgadas apenas a empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no Brasil, em que a maioria das cotas ou ações com direito a voto pertença a pessoas naturais residentes no país ou a empresas constituídas sob as leis brasileiras e também com sede e administração no país, de acordo com o comando contido no art. 1º do Decreto n.º 2.617, de 5 de junho de 1998 (BRASIL, 1998).

Essa limitação serve para proteger o interesse coletivo (interesse dos consumidores brasileiros) e os interesses nacionais, ou serve, na verdade, para preservar os atores econômicos que atuam no mercado brasileiro da concorrência com empresas estrangeiras provavelmente mais eficientes e competitivas? A referida limitação é uma importante cláusula de barreira para a entrada de empresas estrangeiras no mercado de telecomunicações brasileiro, impossibilitando que concorrentes estrangeiros entrem na disputa, aumentando a concorrência e incrementando, também, pelo menos de forma potencial, a oferta de melhores serviços (melhor qualidade) a preços menores aos consumidores locais. Desta forma, percebe-se uma captura do regulador (nesse caso do Poder Executivo Brasileiro, quando da edição do Decreto n.º 2.627/1998) pelos atores econômicos que atuam no mercado de telecomunicações brasileiro.

O objetivo apresentado na norma reguladora pode até estar revestido de uma finalidade nobre, tal como o bem público, o bem-estar coletivo, a proteção do consumidor, a garantia dos direitos fundamentais, pois, por óbvio, angaria a simpatia da população e dificilmente encontrará opositores explícitos, já que se opor a esses objetivos tem um custo social e político elevado, pois se o opositor for um político, esse correrá o risco de não conseguir ser eleito se se opuser a esses direitos. Mas, mesmo contendo objetivos explícitos tão nobres

quanto os elencados acima, a norma pode estar sendo utilizada para esconder a verdadeira intenção do regulador, que, a pretexto de preservar a segurança nacional e os interesses sensíveis da nação, proíbe a entrada no mercado doméstico de empresas estrangeiras, quando, na verdade, a real intenção é garantir uma reserva de mercado para as empresas já participantes do mesmo, impedindo que companhias estrangeiras ingressem no mercado. Como essa barreira de entrada de empresas estrangeiras foi criada pelo Estado, é a mais difícil de superar, pois este detém o monopólio definitivo, o poder de editar e fazer cumprir leis, com poder coercitivo, já que detém o monopólio do uso legítimo da violência, sendo, portanto, de mais difícil superação (ZINGALES, 2015, p. 28). Só será superada a barreira de entrada se o equilíbrio das forças dos grupos de interesse mudar, ou seja, se o grupo de interesse contrário à barreira conseguir convencer o regulador de acabar com a barreira de entrada de empresas estrangeiras no setor de telecomunicação móvel. A dinâmica dos grupos de interesse, que utilizam do processo de *lobbying*, será estudada no capítulo terceiro.

Percebe-se, com os exemplos acima, que nem sempre se luta para reduzir ou para eliminar a regulação de um determinado setor. Algumas empresas perceberam que a regulação pode ser um grande aliado contra os concorrentes, e empregam recursos financeiros, tempo e pessoal com o objetivo de interferir nas decisões dos reguladores para moldar a interferência do governo no mercado com o objetivo da produção de regulação que as beneficiem (ZINGALES, 2015, p. 69), garantindo mercado e, conseqüentemente, a boa rentabilidade dos seus negócios, com certa segurança, pois sabem que a regulação não permitirá a entrada de novos concorrentes, ou, pelo menos, dificultará sobremaneira o ingresso desses no mercado.

Eis o que acontece com a regulação desenvolvida pelas Agências Reguladoras, que são utilizadas, pelos grupos de

interesse com poder de influenciar o regulador, para expedir normas regulatórias que garantam o mercado para os agentes econômicos que já desenvolvem as suas atividades, dificultando ou impedindo o ingresso de novos atores no mercado, eliminando, desta forma, a concorrência e, com isso, garantem o retorno positivo dos seus empreendimentos, sob a proteção da regulação. As Agências Reguladoras são, destarte, instrumentos para garantir a reserva de mercado para os entes regulados, afastando-se, na sua prática, dos objetivos iniciais alardeados quando da sua implementação no Brasil, nos idos da década de 1990.

2.4 AS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO MODELO INCENTIVADO E DIFUNDIDO PELOS ORGANISMOS INTERNACIONAIS NA AMÉRICA LATINA

A América Latina reformulou a sua estrutura regulatória nos anos 1990 por influência direta de organismos internacionais (OCDE, FMI, BIRD). O modelo anterior do Estado, com intervenção direta na economia através de empresas estatais, tinha se tornado ultrapassado em um mundo globalizado, que demandava respostas rápidas aos problemas. A ineficiência do modelo estatal anterior era sentida na falta de disponibilidade para um maior número de pessoas de determinados bens e, em especial, dos serviços públicos. Como solução a esse quadro, foi apresentado o modelo regulatório através de Agências Reguladoras independentes, consonantes com a nova realidade mundial, que demandava respostas mais efetivas e mais céleres para a demanda da sociedade por serviços públicos de qualidade. Pelo menos essa foi a justificativa apresentada pelos defensores da mudança institucional na estrutura regulatória na América Latina. O Brasil passou pela mesma mudança, já que inserido no continente latino-americano, e, como não podia ser diferente, também apresentava um problema fiscal sério na

década de 1990, não conseguindo o Estado brasileiro financiar os investimentos necessários para o atendimento das necessidades da sua população.

A era do Estado empresário havia passado, não só o tamanho do Estado, mas, em especial, a sua má gestão, havia gerado um déficit fiscal que não era mais possível de ser financiado pelo próprio Estado nem pela população, que não tinha mais capacidade financeira para arcar com aumentos nos tributos. Também não havia a formação de poupança interna, necessitando o país de investimento advindos do mercado externo. Porém, o capital externo não tinha a confiança no formato estatal e na sua gestão, com pouca ou quase nenhuma previsibilidade capaz de gerar credibilidade para investimentos de longo prazo (*v.g.* investimentos em infraestrutura), investimentos esses que o Brasil necessitava na época para ampliar, em especial, o fornecimento dos serviços públicos essenciais para uma maior parcela da população.

O modelo anterior, considerado antigo e ineficiente, não gerava o grau de confiança necessário para investimentos de longo prazo, conforme já dito. O país não tinha recursos próprios e nem a sua sociedade detinha recursos para implementar a modernização das infraestruturas necessárias ao crescimento da nação, necessitando, assim, de recursos oriundos do mercado estrangeiro. Porém, os investidores estrangeiros não tinham segurança para imobilizar recursos no país por períodos longos, diante do histórico de não observância dos contratos e da instabilidade regulatória, assim como a tendência brasileira (não só brasileira, mas também na América Latina) de nacionalizar empresas e setores econômicos ao alvedrio do governante populista do momento.

Diante da necessidade de atender as reivindicações das suas populações, os países da América Latina, entre eles o Brasil, de um lado, e a falta de capacidade financeira para fazer

investimentos em infraestrutura (que são de grande monta e de prazo longo), de outro, viram-se em uma situação delicada. De uma banda, a pressão da sociedade que não aguentava pagar mais, através da tributação, por serviços públicos de péssima qualidade e demandava melhorias nessa prestação, e, de outra, a exigência dos investidores internacionais na adoção de um novo modelo regulatório que gerasse mais segurança aos investidores para que esses se sentissem atraídos e seguros a investir nas infraestruturas necessárias para a prestação dos serviços públicos, pois esses investimentos são de longo prazo e envolvem uma grande quantidade de capital e o risco de ficar à mercê da vontade do governante do momento era grande demais para correr, necessitando de uma estrutura regulatória imune às vontades políticas de curto prazo de governos, em especial quando esses tinham caráter demagógico.

Como resposta a essa dificuldade sentida por vários países da América Latina, um novo modelo de Estado foi apresentado, o denominado Estado Regulador, através de um movimento internacional, com viés liberal, em substituição ao vetusto Estado Produtor. Em um mundo globalizado, as ideologias de modelos de Estado são difundidas em diversas partes do mundo, em especial através de organismos internacionais tais como Banco Mundial – Bird, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE e o Fundo Monetário Internacional – FMI etc.

Percebe-se que a adoção do Estado Regulador aconteceu em toda a América Latina, com opção pela adoção das Agências Reguladoras como órgão exercente do poder regulatório, sendo esse fato histórico fruto da “intervenção” no plano interno dos Estados latino-americanos pelos órgãos internacionais mencionados. Intervenção essa que resultou em negativa de empréstimos aos países que não adotassem o novo modelo de regulação através de agências independentes, consideradas o

modelo mais moderno de regulação pelos órgãos internacionais supramencionados. O antigo modelo de desenvolvimentismo, com o Estado como figura central indutora do crescimento e do desenvolvimento da sociedade, foi substituído pelo modelo no qual a titularidade da produção de bens e da prestação de serviços deveria ser entregue às empresas privadas, tidas como mais eficientes e com vocação natural para a atuação no mercado. Esses órgãos internacionais tiveram um papel de peso nessas mudanças no marco regulatório (estrutura regulatória) dos países da América Latina, utilizando-se, o Bird, a OCDE e o FMI de diversos instrumentos de atuação na mudança da estrutura regulatória dos países latino americanos, “indo de restrições a incentivos àqueles países que se adequassem ou não aos padrões econômicos indicados, sendo comum, por exemplo, a utilização da exigência de reformas em direção ao mercado como condição para a concessão de empréstimos” (CRUZ, 2009, p. 57).

Bresser Pereira (1990, p. 6), em aula magna proferida no XVIII Encontro Nacional de Economia da Associação Nacional de Centros de Pós-Graduação em Economia (Anpec), em 4 de dezembro de 1990, delimitou o diagnóstico que a abordagem¹⁹ de Washington fez sobre a América Latina, considerando as causas da crise do final da década de 1980 e da década de 1990 as seguintes:

19 Bresser Pereira prefere o uso da palavra ‘abordagem’ ao uso da palavra ‘consenso’, pois, de acordo com ele, não haveria um consenso no grupo de Washington composto pelas agências multilaterais em Washington, o Tesouro, o FED e o Departamento de Estado dos Estados Unidos, os ministérios das finanças dos demais países do G-7 e os presidentes dos 20 maiores bancos internacionais constantemente ouvidos em Washington, cuja abordagem exerceu grande influência sobre os governos da América Latina.

a) o excessivo crescimento do Estado, traduzido em protecionismo (o modelo de substituição de importações), excesso de regulação e empresas estatais ineficientes e em número excessivo; e b) o populismo econômico, definido pela incapacidade de controlar o déficit público e de manter sob controle as demandas salariais tanto do setor privado quanto do setor público.

A proposta de reforma regulatória apresentada pela OCDE influenciou profunda e amplamente os países latino-americanos, com a proposição de três categorias de atividade regulatória:

Regulação Econômica – caracteriza-se pela intervenção direta nas decisões de mercado, tais como definição de preços, competição, entrada e saída de novos agentes nos mercados. Para a OCDE, nessa categoria a reforma deve se propor a aumentar a eficiência econômica por meio da redução de barreiras à competição e à inovação, utilizando a desregulamentação, a privatização e fornecendo estrutura para o funcionamento e a supervisão das atividades do mercado.

Regulação Social – destina-se a proteger o interesse público nas áreas de saúde, segurança, meio ambiente e em questões nacionais. Em muitos casos, a regulação deve atuar sobre recursos sociais que não estão sujeitos a transações de mercado, mas que, no entanto, são importantes ou mesmo imprescindíveis à produção de um bem ou serviço regulado. Segundo a OCDE, cabe nesse plano da reforma aferir a necessidade de intervir em decisões relativas à provisão de bens públicos e à proteção social, reduzindo os efeitos das externalidades geradas por outros agentes sobre a sociedade.

Regulação Administrativa – destina-se a estabelecer os procedimentos administrativos por meio dos

quais o governo intervém nas decisões econômicas, os chamados *red-tapes*. Esses instrumentos burocráticos podem gerar impactos substanciais sobre o desempenho do setor privado. De acordo com a OCDE, para evitar esse efeito, os governos devem buscar em suas reformas regulatórias eliminar as formalidades desnecessárias, simplificar aquelas que são necessárias e melhorar sua transparência e aplicação (CRUZ, 2009, p. 57-58).

Essas orientações da OCDE compõem o espírito das diversas reformas adotadas na América Latina, com pequenas variações entre os diversos países latinos, mas mantendo estreita relação com as instruções acima mencionadas. Com a adoção dessas medidas, criou-se na região a noção de modernização da Administração Pública, em especial da função regulatória, capaz de conduzir os países que a adotaram ao desenvolvimento almejado.

A regulação, na literatura contemporânea, pode assumir cinco significados, às vezes até antagônicos entre si. Eis os significados da regulação: desregulação, re-regulação, regulação da competição, regulação por competição e metarregulação.

A desregulação é a redução/supressão econômica, política e social das restrições sobre o comportamento, a atuação, dos atores sociais, em especial daqueles que atuam no mercado.

O conceito de re-regulação está atrelado à ideia de que a reforma regulatória e a liberalização em geral criam um novo cenário de regulação, e não em desregulação.

A regulação da competição e a regulação por competição refletem uma relação positiva entre regulação e competição, residindo a diferença entre elas no grau de interferência estatal e na sua capacidade de monitorar e reforçar a competição (CRUZ, 2009, p. 59). Ambas exigem o estabelecimento e o fortalecimento da estrutura da governança, requerendo estrutura menos invasiva a regulação por competição.

A metarregulação da competição significa que, ao se realizar a regulação direta sobre as ações dos indivíduos e das empresas (corporações), o processo de regulação torna-se ele mesmo regulado, sendo esse processo tão invasivo quanto a regulação por competição, no que se refere à interferência do Estado.

Infere-se, com a conceituação acima apresentada, que há uma relação entre tipos de competição e tipos de regulação. A depender do objetivo pretendido relativo à competição nos mercados, há um determinado tipo de regulação.

No quadro a seguir, será apresentada, de forma didática, a relação entre os tipos de competição e os tipos de regulação:

Tipo de Competição	Tipo de Regulação	Autoridade regulatória	Exemplos
Desregulado	Mercados Autorregulados	Sem regulação (recoo do Estado)	Vai da certificação a leis de responsabilidade para proteger o consumidor
Regulado	Regulação da competição	Autoridades de competição nacional	Prevenção da concentração por meio da regulação de fusões, incorporações, reestruturações acionárias etc.
Regulado	Regulação da competição	Autoridades em setores específicos e autoridades de competição nacional	Regimes de interconexão em telecomunicações, compartilhamento de redes
Metarregulado	Reforço da autorregulação das regras de competição	Autoridades em setores específicos e autoridades de competição nacional	Institucionalização de mecanismos internos de autorregulação que correspondam às exigências legais de competição em geral e ao regime regulatório em particular

Fonte: (CRUZ, 2009, p. 60).

Acima, no quadro ilustrativo, os arranjos de regulação, alguns deles incentivados pela OCDE na década de 1990 na América Latina, em especial através da adoção das Agências Reguladoras independentes, inaugurando, desta forma, o novo formato de organização da regulação estatal, supostamente mais propício aos novos tempos.

Eis a influência que os organismos internacionais exerceram na América Latina na década de 1990, desenvolvendo um esforço de persuasão junto aos governos locais no sentido de incorporar aos ordenamentos jurídicos nacionais as sugestões por eles apresentadas como a melhor solução para a grave crise fiscal e econômica vivenciada pela região desde a década de 1980 e prolongada através da década de 1990, podendo, com a adoção das reformas propostas pelos grupos que compõem os organismos internacionais, retomar o desenvolvimento econômico e social na região.

Percebe-se que os organismos internacionais funcionaram como verdadeiros lobistas, representando interesses de grupos internacionais junto aos Estados nacionais latino americanos, já que, para alterar o ordenamento jurídico, necessária a expedição de normas jurídicas pelos Estados, únicos detentores de legitimidade para a expedição de normas legais, utilizando-se para tanto do Direito, com eficácia *erga omnes* em seus territórios, em flagrante confirmação da teoria de Duguit de que o Estado, seja ele qual for, responde e acata às ordens do grupo por detiver força política e/ou econômica para determinar o conteúdo da regulação. Esses grupos podem ser internos (nacionais) ou externos (internacionais) ao território nacional, porém, o ponto em comum é a força que eles têm em influenciar o governo a expedir normas jurídicas através do Estado para implantar as políticas regulatórias, corroborando, desta forma, a hipótese defendida no presente trabalho, qual seja, de que o Estado é utilizado pelos grupos

de interesse, ou grupos de pressão, para, através da expedição de normas jurídicas estatais, garantir o interesse do grupo de poder no mercado.

DA CAPTURA

A administração Pública deve buscar a preservação do interesse público, com boa gestão dos recursos públicos, que são escassos, em favor da coletividade e em busca do alcance do bem maior, em prol da sociedade, do bem-estar social. Porém, em uma sociedade, há diversas forças atuando em busca de uma alocação dos recursos disponíveis que melhor atenda aos seus interesses.

Assim, os diversos atores sociais estão em contínua disputa pelos recursos disponíveis e os que detêm melhor organização geralmente conseguem abarcar uma parcela maior dos recursos, em detrimento dos demais, já que os recursos são finitos e escassos.

Em um Estado democrático, é salutar que os diversos setores da sociedade participem da vida política, apresentando os seus projetos, pleiteando a concessão de novos direitos, ou, ao menos, a manutenção desses. Porém, para que tal jogo democrático seja claro, mister que as regras jurídicas sejam claras, transparentes e acessíveis a todos, bem como que propicie o acesso de qualquer setor para a discussão de projetos de lei, em todos os níveis governamentais.

É evidente que o grupo que conseguir se organizar melhor para defender os seus interesses junto ao poder público, tenderá

a conseguir melhores posições, mais direitos, mais recursos financeiros, incentivos, subsídios, entre outros. Então, como estruturar as instituições estatais para assegurar a atuação de todos os agentes econômicos em prol do interesse público? Para alguns, há como enfrentar esse enorme desafio com o aperfeiçoamento das instituições públicas e dos mecanismos legais. Para outros, isso não é possível, já que os grupos com maior poder de mobilização conseguirão capturar o poder público, com a edição de normas legais com vistas a conseguir maiores direitos ou a manter os seus privilégios, com a adoção de barreiras para o ingresso de novos competidores.

Não é de hoje que os teóricos se debruçam sobre o problema da captura regulatória. E em um mundo globalizado e multifacetado, com grandes grupos transnacionais atuando em diversos países, alguns desses com patrimônio²⁰ maior do que muitas nações²¹, o problema se apresenta cada vez mais complexo.

Para os economistas da Universidade de Chicago, a regulação já nasce capturada pelos interesses do regulado. George

20 A *Forbes* (2015) elabora, anualmente, uma lista das maiores empresas no mundo. Entre as dez primeiras colocadas estão as seguintes companhias: 1º- ICBC (China), com valor de mercado de US\$278,3 Bilhões; 2º- China Construction Bank (China), com valor de US\$ 212,9 Bilhões de valor no mercado; 3º- Agricultural Bank of China (China), avaliada em US\$ 189,9 Bilhões; 4º- Bank of China (China), avaliado em US\$ 199,10 Bilhões; 5º- Berkshire Hathaway (EUA), avaliada em US\$ 354,8 Bilhões; 6º- JPMorgan Chase (EUA), avaliada em US\$ 225,5 Bilhões; 7º- Exxon Mobil (EUA), avaliada em US\$ 357,1 Bilhões; 8º- PetroChina (China), avaliada em US\$ 334,6 Bilhões; 9º- General Electric (EUA), avaliada em US\$253,5 Bilhões; 10º- Wells Fargo (EUA), avaliada em 278,3 Bilhões.

21 A título de comparação, eis o PIB estimado de alguns países, inferiores ao valor de mercado de algumas das companhias acima listadas: República Tcheca: US\$200,008 Bilhões; Equador: US\$100,485; Chile: US\$ 264,095 Bilhões; Paraguai: US\$31,301 Bilhões; Peru: US\$208,188 Bilhões; Venezuela: US\$209,226 Bilhões; Uruguai: US\$ 55,597 Bilhões (IMF, 2014)

Stigler foi o pioneiro na concepção da teoria da captura regulatória. Para ele, o governo, quando regulava um determinado setor, não criava monopólios por acidente, mas sim porque havia sido capturado pelo ente regulado e, assim, a regulação nascia e servia unicamente para evitar competição (Library of Economics and Liberty, 2015), preservando, desta forma, o mercado de atuação da empresa regulada. Por isso, o regulado procurava o governo para que este produzisse a regulação do setor.

Para compreender o tema, necessária a análise do fenômeno da captura regulatória, dos grupos de interesse, da sua dinâmica dialética com o poder através do *lobby* visando, com esses esforços, o convencimento do regulador.

3.1 CAPTURA COMO COOPTAÇÃO

Para uma devida compreensão do fenômeno da captura do regulador, é necessária, inicialmente, a formulação de um conceito. Capturar, de acordo com o dicionário, significa prender, arrestar, do latim *captura* (FIGUEIREDO, 1939, p. 473). No direito, capturar significa, em síntese, a cooptação do órgão regulador (aquele que expede as normas jurídicas reguladoras) pelos interesses particulares da indústria regulada, que, ao invés de espelhar o interesse coletivo, passa a regular determinado setor de acordo com os interesses da indústria regulada, ocorrendo a substituição do interesse público pelo particular.

A captura não é um fenômeno novo e não é limitada ou própria das agências reguladoras, ocorrendo nas sociedades humanas há bastante tempo, tanto dentro da estrutura estatal quanto nos entes privados. Na sociedade há a interação de vários indivíduos e grupos sociais, cada qual querendo fazer prevalecer os seus interesses, em um exercício legítimo, em tese, de busca por espaço e direitos, mormente em um Estado democrático

de direito. Para Duguit (2004, p. 60), não haveria de se falar em bem público, em proteção do Estado aos interesses e direitos coletivos, em favor de todos os grupos sociais. Para ele, o grupo dos mais fortes cria o direito, sanciona, organiza e fiscaliza os serviços públicos, já nascendo, desta forma, a norma reguladora “capturada” pelo grupo de interesse mais forte.

Zingales e Rajan (2003, p. 5-50) defendem a ideia de que no sistema jurídico no formato *Common Law* haveria uma proteção maior contra o fenômeno da captura, pois seria bem mais difícil mudar a ideia de justiça aplicada pelos magistrados eleitos pela população, do que cooptar o legislativo quando da elaboração dos códigos, das leis. No sistema da *Common Law*, o conceito contido na legislação elaborada e editada pelo Poder Legislativo depende, para o seu preenchimento do conteúdo, da colaboração dos magistrados, quando demandados para resolver litígios, ou seja, a discricionariedade do juiz ao apreciar as demandas, em especial quando analisa conceitos contidos nos diplomas legais, a exemplo do termo justiça, verdade, entre outros, determinando o seu conteúdo, seria, de acordo com os autores mencionados, um elemento importante para dificultar o sucesso dos grupos de interesse. Desta forma, em um sistema de *Common Law*, o Poder Judiciário determina os princípios gerais, limitando as chances de sucesso que os lobistas podem obter.

Ao contrário, no sistema do *Civil Law*, diante da menor discricionariedade dos magistrados, já que limitados pelo texto legal elaborado pelo Poder Legislativo, que costuma ter maior amplitude, no qual haveria uma maior facilidade de inserção de termos que venham a favorecer determinado grupo de interesse em detrimento dos demais, o fenômeno da captura teria mais chances de ocorrer, com maior sucesso da empreitada dos lobistas. Aquele grupo de interesse que capturar os legisladores,

“poderá ditar mais prontamente os resultados de contingências futuras, obtendo grandes benefícios” (ZINGALES, 2015, p. 9).

Essa maior dificuldade de capturar a regulação no sistema de *Common Law* não significa a eliminação do fenômeno da captura, pois a chance de ocorrência continua no sistema, tanto que o número de lobistas cadastrados no Congresso Americano²² cresceu bastante nos últimos anos, apontando um espaço interessante para a atuação desses profissionais junto ao legislativo norte-americano, podendo deduzir-se dos dados um forte indício da ocorrência da captura dos legisladores pelos grupos de interesse.

Para ilustrar o fato de não ser suficiente o sistema da *Common Law* para evitar a captura, apresenta-se um fato histórico ocorrido em 1999, nos Estados Unidos da América, envolvendo o Citigroup. Em 1998 o Citigroup adquiriu uma seguradora, a Travelers, não obstante a proibição constante na Lei Glass-Steagall, que determinava a separação entre os bancos de investimento e a atividade bancária comercial. Segundo narrado por Zingales (2015, p. 39-40), o CEO da Travellers, Sandford Weill, explicou que a proibição legal não preocupava a empresa, mesmo a fusão estando em conflito direto com a mencionada lei, assim se expressando: “Já debatemos o assunto [com o FED e o Tesouro] o suficiente para saber que não haverá problema”²³ (MARTIN, 1998). Em 1998 o Tesouro Norte-americano era comandado por Robert Rubin, que influenciou seus colegas democratas a mudar a Lei Glass-Steagall, deixando

22 Interessante registrar o fato do crescimento da quantidade de lobistas junto ao Poder Legislativo não ter ocorrido apenas nos EUA, mas também aqui no Brasil. De 1983 a 2012, os grupos de pressão na Câmara dos Deputados tiveram um crescimento vertiginoso, da ordem de 47 grupos cadastrados no biênio 1983-1984 para 179 grupos no biênio 2011-2012 (SANTOS, 2014).

23 Frase no original: “We have had enough discussions to believe this will not be a problem”.

o cargo no Tesouro em julho de 1999, um dia após a aprovação de uma versão da lei na Câmara, sendo contratado pelo Citigroup três meses após, com salário anual de quinze milhões de dólares, sem nenhuma responsabilidade operacional, não obstante o elo existente entre os dois eventos (aprovação da lei que beneficiava o Citigroup e a contratação do principal artífice da alteração da legislação pelo referido grupo financeiro) (ZINGALES, 2015, p. 40).

Importante frisar que o Citigroup e Robert Rubin agiram dentro da lei norte-americana, tanto que não houve qualquer responsabilização de Rubin pela influência exercida por ele sobre seus partidários democratas. É um exemplo interessante de grupo privado de monta controlando, ou influenciando, com bastante força, o poder do Estado de expedir normas gerais e abstratas, com poder vinculante (coercibilidade).

A Lei Glass-Steagall, de 1933, foi a responsável pela redução do poder político da indústria financeira ao fragmentar o setor bancário, com a proibição da mesma instituição bancária atuar como banco comercial e como banco de investimento. Com a redução do poder político decorrente dessa fragmentação, diminuiu-se o poder das instituições financeiras, pelo menos até a década de 1970, década a partir da qual as restrições impostas pela Lei GlassSteagall, entre outras restrições, foram sendo progressivamente removidas. Entre as restrições removidas, estão as limitações estaduais à abertura de agências, alcançando o auge com a aprovação da Lei Gramm-Leach-Bliley, em 1999, que acabou totalmente a separação obrigatória entre bancos comerciais e bancos de investimentos criada em 1933 pela Lei GlassSteagall.

O maior efeito, se não o verdadeiro, da Lei Gramm-Leach-Bliley foi, de acordo com Zingales (2015, p. 44), o político. O efeito econômico foi algo indireto, ou seja, uma consequência do efeito político. Antes, os bancos comerciais e os bancos

de investimento tinham pautas diferentes, com atuações diversas junto ao legislador, e, em muitas situações, os seus esforços de lobby tendiam a compensar um ao outro. Porém, com a eliminação da proibição instituída pela Lei Glass-Steagall, os interesses de todos os principais atores da indústria financeira foram alinhados, já que o mesmo banco podia atuar como comercial e como de investimentos. Esse alinhamento conferiu ao setor financeiro um “poder desproporcional para moldar a pauta política do país. A concentração da indústria bancária ampliou esse poder – que a indústria bancária não teve medo de usar, como mostra o exemplo da reforma das falências de 2005” (ZINGALES, 2015, p. 44).

A influência do setor financeiro é tão grande, com aumento do poder de influenciar governos nos últimos vinte anos, que os seis últimos secretários do Tesouro norte-americano são oriundos desse setor. Até esse ponto, pode-se argumentar que é uma tendência natural a busca de profissionais com formação em finanças para ocupar o cargo de secretário do Tesouro. Porém, há um dado que salta aos olhos, que indica a grande probabilidade da ocorrência da captura: dos seis últimos secretários, quatro deles eram ligados direta ou indiretamente à empresa Goldman Sachs. Isso ocorre não só no Tesouro, mas também em outros cargos do governo federal dos EUA, tanto na Casa Branca quanto em outros departamentos governamentais. Barack Obama teve um chefe de gabinete que já trabalhou no setor financeiro, William M. Daley (VEJA, 2012). No governo de George W. Bush também aconteceu isso, ocupando Joshua Bolten²⁴ o cargo de chefe de gabinete (ZINGALES, 2015, p. 59). Pelo exposto, percebe-se que a captura é um fenômeno

24 Joshua Bolten trabalhou, de 1994 a 1999, para Goldman Sachs International em Londres, onde desempenhou a função de Diretor Executivo, Legal e Relacionamento Governamental. (THE WHITE HOUSE, 2015).

presente nas sociedades democráticas, resultado da dinâmica dos grupos de interesse, dos esforços desses grupos em inserir na legislação pontos que garantirão os seus interesses, ou, quando isso não é possível, desenvolver ação de *lobby* no sentido de impedir que os interesses dos grupos rivais sejam vitoriosos na dinâmica de convencimento do ente regulador, impedindo, desta forma, prejuízos.

3.2 TEORIA ECONÔMICA DA CAPTURA DOS REGULADORES DE STIGLER

Várias teorias foram desenvolvidas para explicar o fenômeno da captura dos órgãos reguladores. Fenômeno esse sentindo desde o início da regulação econômica realizada/produzida por órgãos específicos, as denominadas Agências Reguladoras. As principais teorias são: a) a teoria do ciclo de vida das agências reguladoras; e, b) a teoria econômica da captura dos reguladores de Stigler.

A *teoria do ciclo de vida das Agências Reguladoras* utiliza a analogia com o ciclo de vida humano para explicar o ciclo de vida das Agências Reguladoras: do surgimento, do desenvolvimento e do declínio das agências. A teoria foi criada e desenvolvida por Marver H. Bernstein na década de 1950.

Outro teórico, S. P. Huntington, também tratou o fenômeno ao estudar a evolução da *Interstate Commerce Commission* – ICC, percebendo que, quando do surgimento da agência, ela costumava atuar de forma independente em relação aos regulados e gozava de apoio político dos transportadores e agricultores, já que a regulação efetivada pela ICC, nesse período inicial, acarretava a redução das tarifas praticadas pelo setor ferroviário (BAGATIN, 2013, p. 45). Com o tempo, a ICC perde, aos poucos, apoio político dos dois grupos mencionados, aproximando-se do setor ferroviário em busca de apoio político,

visando a sua manutenção e, com isso, ocorreu uma “troca” entre os agentes econômicos e a agência; esta oferece regulação em troca de apoio político necessário para a sua manutenção no sistema regulatório. Com isso, o setor regulado defende a manutenção e ampliação da competência da agência reguladora e a manutenção de sua independência, e a regulação passa a ser excessivamente favorável ao setor ferroviário.

Nesse momento ocorre a confusão entre o “interesse público” e o “interesse do regulado”.

Marver H. Bernstein, quando publicou a sua pesquisa, conhecia e admitia as especificidades de cada agência reguladora, porém, não obstante essas especificidades, entendeu ser possível detectar, ao longo da história de cada Agência Reguladora, pontos comuns na evolução/ciclo. Assim como em um ciclo de vida humano, cada agência estudada apresentou fases equivalentes de “crescimento, maturidade e declínio” (BAGATIN, 2013, p. 46), endossando, os dados da pesquisa, a sua hipótese, de que as agências se comportam de forma semelhante nas três fases mencionadas, independente do setor de atuação regulatória, sugerindo a existência de um “ciclo natural” de vida das Agências Regulatórias. Formulando uma analogia entre as fases das agências reguladoras e as fases da vida humana, Marver H. Bernstein constatou quatro fases: gestação, juventude, maturidade e velhice.

Analisando cada uma das quatro fases, a gestação compreende o momento de discussões acerca da necessidade de criação da Agência Reguladora, que demandaria tempo considerável, ou essa necessidade de criação adviria de fatores supervenientes, a exemplo de crises econômicas, escândalos públicos de corrupção, entre outros eventos capazes de incutir a necessidade de criação da Agência Reguladora; abarca, ainda, esse período, a discussão dos estatutos legais de sua criação. De acordo com Marver H. Bernstein, haveria, nesse período,

o gestacional, o embate entre duas posições antagônicas, uma defendendo a necessidade de regulação e outra a desnecessidade de tal regulação, com a aprovação do estatuto da agência quando houvesse a prevalência do grupo favorável à regulação.

Na segunda fase, a juventude, a agência possuiria a energia, a ambição e a imaginação peculiares a essa fase, com tendência de agir e de intervir no setor regulado com bastante energia em favor do interesse público, gozando de amplo apoio do público e simpatia dos líderes políticos no Executivo e no Legislativo. Como ocorre na juventude humana, em geral, na proporção em que sobra a energia e a altivez, falta experiência para atuar de forma eficiente. Assim, a agência reguladora, diante dessa falta de experiência e de consolidação das suas políticas regulatórias, aumentaria o risco de desgaste perante os políticos do Executivo e do Legislativo, bem como junto ao público. Ao contrário, os grupos regulados, diante da sua expertise, tenderiam a uma maior coesão, uma melhor organização contra as investidas do órgão regulador. Com isso, o efeito prático seria um desgaste das agências, com perda de apoio popular e político, com tendência ao isolamento das mesmas.

Esse cenário aponta para o ingresso na terceira fase, a fase da maturidade, na qual se caracteriza a total falta de apoio político. Com essa total falta de apoio político, as agências se veem em uma situação difícil, com risco de extinção, já que aos olhos do setor político, elas poderiam ter perdido a sua utilidade diante da ausência de efetividade no seu mister. Nessa fase também não haveria mais apoio popular. Assim, a agência não tenderia mais a uma conduta prospectiva, mas sim adotaria uma postura gerencial, afastando-se das funções de controle e de fiscalização. Desta forma, as controvérsias tendem a desaparecer paulatinamente e a agência se integra ao sistema econômico do setor por ela regulado com vistas à manutenção desse setor no formato pensado pelos agentes regulados, pois, diante da falta

de apoio político e popular, encontra no setor regulado apoio para a sua preservação. Há, nessa fase, uma tendência “à manutenção do *status quo* regulatório e de que as ideias favoráveis aos grupos regulados prevaleçam” (BAGATIN, 2013, p. 48).

Na última fase, a denominada por Bernstein como velhice, há uma tendência natural das agências de adotarem decisões de segurança, ou seja, compatibilizam os seus objetivos, através de suas decisões, aos objetivos/demandas dos setores privados regulados. Interessante notar que esse fenômeno se torna mais fácil quando as agências são setoriais, já que o campo de atuação estreito da Agência Reguladora torna mais fácil a substituição do interesse público pelo interesse do setor regulado. Nessa última fase, o objetivo principal da Agência Reguladora é a manutenção do setor privado, pois isso significa a sua própria manutenção. A “segurança” na sua manutenção reside na permanência do setor regulado e, para tanto, há a substituição do interesse público pelo do setor regulado, ou seja, pelo interesse privado.

Com a substituição do interesse público, pelo privado, acontece o fenômeno da captura, deixando, desta forma, a agência reguladora, de desempenhar a missão esperada pela sociedade civil, qual seja, de regular o setor econômico com vistas à preservação do bem-estar social. Em consonância com o referencial teórico adotado, para entender o processo da captura passamos a expor a *teoria econômica da captura dos reguladores*. Tal teoria surge nos Estados Unidos da América nos anos 1960, através de estudos empíricos realizados por George J. Stigler, que verificaram a inexistência de benefícios ao público prometidos pelos reguladores, não se confirmando os aludidos benefícios no mundo dos fatos. Stigler perquiriu o que havia por detrás da regulação, ou seja, o porquê da existência da regulação das Agências Reguladoras. A análise dos dados colhidos nas pesquisas empíricas por ele desenvolvidas apontou para o

incentivo dado à criação da regulação pelos setores regulados. Se a justificativa principal para a realização da regulação era o interesse público, então por que os setores privados demandavam a regulação, já que, em tese, tal regulação limitaria o seu espectro de atuação no mercado? Constatou-se que a regulação era muito mais benéfica para os setores regulados do que para a sociedade, havendo interesse direto dos entes regulados e demanda desses pela regulação das comissões independentes (Agências Reguladoras). Ou seja, os dados empíricos recolhidos por Stigler nas suas pesquisas apontavam no sentido de confirmar a tese de que os grandes beneficiados com a criação e manutenção da regulação era o setor regulado e não a sociedade, ao contrário da propaganda realizada pelo Estado em relação às Agências Reguladoras como sendo a solução para o problema dos abusos da iniciativa privada e o meio moderno e eficaz de manutenção do interesse coletivo nos setores explorados economicamente por companhias privadas.

E a referida demanda, qual seja, o pleito por regulação, seria melhor atendida através do poder público, em especial através de entidades criadas especificamente para a regulação de setores econômicos, as denominadas comissões independentes, conhecidas como Agências Reguladoras independentes, pois o Estado, conforme exposto no item 1.7, é quem detém o monopólio do uso da força, podendo com a expedição de normas legais inserir na realidade econômica um novo equilíbrio, literalmente escolhendo quem ganha e/ou quem perde no jogo econômico. O “Estado – máquina e o poder do Estado – é uma potencial fonte de recursos ou de ameaças a toda a atividade econômica na sociedade. Com seu poder de proibir ou compelir, de tomar ou dar dinheiro, o Estado pode (e efetivamente o faz) ajudar ou prejudicar, seletivamente, um vasto número de indústrias” (STIGLER, 2004, p. 23). De acordo com a teoria desenvolvida por Stigler, a regulação é concebida e operada

fundamentalmente em benefício da indústria, que a adquire, pois essa seria a forma mais eficiente de preservar a sua participação no mercado a um menor custo possível.

Ainda de acordo com Stigler (2004, p. 25), o problema essencial da regulação “é o de descobrir quando e por que uma indústria (ou outro grupo de pessoas que pensam da mesma forma) é capaz de usar o Estado para seus propósitos, ou é escolhida pelo Estado para ser usada em proveito de outros”. Assim, de acordo com o formulador da teoria da regulação econômica, uma indústria, ou um determinado grupo de pessoas com interesses em comum (corporação profissional, por exemplo), é capaz de usar o Estado, ou a sua máquina, para os seus propósitos, ou, ainda, é escolhida pelo Estado para ser usada em benefício de outros. Por uma dessas duas formas ocorre a captura do regulador, ou para favorecer uma indústria, ou um grupo com interesses em comum, ou para favorecer outros.

Para compreender a ideia norteadora da teoria econômica da regulação, uma pergunta foi proposta pelo seu teórico: “que benefícios pode um Estado proporcionar a uma indústria?” (STIGLER, 2004, p. 25). O Estado detém o monopólio de um recurso que, *a priori*, não é compartilhado com mais ninguém, sequer com o seu mais poderoso cidadão, qual seja, o poder (legítimo ou legitimado) de coagir, isto é, o poder de expedir normas com poder de coação contra pessoas físicas e jurídicas que estejam ao alcance do seu poder. Em especial, através da tributação, o Estado pode angariar o dinheiro de seus cidadãos, de forma legal. Assim, pelo aspecto da extrafiscalidade dos tributos, pode o Estado utilizar a tributação para o alcance de determinados objetivos, determinando a movimentação física de recursos e a tomada de decisões econômicas tanto das pessoas físicas quanto das jurídicas e, tudo isso, sem a necessidade da anuência dos seus contribuintes, já que a norma, revestida de legalidade e de legitimidade, é cogente, devendo ser observada por todos os

seus destinatários. Desta forma, como frisado por Stigler (2004, p. 25), isso cria as possibilidades de uma determinada indústria de utilizar o Estado para aumentar a sua lucratividade, sendo quatro as principais políticas regulatórias demandadas por uma indústria, ou por um grupo coeso de pessoas (grupo de interesse): a) subvenção direta em dinheiro, b) o controle da entrada de novos concorrentes no setor, c) adoção de medidas que afetem os produtos substitutos e complementares, d) a fixação de preços. Essa ordem não demonstra a preferência de intervenção do Estado pelo setor regulado, mas sim acompanhou a sequência adotada no artigo seminal de Stigler, acima mencionado.

A subvenção direta em dinheiro costuma ser utilizada pela indústria, a depender da sua estratégia e do seu campo de atuação. Isto é, a subvenção direta em dinheiro costuma ser eficaz quando a elasticidade da oferta no setor for baixa, pois em um setor no qual há a possibilidade de ingresso, com uma certa facilidade, de concorrentes, irá, com o tempo, diluir a subvenção em dinheiro por uma quantidade maior de empresas, o que diminuirá, por consequente, o benefício individual de cada participante.

Uma política regulatória bastante demandada pela indústria é o controle sobre a entrada de novos concorrentes. Stigler (2004, p. 26) chamava a atenção para o fato evidente, nas suas pesquisas, de que os órgãos reguladores eram bastante diligentes no controle do acesso aos mercados, dificultando sobremaneira o ingresso de novos concorrentes. Mesmo nos setores de economia de escala, onde a própria dinâmica do mercado costuma impor barreiras naturais, não passou ileso ao controle de entrada de novos atores.

A política regulatória de controle de acesso também pode sofrer uma variação, impondo às novas empresas do setor requisitos que devem ser observados. Esses requisitos, na verdade, retardam a taxa de crescimento das empresas iniciantes,

não permitindo uma verdadeira competição no setor entre as empresas antigas, já consolidadas e geralmente de maior porte, e as novatas, de porte menor e que precisariam crescer para poder efetivamente concorrer no setor, já que em alguns setores, como por exemplo o financeiro, há regras impondo limites de venda de produtos de acordo com o patrimônio da instituição financeira.

O terceiro grupo de poderes estatais demandados pela indústria é o que atinge produtos substitutos e complementares que são aqueles produtos cujo incremento de consumo afeta diretamente, de forma positiva ou negativa, o produto vendido pela indústria capturadora. Exemplo de produto substituto é a margarina para a indústria de manteiga. Quanto mais margarina for vendida, menor tende a ser a quantidade de manteiga consumida pelo mercado. Já os produtos complementares são aqueles que agregam demanda ao produto da indústria. Por exemplo, as empresas aéreas apoiam os subsídios aos aeroportos, pois uma melhora na infraestrutura aeroportuária pode significar um aumento na demanda por passagens aéreas, o que pode impactar positivamente o resultado das empresas aéreas.

A fixação de preços é uma das modalidades de política regulatória. A indústria, a depender do setor e da sua estratégia de atuação, pode demandar o controle de preços através de uma Agência Reguladora, já que as normas expedidas pela agência têm poder de coerção e devem ser observadas por todos do setor, sob pena de sanções. Stigler (2004, p. 28) afirma que quando o número de empresas no setor regulado for relativamente grande, haverá maior dificuldade de discriminação de preços se deixado ao livre arbítrio dos competidores, ou seja, ao sabor das forças do mercado, por isso há a necessidade de apoio público, através do regulador, para fixar o preço dos produtos. O controle de preços pode ser usado por indústrias pouco eficientes para garantir taxas de retorno mais atraentes, ou, no caso de

custos fixos elevados, a depender do valor fixado pela agência reguladora, a fixação de preços pode resultar na diminuição do número de competidores, com a eliminação daqueles que não conseguirem produzir com custos inferiores ao preço fixado/tabelado pelo órgão regulador.

Vale lembrar que as políticas regulatórias acima mencionadas podem ser aplicadas de forma isolada ou combinada, a depender da estratégia e da necessidade de cada setor econômico. A estipulação de requisitos para o ingresso de novos concorrentes pode ser usada cumulativamente à fixação de preços, entre outras combinações possíveis das políticas regulatórias analisadas.

O formulador da teoria econômica da regulação apresenta a seguinte hipótese geral no seu artigo: “Propomos a hipótese geral: toda indústria ou toda ocupação que tem poder político suficiente para utilizar o Estado procurará controlar o acesso à entrada” (STIGLER, 2004, p. 27).

Diante dessa hipótese apresentada por Stigler, percebe-se que a concorrência, ou a sua ausência, não é resultado da dinâmica do mercado, que, de forma natural, com a sua “mão invisível”, premiaria os mais eficientes, os melhores, e puniria os ineficientes, permanecendo no “jogo”, no mercado, os primeiros, com a eliminação dos segundos. A concorrência pela alta taxa de retorno dos investimentos parece começar antes mesmo, ainda na fase anterior à competição no mercado, ou seja, na concorrência, através do poder político junto ao Estado, na demanda de normas reguladoras que garantam melhores condições de atuação e de permanência no setor ao grupo que detiver maior influência política, não interessando se são eficientes ou não, se prestarão produtos e serviços de boa qualidade aos consumidores, à coletividade. Resulta disso, consoante afirmado no item 1.7 e agora reiterado, uma hipocrisia interessante e talvez não observada. Formar conluios particulares, sem

a participação do Estado, é punido pela legislação, pelo ordenamento jurídico Estatal, porém, participar de conluíus com a participação do Estado, travestidos de legitimidade e de legalidade, visando estipular controles de acesso ao mercado aos novos participantes, fixação de preços, entre outras políticas legais de regulação, é possível e é plenamente realizado no Brasil e no mundo afora; se o acerto de preços é feito apenas por empresas privadas, sem a participação do Estado, é cartel e é punido como crime, porém, se a fixação de preços é feita através de uma política regulatória, não é considerado crime, ao contrário, é tido como um instrumento legal para o atingimento de um interesse público, mesmo tendo o mesmo resultado prático do cartel privado, a eliminação de concorrentes ou o incremento na taxa de retorno, com igual prejuízo para o consumidor, para a sociedade.

Alerta Stigler que as benesses advindas do poder político dos grupos não são obtidas em um “simples processo de maximização dos lucros” (2004, p. 28). O processo político influenciador das políticas reguladoras sofre algumas limitações, que são de três tipos: a) a distribuição do controle do setor entre as empresas ou grupos se altera; b) as garantias procedimentais exigidas de processos públicos são onerosas; c) o processo político aceita prontamente poderosos *outsiders* nas agências reguladoras setoriais.

As limitações acima mencionadas já foram analisadas no item 1.7 da presente dissertação, não sendo, por conseguinte, necessária a repetição da explicação dos pontos nesta parte do trabalho.

Os três tipos de limitação da regulação setorial são previsíveis e, como custo inerente ao processo regulatório, devem fazer parte do cálculo para aferir o sucesso ou o insucesso da regulação de um determinado setor. Em relação ao fenômeno da captura, os dados empíricos analisados por Stigler, bem

como os colacionados no presente trabalho, apontam para a ocorrência da captura regulatória, total ou parcial, na regulação das Agências Reguladoras.

Conforme já aludido acima, constata-se que a regulação econômica setorial, realizada pelas Agências Reguladoras, ou já nasce capturada pela indústria regulada, ou é cooptada por algum interessado ao longo da existência da norma reguladora, tendo, como principal “cliente”, a própria indústria regulada, pois, depois de se calcular os custos de transação da regulação, geralmente é mais vantajoso para o setor regulado a existência de normas regulatórias, do que a ausência delas, já que essas normas costumam ser capturadas em prol da indústria regulada, controlando o acesso de novos entrantes no setor ou eliminando alguns concorrentes, isto é, mudando o eventual equilíbrio do mercado em favor dos entes regulados, solapando, assim, o interesse da sociedade, que costuma figurar apenas no “rótulo” da política pública desenvolvida pelas Agências Reguladoras.

3.3 PARTICIPAÇÃO DOS GRUPOS DE INTERESSE: DESENHO INSTITUCIONAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

Em uma sociedade politicamente organizada, é desejável a participação de seus integrantes nas diversas arenas políticas. Para tal participação, costumam as pessoas se agrupar com aquelas que têm interesses semelhantes, em uma estratégia visando ganhar mais força para tentar influenciar as instituições estatais a adotar políticas que beneficiem o seu grupo, ou pelo menos, a não adotar políticas que prejudiquem o seu agrupamento.

Quando se menciona *grupos de interesse*, esses não se confundem com classes sociais, conceito esse caro à teoria marxista, pois pode haver grupos de interesse formados por pessoas

pertencentes a várias classes sociais, porém, não obstante pertencerem a classes sociais distintas, possuem interesses comuns em determinada área na qual almejam a regulação estatal, ou ao contrário, desejam a não regulação estatal.

Essa dinâmica entre os grupos de interesse faz parte do exercício político dos diversos integrantes da sociedade, em especial em um regime democrático, no qual, em tese, haveria mais espaço para referida atuação, com previsão expressa no texto constitucional (v.g. plebiscito, referendo etc.) e na legislação infraconstitucional (por exemplo: participação das pessoas nas audiências públicas das agências reguladoras).

A introdução das Agências Reguladoras independentes no sistema jurídico brasileiro representou uma grande inovação institucional trazida pela reforma do Estado na década de 1990, inaugurando, destarte, uma nova forma de relacionamento entre os poderes políticos constituídos, os órgãos reguladores e a sociedade (SILVA; FILHO, 2008, p. 1-2).

Essa nova forma de relacionamento entre os poderes políticos constituídos, os órgãos reguladores e a sociedade ainda é pouco estudada, de forma crítica, no Brasil, haja vista ser ainda recente a introdução desse novo desenho institucional no sistema jurídico brasileiro. A maneira pela qual se comportam os diversos segmentos da sociedade brasileira, ou seja, os diversos atores envolvidos no processo de regulação, deve ser estudada para se compreender como a atuação de cada ator, ou de cada grupo de interesse, influencia na elaboração da regulação.

As Agências Reguladoras agem em um ambiente no qual três fontes de pressão se evidenciam: a política, a econômica e a social. A ação reguladora desempenhada pelo Estado, mais especificamente através das Agências Reguladoras, com a estipulação de regras que interferem na dinâmica do mercado, com a instituição de custos ou benefícios, tem um grande incentivo para ser objeto de ação dos grupos de interesse. Interessante

analisar se haveria um padrão específico de relacionamento entre o órgão regulador e a sociedade, e se esse padrão específico de relacionamento resultaria em um risco de captura do regulador.

Antes da reforma do Estado realizada no Brasil na década de 1990, a política regulatória era desempenhada e implementada pelo Presidente da República e pelos seus Ministros de Estado, já que a atividade regulatória estava concentrada no Poder Executivo. Assim, os grupos de interesse, para poder influenciar as políticas regulatórias, precisavam ter acesso ao Presidente e/ou aos seus Ministros. Hoje, essa arena de atuação dos grupos de interesse está ampliada, já que as políticas de regulação também são criadas e implementadas pelas Agências Reguladoras. Com a inserção das Agências Reguladoras no sistema jurídico brasileiro, os grupos de interesse também passaram a atuar junto a elas na tentativa de influenciar a política regulatória em favor dos seus respectivos interesses. Assim, grupos de interesse compostos pela indústria regulada, pelas entidades de classe, pelos consumidores, passaram a atuar junto às agências reguladoras com o intuito de apresentar proposições que possam influenciar o regulador quando da edição das regulações.

As Agências Reguladoras brasileiras possuem mecanismos, previstos nas suas respectivas leis, de participação dos grupos de interesse na discussão de políticas regulatórias: ouvidoria, audiências públicas, consultas públicas, conselho consultivo, câmaras técnicas, câmaras setoriais etc.

As audiências e consultas públicas são os mecanismos de controle nos quais os diversos grupos de interesse podem participar, independentemente do grau do seu conhecimento técnico sobre a matéria regulada. Não obstante a previsão legal dos mecanismos de participação acima mencionados, que em tese abre espaço para um maior número de interessados em participar da discussão regulatória com finalidade de influenciar o

regulador, esses mecanismos de participação beneficiam a todos os interessados na regulação? O desenho institucional das agências reguladoras é importante na determinação de quem pode participar com chances de influenciar nos resultados da discussão, do debate realizado no âmbito das agências reguladoras, ou seja, quem, dentro das regras do jogo, tem chance de influenciar na regulação realizada pelas Agências Reguladoras.

Em relação aos mecanismos de participação das pessoas interessadas na elaboração das leis e nas políticas de regulação, Archon Fung (2006, p. 66) trabalha no sentido de compreender o alcance das possibilidades institucionais para a participação pública dos grupos de interesse. Para Fung, os mecanismos de participação apresentam três dimensões: seleção dos participantes (quem participa), como os participantes se comunicam entre si e tomam decisões conjuntas e como as discussões impactam a política ou a ação pública (extensão do impacto sobre o resultado).

Essas três dimensões impactam, para Fung, a formulação das políticas públicas em um sistema democrático. Inicialmente, a escolha dos participantes na arena de debate e formulação da regulação estatal é de suma importância, pois determina quem está autorizado a participar do debate, ou seja, quem está habilitado para tal. Essa escolha pode ser inclusiva, com a possibilidade de participação do maior número possível de pessoas interessadas no debate, não apenas dos especialistas, mas também das pessoas que sofrerão o impacto da regulação (exemplo: consumidores, municípios, estados etc.). Há o modelo mais restritivo, que exige determinada habilitação para a pessoa poder participar dos debates, exigindo alta especialização na área em questão, o que restringe sobremaneira o universo das pessoas capacitadas a participar do processo de discussão aos especialistas (*experts*). Há uma forma de seleção mais inclusiva, que admite a participação de representação de classes, isto é, qualquer integrante

daquela classe está habilitado a participar dos debates acerca da matéria a ser regulada que tem pertinência com a sua respectiva classe. Por último, há o sistema aberto, no qual qualquer cidadão está habilitado a participar.

Em relação à dimensão comunicação e decisão, isto é, como os participantes se comunicam entre si e tomam decisões conjuntas, também há uma variação que vai da forma menos intensa para a mais intensa. Essa intensidade se refere ao nível de investimento em informação e comprometimento exigido para participação. Varia de meros expectadores, que não envolve nenhum tipo de comunicação ou decisão, sendo meros ouvintes, passando pela forma “expressão”, na qual o participante tem a oportunidade de expressar as suas ideias, porém não envolve o debate, a formação e transformação de preferências presentes na forma “desenvolvimento”. Esta última forma, segundo Fung, é a forma mais intensa de participação e se caracteriza pelo debate continuado e pela modificação de preferências, com vistas a uma decisão coletiva.

Quanto à dimensão extensão da influência, essa se refere ao impacto da participação dos grupos de interesse na formulação das políticas regulatórias e o seu resultado final. Na forma “difusão de informação” também não há expectativa de influência direta sobre o resultado final, porém, a participação gera visibilidade que pode impactar sobre o resultado indiretamente. Na forma “conselho/consulta” aparece a possibilidade de influência sobre o resultado final. Por derradeiro, há a forma de “deliberação”, na qual as decisões tomadas tornam-se políticas, independente da posição do regulador.

As três dimensões do modelo proposto por Fung são ferramentas úteis na classificação dos mais variados mecanismos de participação dos grupos de interesse, possibilitando a análise dos resultados alcançados de acordo com as formas de participação.

Conforme se observou, o desenho institucional das Agências Reguladoras no Brasil permite a participação de diversos atores em algumas instâncias da autarquia especial, podendo, de fato, em determinadas situações, um determinado grupo, utilizando adequadamente a ação de *lobby*, influenciar direta ou indiretamente a formulação da política regulatória de determinada agência reguladora. As audiências públicas são momentos interessantes para observar esse fenômeno. Nelas diversos atores podem participar, a depender do modelo adotado pela agência, e, com essa participação, pode, de forma efetiva, conseguir convencer o regulador, através de um processo dialético que envolve o fornecimento de informações que muitas vezes só uma das partes detém, a adotar determinada medida ou a se abster da ação de outra medida apresentada pelo grupo de interesse rival. Mais adiante, no presente trabalho, serão apresentados dados acerca do poder de influência de determinados setores junto à Agência Reguladora, ratificando a hipótese levantada nesta dissertação, de que, o conteúdo da regulação é determinado por aqueles grupos que detém poder político ou econômico necessários para o preenchimento do conteúdo da norma regulatória, utilizando as Agências Reguladoras para assegurar os seus interesses em face de toda a coletividade, inclusive contra empresas ou grupos rivais.

3.4 GRUPOS DE INTERESSE E LOBBY

A captura do ente regulador se dá através das ações de *lobby*, através das quais os grupos de interesse traçam estratégias de aproximação, de informação e de convencimento do regulador, com o objetivo de demandar a norma regulatória que atenda aos seus interesses. Apesar de não ser o objetivo deste trabalho a análise pormenorizada do *lobby*, em todas as

suas facetas, não é possível analisar a dinâmica dos grupos de interesse sem a compreensão dos aspectos básicos do *lobby*.

Na dinâmica do processo de captura do regulador, os interessados na cooptação da regulação, para aumentar as suas chances de sucesso, costumam se organizar em grupos, cujos integrantes partilham, pelo menos em relação ao tema a ser regulado, interesses semelhantes.

Tradicionalmente, antes da criação das Agências Reguladoras, os interessados na elaboração de uma norma sobre determinado setor buscavam o legislativo, que era a grande arena de disputa pela regulação através da edição de leis. Ainda hoje o legislativo continua sendo uma arena importante dessa movimentação dos grupos de interesse, haja vista a sua função primordial no Estado, que é a elaboração da legislação. Porém, com o advento das Agências Reguladoras, o Poder Legislativo não é mais a única arena, o único espaço no qual os grupos de interesse se movimentam. As Agências Reguladoras também passaram a ser espaço dessas disputas, haja vista que receberam do legislativo as atribuições legais de regular determinados setores da economia, assumindo papel importante no desenho regulatório. Os grupos de interesse e os grupos de pressão se utilizam do *lobby* para tentar alcançar os seus objetivos junto aos três poderes.

Interessante analisar as definições de *grupos de pressão e de grupos de interesse*. Tanto em um quanto no outro tipo de grupo, o interesse é o elemento em comum para os seus membros. Assim, os membros do grupo se reúnem em torno de um interesse em comum, podendo utilizar do processo de *lobby* para dialogar com o governo. Da sociedade emergem os grupos de interesse, que podem, segundo Lemos (1986, p. 55), ser episódicos (fatuais) ou organizados. São considerados episódicos, ou fatuais, quando temporários, ou seja, quando constituídos em razão de um objetivo limitado no tempo e/ou espaço,

com aptidão para o discurso emocional, geralmente adotados por entidades de cunho social ou por movimentos de duração rápida (grupos idealísticos) (LEMOS, 1986, p. 56). Já os denominados de organizados, como o próprio nome indica, são os permanentes, estruturados e vinculados a alguma entidade com personalidade jurídica própria. Essa entidade com personalidade jurídica própria não precisa ser necessariamente ligada ao setor empresarial. Para o mencionado autor, a diferença entre os grupos de pressão e os grupos de interesse reside, basicamente, no seguinte: os grupos de pressão seriam grupos momentâneos, efêmeros, que podem, ou não, utilizar-se do *lobby* para a consecução dos seus objetivos junto ao governo, e geralmente se dissolvem após o exaurimento do seu intento; os grupos de interesse adotam estruturas de *lobby* organizadas para a finalidade de dialogar junto ao governo, levando informações importantes para a tarefa de convencer o poder público a inserir na legislação aquelas informações, ou, influenciar o Estado para se abster de práticas que venham a prejudicar os interesses dos grupos de interesse.

No presente trabalho os vocábulos “grupo de pressão” e “grupos de interesse” serão utilizados como sinônimos, já que as tentativas de esquematização propostos por doutrinadores pátrios, a exemplo de Lemos e Loddi, por mais que tentassem fazer uma distinção na essência desses grupos, não lograram êxito, pelo menos na visão do autor desta dissertação, de construir duas categorias distintas. Conforme admitido por eles, o denominador comum dos grupos de pressão e dos grupos de interesse é o interesse em conseguir do Estado uma regulação que atenda aos seus interesses. Além disso, tanto no grupo de pressão, quanto no grupo de interesse, o *lobby* pode ser utilizado como processo de convencimento do Estado na elaboração de normas jurídicas que preservem os interesses dos grupos, ou seja, os dois “tipos” de grupo podem se valer do *lobby*. Desta forma,

parece que o esforço de tentar distinguir conceitualmente os grupos de pressão e os grupos de interesse em categorias distintas não tem sustentação teórica e realista, pois tanto um quanto outro resulta na reunião de pessoas físicas ou jurídicas, ligadas por um interesse em comum, que podem utilizar o processo do *lobby* para dialogar com o governo e assim, através da edição de normas pelo Estado, alcançar os seus objetivos, quer a implementação de um privilégio, quer a abstenção de práticas que possam colocar em risco os seus interesses.

O *lobby* tem no Brasil, no seio da sociedade, um conceito extremamente negativo, relacionado ao submundo dos negócios e da política. Porém, o *lobby* é algo natural em uma sociedade democrática, devendo ser estimulado, pois é um instrumento para que os diversos grupos de interesse existentes na sociedade possam expor aos representantes estatais as suas opiniões, os dados técnicos de algum tema, com o objetivo de influenciar a elaboração da regulação estatal. Muitos grupos sociais desenvolvem, mesmo que de forma amadora e não consciente, o *lobby*, a exemplo dos grupos ecológicos, que apresentam proposta de legislação que proteja o meio ambiente através de um desenvolvimento sustentável, grupos de minorias, tais como movimento das mulheres, dos homossexuais, associações de proteção dos consumidores, entre outros tipos de agremiações possíveis de existir em um Estado Democrático de Direito.

No Brasil quem primeiro exerceu o *lobby*, como processo de convencimento do poder público, foram as empresas, em especial as transnacionais, que já tinham *know-how* na matéria, pois em seus países sede a prática do *lobby*, além de ser mais uma atividade profissional, geralmente é regulamentada²⁵ há bastante tempo. Por essa razão, por ter sido desempenhado inicialmente,

25 Nos Estados Unidos da América, a atividade do *lobbying* é regulamentada através do *Federal Regulation of Lobbying Act*, desde 2 de agosto de 1946.

de forma profissional, não obstante não haver norma jurídica no ordenamento jurídico pátrio que verse sobre a matéria, pelas empresas, a atividade lobista no Brasil se identifica, na concepção geral da sociedade, com o exercício do poder econômico (LODI, 1986, p. 3). Mas, é possível, como dito acima, o exercício do *lobbying* por grupos não-econômicos, a exemplo de sindicatos, associações ou outras agremiações que congreguem um grupo com interesses semelhantes.

É compreensível que as empresas tenham sido pioneiras no exercício do *lobby*, pois o poder econômico “caminha muito próximo, em toda parte, do poder político” (MELO, 1992, p. 65), bem como por necessitar, para o exercício do *lobbying* profissional, do emprego de meios materiais para financiar a organização e efetivação da atuação do representante desses interesses junto ao poder público, não sendo possível, para muitas pessoas, em especial para o cidadão comum, de forma isolada, conseguir meios para tentar influenciar o tomador de decisões integrante do poder público para a elaboração de uma regulação que atenda aos seus interesses. *Lobbying*²⁶, palavra de origem inglesa que é uma derivação do vocábulo *lobby* (saguão, vestibulo, átrio, antessala, antecâmara), significa a ação do *lobby*, ou seja, o processo empregado por pessoa física ou jurídica, ou por grupos de interesses privados que, procura influenciar decisões do governo (LAROUSSE, 2005, p. 487). Na Inglaterra, originalmente, o processo de *lobbying* era feito no *lobby* do parlamento, na antessala da Câmara dos Comuns. Nos Estados Unidos da América, o procedimento de convencimento era

26 Na terminologia inglesa, eis o significado dos seguintes vocábulos: “*Lobby*, *lobbies*, para definir a atividade em si, com especificidade; *Lobbying*, para definir o processo, a ação do *lobby*; *Lobbyist*, *lobbyst*, *lobby-man/lobbywoman*, indicando a pessoa, o agente que operacionaliza o *lobby*” (LEMOS, 1986, p.60).

feito no saguão dos hotéis próximos ao Capitólio, onde ficavam hospedados os políticos.

Assim, conforme dito acima, o *lobbying* é o processo por que os grupos de interesse mobilizam-se para influenciar o processo estatal de tomada de decisões. Assim, o *lobbying* é

[...] a ação de influenciar sobre o tomador de decisão na esfera do poder público. A atuação persuasora sobre o poder público. O esforço para influenciar, a tentativa de, a ação para. Por extensão, pode-se chamar de *lobby* também o grupo de pessoas que exerce essa influência, ou o mecanismo de pressão ou de representação junto ao poder público. A esse último, os franceses chamam de ‘groupes de pression’ e os norteamericanos de ‘interest groups’ (LODDI, 1986, p. 3).²⁷

A Casa dos Representantes (*United States House of Representatives*), de tempos em tempos, edita um guia (*Lobbying Disclosure Act Guidance*) informando como a Câmara dos Deputados interpreta a lei que regula o *lobby* no Congresso Estadunidense em relação aos atos a serem praticados naquela Casa Legislativa. Nesse guia há a definição das partes envolvidas, a nomenclatura, a definição do *lobbying*, do *lobbyist*, entre outros aspectos, entre eles explicitação do procedimento da atividade lobista junto à Casa legislativa. Na Seção três há a definição que muito nos interessa, qual seja, a do *lobbying*:

Lobbying Activities: Lobbying contacts and any efforts in support of such contacts, including preparation or planning activities, research, and other background work that is intended, at the time of its preparation, for use in

²⁷ Conforme consta em LODDI (1986, p. 3), grupos de pressão ou grupos de interesse, são vocábulos utilizados como sinônimos. Orientação essa adotada no presente livro, conforme já mencionado acima.

contacts, and coordination with the lobbying activities of others (HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2008, p. 4).

Pela definição acima apresentada, constata-se que o *lobbying* é um processo, um conjunto de atos concatenados que envolve contatos com os tomadores de decisão, incluindo atividades de preparação e de planejamento, pesquisas, entre outros trabalhos, ou esforços, nos bastidores. Todo esse processo tem como destinatário o detentor do poder público, aquela autoridade que detém o poder de tomar a decisão que irá influenciar a elaboração de leis, leis essas que podem garantir os interesses de um determinado grupo de interesse, ou, pelo menos, evitar a edição de lei que possa gerar prejuízos.

O *lobby* é um instrumento de representação de interesses, com vistas a convencer o poder público a tomar uma determinada decisão. O profissional do *lobby*, denominado de *lobbyst*²⁸, atua apresentando informações junto à autoridade pública com capacidade de tomada de decisão, com o intuito de convencê-la, ou de influenciá-la, a adotar o seu ponto de vista do tema debatido na elaboração da regulação. O lobista é um agente político de negócios (MELO, 1992, p. 20) e, para desempenhar a sua atividade, busca as comissões técnicas do órgão estatal regulador com o objetivo de influenciar aquela pessoa (agente público) ou órgão (que, no caso das Agências Reguladoras, é um colegiado) com atribuição legal de expedir as normas regulatórias a tomar decisões em prol dos interesses por ele representados.

De acordo com a conceituação acima, trata-se de uma atuação de persuasão, de convencimento, a ser exercida sobre o poder público, isto é, sobre o tomador de decisão (*decision-maker*) do poder estatal, que pode ser exercida de forma singular, ou

28 Lobista, em português.

através de grupos de pessoas, os denominados grupos de pressão²⁹ ou grupos de interesse³⁰.

O *lobby* é o processo de diálogo entre as organizações e os agentes governamentais, como bem delimitado por Lemos (1986, p. 43):

[...] processo de diálogo entre as organizações e os agentes governamentais, exercendo-se pelo contato entre as partes com a intenção de levar informações confiáveis e passíveis de utilização imediata, dentro do propósito comum de chegarmos às melhores decisões para todos. Ou, quando tal não for possível, à que, preservando os valores fundamentais do interesse público, seja a menos inadequada para os envolvidos – oxigemos as reflexões dos agentes governamentais, por via de todas as informações possíveis de obter e oferecer, por via do *lobby*, consequentemente. O que é muito importante, já que tais decisões se lastreiam na experiência daqueles que tomarão, logo, no *passado* – então, é muito importante que somemos todas as experiências passíveis e possíveis de serem convocadas, sempre no sentido de melhorar a qualidade da decisão em função do verdadeiro interesse público.

Os teóricos que estudam o *lobby* sempre frisam que o objetivo original e autêntico é o convencimento do tomador de decisão governamental no sentido de alcançar o verdadeiro interesse público. Porém, como qualquer instrumento, o *lobby* pode ser utilizado tanto para o alcance de interesses legítimos, quanto para objetivos escusos. Esses últimos podendo se enquadrar em atividades ilícitas tipificadas na legislação penal e administrativa.

29 Expressão utilizada na França.

30 Termo utilizado nos EUA e na Inglaterra.

O objeto do *lobby* é o poder público, que é contatado pelo interessado (pessoa ou grupo de pessoas) através do lobista, que representa o interesse daquele que pretende influenciar as decisões de quem detém o poder público. No caso do presente estudo, a atuação do *lobby* se dá na arena inserida no ordenamento jurídico brasileiro a partir da reforma do Estado na década de 1990, as Agências Reguladoras, que não estão fora da área de atuação dos grupos de interesse, ao contrário do apregoado quando da mencionada reforma da Administração Pública federal. Não obstante a diretoria das agências reguladoras ser composta por técnicos com ampla experiência na área a ser regulada, bem como o formato de Agência Reguladora adotado, elas não estão imunes à atuação dos grupos de pressão, contrariando, assim, a propaganda alardeada na época da reforma estatal e o defendido pela doutrina administrativista brasileira. A atuação do *lobby* se dá em três áreas específicas: a) comercial, b) jurídica, e, c) financeira (LODI, 1986, p. 8). No presente trabalho, a área a ser analisada é a jurídica, cujo esforço do *lobby* visa a obtenção de uma legislação setorial favorável ao agente que atua no setor regulado.

Os grupos de interesse são uma forma de organização de pessoas com interesses comuns para ganhar mais peso político junto ao Estado. De acordo com Melo (1992, p. 55), os grupos de pressão, “representativos de interesses os mais diversos”, são organizações intermediárias entre o Estado e o indivíduo.

Realmente, os grupos de interesse, ou de pressão, são organizações intermediárias entre o Estado e o indivíduo. Organizações essas que não representam diretamente interesses próprios, mas dos seus clientes, que podem ser empresas com finalidade lucrativa, ou organizações não lucrativas, a exemplo de ONGs, associações de classe, agremiações sociais de defesa dos direitos das minorias, entre outras. São organizações profissionais altamente especializadas, algumas com equipes em várias

partes do país e com atuação internacional, tendo clientes em vários países. O lobista, quer atue de forma individual, ou através de empresas especializadas, também tem os seus interesses em jogo, pois, o sucesso na ação de persuasão dos tomadores de decisões em favor do seu cliente lhe renderá cifras consideráveis, bem como poderá ter o seu portfólio de clientes aumentado.

O lobista poderá atuar também como empregado da empresa, ou do grupo econômico, que pretende a captura do regulador, exercendo o seu mister em algum setor da empresa, geralmente em contato direto com a cúpula da companhia, a quem reporta os dados das suas ações.

Não obstante a existência de *lobby* sistemático em território nacional, o Brasil parece preferir não enfrentar a questão, pois não existe, até a presente data, lei³¹ regulando a matéria. É como se não existisse a movimentação de grupos de interesse visando influenciar o regulador na elaboração de uma legislação que atenda aos reclamos, aos interesses dos respectivos grupos. Não obstante a cegueira estatal, existe de fato a atividade do *lobby* no país e a realidade, com a sua força, acaba se impondo, em especial na concepção da regulação expedida pelas Agências Reguladoras.

Na história do Brasil, a primeira tentativa de regulamentar, através de lei, as atividades dos grupos de interesse, ocorreu em 1984, com o Projeto de Lei do Senado n.º 25, do então Senador Marco Maciel. Essa iniciativa foi arquivada ao fim da legislatura e novamente apresentada como Projeto de Lei do Senado n.º 203, em 1989, com poucas alterações. Teve parecer favorável

31 Em 1972, a Câmara dos Deputados incluiu em seu regimento interno, no art. 60, o reconhecimento da atuação de grupos de interesse nas dependências da casa legislativa, regulando o credenciamento de entidades que, através de representantes, poderiam apresentar informações técnicas ao legislativo sobre matérias dos seus interesses (RODRIGUES, 1996, p. 55).

no Senado e foi encaminhado à Câmara dos Deputados, onde recebeu a rubrica de Projeto de Lei n.º 6.132-A, de 1990 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1990). A Mesa da Câmara baixa ofertou parecer favorável, com uma emenda modificativa do *caput* do art. 3º. Na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, recebeu parecer pela inconstitucionalidade, com recurso do deputado Paes Landim, permanecendo naquela Casa à espera de apreciação até o fim da legislatura, que se deu em 31 de janeiro de 1995 (RODRIGUES, 1996, p. 56).

Cotejando o projeto de lei apresentado pelo parlamentar pernambucano com o *Federal Regulation of Lobbying Act* dos EUA, percebe-se que o projeto brasileiro é uma cópia quase que total do modelo norte-americano. Porém, como geralmente acontece com as “importações” legislativas no Brasil, não foram levadas em consideração as peculiaridades locais, não prevendo o *lobby* de grupos do setor público, como se existisse no Brasil apenas o *lobby* dos grupos de pressão do setor privado. Existe, sim, *lobbying* do setor público no Brasil, em especial junto ao Poder Legislativo. O Poder Executivo tem assessores parlamentares em contato direto e permanente com integrantes do Poder Legislativo na tentativa de influenciar as deliberações e decisões das casas legislativas. A Administração Pública indireta também exerce o *lobby*, com as empresas estatais encaminhando representantes junto ao Poder Legislativo na tentativa de influenciar as regulamentações. Com a inserção das Agências Reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro, o *lobby*, tanto do setor privado, quanto do público, também passou a ser exercido nessa nova arena política. Por fim, o Poder Judiciário também faz *lobby* junto ao Parlamento naquelas matérias do seu interesse, a exemplo na aprovação de projetos de lei de iniciativa do Judiciário, bem como sobre matéria que possa afetar diretamente o funcionamento desse poder.

O simples fato do Presidente da República fazer *lobby* junto ao Poder Legislativo, ou junto às Agências Reguladoras, não significa algo positivo ou negativo em si mesmo considerado. Também não se pode afirmar que o *lobby* desenvolvido pelo representante de um dos poderes da república junto aos outros seja no sentido de tentar influenciar o tomador de decisão em prol do interesse público, pois o representante do poder público (ex.: Presidente da República) pode, com o seu processo de *lobbying*, estar a defender interesses privados revestidos do rótulo de interesse público, em detrimento do interesse da sociedade como um todo.

Desta forma, constata-se que não é só o setor privado que faz *lobby*, podendo esse ser exercido pelo poder público. Nos EUA, país com tradição no *lobby*, existe o denominado e conhecido *lobby* Presidencial, desempenhado sob orientação direta do próprio presidente da República.

Além do *Federal Regulating of Lobbying Act*, publicado pelo Parlamento Federal norteamericano, o Poder Executivo Federal, através do Presidente da República, publicou, em 2009, o *Executive Order 13490* (EUA, 2009), com a especificação da conduta ética do pessoal do Poder Executivo Federal, enumerando as proibições de determinados comportamentos entre os funcionários federais e os lobistas, entre elas a proibição de recebimento de presentes, o período de quarentena após sair da agência do executivo, entre outros pontos. Esse é mais um sinal de que o governo estadunidense reconhece a existência da atividade do *lobbying* junto ao Poder Executivo, regulamentando o comportamento dos servidores públicos efetivos e temporários em relação aos representantes dos grupos de interesse, tentando, desta forma, de acordo com o *Presidential Memorandum – Lobbyist on Agency Boards and Commission* (EUA, 2010), a diminuição da influência desproporcional de alguns lobistas com acesso ao

governo, cuja aproximação não é disponível, nessa medida, para os demais cidadãos.

Apesar de não ter uma legislação no Brasil regulando o *lobby*, a Câmara dos Deputados mantém um banco de dados com o registro dos grupos que podem praticar a ação de *lobby* junto aos parlamentares da casa, de acordo com o Regimento Interno da casa, com o credenciamento de um representante na 1ª Secretaria da Mesa Diretora. Esses cadastros devem ser renovados a cada dois anos, a cada eleição da nova Mesa Diretora, podendo o representante (lobbista) inscrito prestar esclarecimentos específicos às comissões temáticas, às lideranças, aos deputados e ao órgão de assessoramento institucional. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011).

Apesar do Brasil não ter legislação específica sobre o tema, o *lobby* existe e é bastante atuante junto às esferas governamentais dos três poderes da República. A Câmara dos Deputados mantém uma lista das pessoas que atuam junto à Câmara baixa na qualidade de representante de interesses de terceiros, inclusive de interesses dos demais poderes. Em um estado democrático de direito, é ingenuidade acreditar que não existe influência interna e externa sobre as estruturas do Estado em busca de influenciar a regulação estatal, ao contrário, essa dinâmica de diálogo entre os diversos grupos de interesse e o ente estatal com a finalidade de influenciar o conteúdo da norma jurídica é indissociável ao processo democrático. Assim, a partir do próximo item será analisada a dinâmica dos grupos de interesse.

3.4.1 GOVERNO

Quando se fala sobre quem é capaz de exercer influência junto aos reguladores, é lugar comum falar nas empresas, nos grandes grupos econômicos nacionais e transnacionais, porém, em nosso país, quase não se lembra do governo como entidade

capaz de exercer pressão junto aos órgãos reguladores no intuito de influenciar a política regulatória. O governo, através de seus representantes, está apto a instaurar e dar andamento a um processo de *lobbying* junto aos tomadores de decisões responsáveis pela elaboração do arcabouço regulatório. No caso do presente estudo, interessa também a análise do *lobby* governamental junto às Agências Reguladoras independentes.

O governo como entidade exercente do *lobby* não é privilégio nosso. Em diversos países o governo o pratica de forma coordenada e permanente, inclusive mantendo estruturas organizadas no organograma administrativo. Aqui, no Brasil, não obstante não haver órgãos do executivo específicos e que reconheçam de forma pública o exercício do *lobby*, há sim a prática do processo de diálogo junto ao tomador de decisão com o intuito de influenciar as decisões com repercussão na seara econômica através da regulação.

E não podia ser diferente, haja vista, em uma sociedade democrática, o governo também tem o seu papel na elaboração de políticas públicas e, muitas vezes, essas políticas interpenetram no campo de atuação do órgão regulador, não podendo, por comando constitucional e legal, o governo invadir a esfera de competência reservada à entidade reguladora, restando, destarte, para desempenhar as suas atribuições, tentar influenciar o órgão regulador, através de fornecimento de informações, reuniões, assembleias públicas, entre outras formas de comunicação institucional, no sentido de expedir regulamentos que adotem o seu posicionamento.

A palavra *lobby*, conforme dito acima, adquiriu uma conotação pejorativa junto à sociedade a ponto dos políticos brasileiros “repudiarem” publicamente essa prática, não admitindo que são procurados por lobistas (privados ou públicos) e que eles próprios exercem o processo de *lobbying* junto ao Parlamento, ao Poder Executivo, ao Poder Judiciário, bem

como, em especial, junto às Agências Reguladoras. Se for feita uma busca no sítio eletrônico do governo federal pela expressão “lobby governamental”, o resultado da pesquisa será: “nenhum resultado foi encontrado”. Isso também não significa que o governo federal não faça o *lobby* institucional. Na verdade, isso apenas demonstra que o repúdio ao termo pela sociedade é tão forte que nenhum mandatário político quer correr o risco de se indispor com o seu eleitorado, em uma demonstração do poder da cultura nos comportamentos públicos das pessoas, em especial daquelas que estão expostas à sociedade, cuja penalidade por comportamento considerado inadequado pode ser a não reeleição do político, pelo menos em tese.

Para corroborar o acima exposto, colacionam-se algumas notícias publicadas no sítio eletrônico Portal Brasil, do governo federal, que mencionam o *lobby* como prática identificada com o poderio das grandes empresas e grupos econômicos que agem, segundo essa ótica, apenas com o objetivo do lucro, em detrimento do interesse público. Uma das notícias aludidas informa que o secretário de Política Agrícola do Ministério da Agricultura fora exonerado porque “estava envolvido em um esquema de lobby dentro do ministério, defendendo interesses de empresas privadas” (AGÊNCIA BRASIL, 2011a). Uma outra notícia alardeia que a balbúrdia criada em torno da compra dos aviões de caça pela Força Aérea Brasileira é resultado da movimentação das empresas que não estavam na concorrência, mas que gostariam de participar da mesma, de acordo com o pronunciamento do então Ministro da Defesa Nelson Jobim (AGÊNCIA BRASIL, 2011b). Esses são apenas dois exemplos dos vários encontrados sobre a ótica oficial do governo federal sobre o *lobby*.

Não obstante esse posicionamento oficial contra a prática do *lobbying*, o governo federal o pratica, quer através de pronunciamentos na mídia do Presidente da República, quer quando

o mandatário supremo do país participa de palestras, reuniões com o setor produtivo, com os sindicatos, com organizações não governamentais, em mensagens enviadas ao Parlamento etc. Como bem lembrado por Lemos (1986, p. 14), o *lobby* presidencial é bastante conhecido e praticado abertamente nos Estados Unidos da América, quando o Presidente da República encabeça uma agenda a ser seguida pelo governo. Um dos exemplos mais recentes, foi o engajamento do presidente Obama na aprovação do novo plano *medicare*, que recebeu a proposta o nome de ObamaCare³² (OBAMACAREFACTS, 2015). De acordo com o noticiado na imprensa norte-americana e mundial, o Presidente Obama instituiu (CASTRO, 2015) e defendeu pessoal e publicamente o projeto de reforma no sistema de saúde norte-americano junto ao Congresso Norte-americano.

O *lobby* do governo é amplamente utilizado, por vários países, em especial no comércio internacional, no qual cada país tenta angariar, manter ou aumentar a parcela do mercado internacional para os seus produtos. Em episódio recente, envolvendo o mercado interno norte-americano de carne bovina, o governo brasileiro, através de sua embaixada em Washington, realizou 14 reuniões com membros do Departamento de Agricultura dos EUA (USDA), bem como enviaram mais de 70 cartas a alguns parlamentares, conforme noticiado no jornal Valor Econômico (MENDES, 2015). Ademais, a presidente Dilma também participou desse processo de convencimento das autoridades (*decision-makers*) norte-americanas quando em visita aos EUA, ainda de acordo com a edição *on line* de 18/12/2015 do jornal Valor.

32 *The Affordable Care Act (ACA), officially called The Patient Protection and Affordable Care Act (PPACA) and sometimes called ObamaCare, is a US law that reforms both the healthcare and health insurance industries in America.*

O *lobby* não está apenas a serviço das empresas de capital privado, mas também das empresas “estatais” de capital aberto, como a Petrobrás e a Embraer³³. Em janeiro de 2003, o então Presidente da República do Brasil, Lula (EMBRAER, 2003), foi noticiado como usuário do moderno avião *Legacy*, em uma das suas viagens à Europa como mandatário do Estado brasileiro, no intuito claro de promover o produto da empresa brasileira junto aos seus clientes e potenciais usuários.

Um outro exemplo de *lobby* exercido por entidades estatais, que não o líder do Poder Executivo, é o caso da Lei n.º 12.850/2013, que trata das organizações criminosas. Após o processo do caso Mensalão, o Ministério Público começou a fazer campanha junto à sociedade e ao Parlamento para a aprovação da mencionada lei, já que com o ordenamento jurídico vigente à época das investigações e do processo que culminou na Ação Penal 470, que tramitou no STF, não houve elementos de prova e ausência de previsão legal que facilitasse, ao titular da ação penal pública, investigar e encontrar provas mais robustas e com mais agilidade para propor a ação penal. Por isso, o Ministério Público promoveu o *lobby* (Valor³, 2016) que resultou na aprovação da Lei n.º 12.850/2013, na qual há a previsão da figura jurídica da colaboração premiada, tão utilizada no caso famoso que veio à tona após o processo do mensalão, denominado de Lava-Jato, que continua em curso até o presente momento no Poder Judiciário Federal.

Ex-Presidentes da República, ou outras ex-autoridades, também podem desempenhar a atividade de *lobbying*. Um exemplo é o do ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva que, após cumprir o seu segundo mandato como Presidente da República, abriu um instituto denominado de Instituto Lula,

33 Tanto a Petrobrás quanto a Embraer são sociedades de economia mista, tendo como acionista majoritário a União Federal.

através do qual profere palestras em vários pontos do mundo. Recentemente, segundo noticiado por vários jornais, entre eles o Valor Econômico (VIEIRA, 2015), o referido instituto recebeu R\$27 milhões, entre abril de 2011 e maio de 2015, a título de remuneração das palestras, sendo, deste total, R\$10 milhões oriundos de pagamentos feitos pela empreiteira Odebrecht, empresa ganhadora de algumas licitações de grandes obras de infraestrutura e que vem sendo investigada na operação Lava-Jato. De acordo com a notícia jornalística referida, a empresa Odebrecht mantém uma relação institucional transparente com o Instituto Lula para promover as potencialidades do Brasil e de suas empresas no exterior, da forma como presidentes e ex-presidentes de outros países, a exemplo da França, Estados Unidos e Espanha, que promovem a divulgação das empresas de seus respectivos países no comércio global.

3.4.2 AGENTES ECONÔMICOS

O Estado e a empresa estão em constante relacionamento, inter-relacionando-se constantemente dentro do regime democrático. Os sujeitos mencionados se inter-relacionam através da atuação de representantes dos interesses das empresas perante o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. No presente trabalho, analisar-se-á a forma de atuação desses representantes perante as Agências Reguladoras, inseridas no ordenamento jurídico brasileiro a partir dos anos 1990.

Assim, através do *lobby*, os interessados em influenciar a elaboração das normas estatais atuam por intermédio de representantes perante o regulador. Conforme já visto, o *lobby* é, para Barros (1991, p. 41), a “ação sistemática de influenciar o poder público com vistas a obter políticas favoráveis a seu grupo [...], e impedir a adoção de políticas desfavoráveis a eles”. Pode ser individual ou coletivo e envolve um processo complexo que

vai muito além do exercício do direito democrático de falar e de ser ouvido e de ter seus interesses legítimos acatados pelo Estado (ANGARITA, 2013, p. 68).

Há o *lobby* legítimo, que busca a implementação de direitos legítimos de determinado agente ou de determinado grupo de pressão. Essa atividade de representação é salutar na democracia, pois permite (ao menos de forma potencial) a participação de diversos setores na construção de políticas públicas. Esse tipo de *lobby* deve ser permitido e até incentivado, pois permite a participação de diversos segmentos da sociedade no exercício democrático de ser ouvido pelos poderes constituídos. Porém, há o *lobby* danoso, realizado por meios escusos, meios esses que formalmente podem ser enquadrados em corrupção, em abuso de poder econômico, crimes de responsabilidade, entre outros ilícitos. Além da questão formal mencionada, há também a representação de interesses que materialmente, no seu conteúdo, são maléficos para a sociedade, e esse tipo de *lobby* é o que captura o regulador no sentido de garantir reserva de mercado para o interessado, com a adoção de medidas que desestimulam a concorrência leal e a livre iniciativa, essas últimas salutares em uma democracia.

Os representantes estatais admitindo ou não a existência de *lobby*, a verdade é que ele existe, fazendo parte da dinâmica democrática da tentativa dos grupos de interesse de informar a formulação das políticas públicas. O problema reside na forma como essa representação de interesses de grupos de pressão é feita, bem como na legitimidade do interesse representado, podendo a forma se identificar com condutas tipificadas em lei como crimes, e a legitimidade do interesse representado com conteúdos prejudiciais à sociedade, tais como a finalidade de impedir, ou de dificultar, a livre concorrência e a igualdade de condições em processos de licitação, entre outros interesses contrários ao interesse público.

Os tomadores de decisão que são representantes do Estado, conforme lembrado por Angarita (2013, p. 69), nas sociedades atuais, utilizam-se das ideias, opiniões, dados, estudos elaborados pelos representantes dos grupos de pressão, mesmo sabendo que esses dados são parciais, para subsidiarem as suas decisões, tornando, desta forma, esses grupos de interesse, em interlocutores.

Por esse viés, o *lobby* pode ser entendido como “a organização e a operação de um ‘eficiente canal de informações de mão dupla’, entre a entidade que o apropria e o setor do poder que focaliza” (LEMOS, 1988, p. 49).

A forma mais simples e mais frequente do *lobby* é a individual e é realizada por uma empresa ou por um grupo econômico cuja representatividade não se aproxima de uma prática democrática autêntica, ao contrário, nega a expressão dos valores democráticos. A forma mais complexa do *lobby* é alcançada quando exercido coletivamente por grupos de pressão. Assim, quando exercido por grupos de pressão no sentido de informar a formulação de políticas públicas, se enquadra na expressão democrática. Ao contrário, quando exercido no intuito de influenciar o regulador a adotar medidas direcionadas apenas ao interesse particular, contribuindo para a eliminação dos valores democráticos de uma sociedade livre, tais como a livre concorrência, a concorrência leal, igualdade de condições entre os participantes, não pode ser enquadrado como um processo legítimo de influência do regulador. Quando isso acontece, ocorre a captura do agente regulador (que pode ser o Poder Legislativo, ou, no caso da presente dissertação, os dirigentes das agências reguladoras), em prol dos interesses do agente ou do grupo de interesse em detrimento do bem comum.

Há quatro tipos de *lobby*: a) o *lobby* público, realizado por assessorias de assuntos parlamentares ou por departamentos de comunicação social dos ministérios, das agências reguladoras, ou de qualquer outro órgão público; b) *lobby* institucional,

desenvolvido por executivos especializados e colocados nos departamentos de assuntos institucionais das empresas; c) *lobby* classista, desempenhado através de entidades de classe; d) *lobby* privado, desempenhados por escritórios de *lobby* e de consultoria especialidades. (ANGARITA, 2013, p. 111).

Interessante observar que na dinâmica do relacionamento entre empresa e Estado, esses dois entes se inter-relacionam mutuamente em suas relações usuais, podendo um desses entes usurpar essas relações. Nesse sentido, Angarita (2013, p. 74) afirma que “as relações de interdependência são pendulares”, ora oscilando no sentido da privatização do Estado, ora no sentido da publicização da empresa.

Constata-se, pelo exposto, que as empresas podem se organizar em torno de um grupo de interesse, para, em conjunto, envidar esforços para capturar o regulador. Essa ação coordenada é geralmente feita através do processo do *lobbying*, com o uso de representante (lobista) junto à autoridade pública com competência legal para tomar as decisões, ou seja, elaborar a norma jurídica que regulará o setor econômico no qual atuam as empresas do grupo de pressão, de acordo com a hipótese defendida neste livro, a regulação realizada pelas agências reguladoras, não obstante ser desenvolvida por especialistas (regulação técnica), não está imune à influência do poder político e/ou econômico. Na realidade, assim como no modelo anterior, quem detiver poder político e/ou econômico poderá influenciar a regulação econômica setorial, pois, o Estado é utilizado por quem detém o poder político e/ou econômico para a expedição da regulação em seu benefício, ou seja, em benefício do detentor do poder referido (pessoa ou grupos de interesse), determinando a política regulatória da Agência Regulatória, utilizando-se, por conseguinte, do Direito como instrumento garantidor dos interesses dos grupos com poder, com força capaz de determinar o conteúdo das normas expedidas pelo Estado.

3.4.3 USUÁRIOS/CIDADÃOS

Os usuários, ou consumidores dos serviços prestados pelas concessionárias de serviços públicos, também podem se organizar em grupos de interesses com o objetivo de tentar influenciar o regulador.

Essa reunião em grupo não é uma tarefa fácil para os usuários, haja vista o elevado custo de transação para reunir todas as informações necessárias, contratar especialistas para analisar as informações prestadas pelas empresas reguladas e informações fornecidas pelas Agências Reguladoras, pois, em regra, os dados contidos nos documentos depositados nas agências são altamente especializados, não sendo de fácil acesso ao leigo, necessitando, para uma interpretação adequada dos dados, de profissionais especializados, o que não é barato para o usuário individual, que, ordinariamente, não detém tal conhecimento técnico.

Uma estratégia para diluir o custo de transação, é a constituição de grupos de interesse dos usuários, mormente através de associações de defesa dos interesses comuns, Organizações Não Governamentais – ONGs etc. Através da formação desses grupos compostos por indivíduos que detêm interesses em comum, dilui-se o custo de transação, bem como o grupo pode ganhar poderio econômico e político para fazer a pressão junto ao órgão regulador visando influenciar a regulação a ser adotada pela Agência Reguladora, ou, se não conseguir introduzir o seu pleito na agenda regulatória da Agência Reguladora, pelo menos pode tentar evitar a adoção de medidas que prejudiquem o grupo.

O grupo de interesse pode exercer diretamente a sua ação de *lobbying* junto ao regulador, participando de audiências públicas, enviando pesquisas com dados sobre o serviço, audiências diretas com os membros da agência, ou, através da contratação

de profissional capacitado na intermediação de interesses, o lobista. Costuma ser mais eficiente, para qualquer grupo de interesse existente na sociedade, a contratação de lobista (pessoa física ou jurídica) para representar os seus interesses junto ao regulador, por saber o lobista os canais e as ações mais adequadas na defesa dos interesses de seus clientes.

No Brasil há vários grupos de interesse organizados, entre elas: IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (2016); PROTESTE – Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (2016); ADUSEPS – Associação de Defesa dos Usuários Seg. Planos e Sistemas de Saúde (2016) etc.

Os dados colacionados neste estudo demonstram as dificuldades do grupo de pressão, ou grupo de interesse que representa os consumidores, os usuários dos serviços concedidos, diante da profissionalização e do poder econômico do grupo de interesse que representa o setor regulado, ou diante do grupo de interesse representante do governo. É extremamente difícil e custoso para os consumidores acompanhar toda a tramitação das propostas de regulação nas Agências Reguladoras, mesmo através de associações criadas especificamente para esses fins. Na ANEEL, estudo realizado por Silva e Filho (2008, p. 20), demonstrou o desequilíbrio existente entre a quantidade de propostas ofertadas pelos grupos, bem como na diferença existente entre as propostas aceitas pela agência referida, com larga diferença em favor das propostas apresentadas pelas empresas do setor regulado. Esses dados corroboram a hipótese do presente trabalho, demonstrando que o grupo, ou os grupos mais fortes, utilizam o Estado para a expedição de normas jurídicas em favor dos seus interesses, cooptando a regulação, independente dela ser feita pelas Agências Reguladoras, ou pelo Poder Executivo e seus Ministérios, ou pelo Poder Legislativo.

3.5 A LÓGICA DE AÇÃO DOS GRUPOS DE INTERESSE

Adam Smith, na Riqueza das Nações, defende a ideia de que o interesse individual que move cada indivíduo é a chave para a riqueza dos indivíduos e, por conseguinte, das nações, haja vista que o resultado do somatório do esforço individual tem impacto positivo na formação da riqueza do país.

Porém, o indivíduo sozinho, mesmo o mais rico cidadão de um determinado país, em geral, não tem força política para influenciar a política regulatória. Para conseguir a força política necessária para influenciar a regulação, o caminho comumente utilizado é a formação de grupo de pessoas com os mesmos interesses para fazer pressão junto ao regulador. Não obstante essa percepção de que agrupados em grupo os indivíduos ganham mais visibilidade e poder político para influenciar as políticas regulatórias, por que não há a formação de vários grupos de interesse pelo país afora, em especial os grupos ligados aos interesses dos cidadãos, dos consumidores? Por que e em quais circunstâncias os indivíduos se organizam em grupos e agem em prol de um interesse caro ao grupo? Basta a percepção de um interesse comum para a organização de um grupo de interesse?

Para Mancur Olson (1999, p. 13 e 63) não basta ter um interesse em comum para que os indivíduos, ou as empresas, se unam em um determinado grupo ou associação, para a promoção desse interesse comum. Para ele, será necessário que o número de indivíduos do grupo seja pequeno, ou que haja alguma coerção ou algum outro dispositivo especial que faça as pessoas agirem em interesse próprio. Caso contrário, os indivíduos racionais não agirão para atingir seus interesses comuns ou grupais, pois, sendo o interesse comum, os não participantes do grupo poderão se beneficiar da regulação influenciada pela atuação dos demais integrantes do grupo, em um efeito

chamado de carona³⁴, beneficiando-se sem ter o custo de participar. Conforme visto no item anterior do presente capítulo, a teoria da regulação econômica desenvolvida por Stigler apresenta uma explicação de como a regulação estatal é capturada pela indústria, que exerce o seu poder de influência para a realização de regulação em benefício de algum setor que detenha poder político para tanto.

De acordo com a teoria desenvolvida por Stigler, a regulação é concebida e operada fundamentalmente em benefício da indústria regulada, que a adquire, pois essa seria a forma mais eficiente de preservar a sua participação no mercado a um menor custo possível.

Ainda de acordo com Stigler (2004, p. 25), o problema essencial da regulação “é o de descobrir quando e por que uma indústria (ou outro grupo de pessoas que pensam da mesma forma) é capaz de usar o Estado para seus propósitos, ou é escolhida pelo Estado para ser usada em proveito de outros”. Assim, de acordo com o formulador da teoria da regulação econômica, uma indústria, ou um determinado grupo de pessoas com interesses em comum (corporação profissional, por exemplo), é capaz de usar o Estado, ou a sua máquina, para os seus propósitos, ou, ainda, é escolhida pelo Estado para ser usada em benefício de outros. Por uma dessas duas formas ocorre a captura do regulador, ou para favorecer uma indústria, ou um grupo com interesses em comum.

Para James Q. Wilson (1989, p. 76), a agência reguladora beneficiará a indústria que se organizar em grupo para fazer pressão política. De acordo com a relação entre custos e benefícios, os grupos pequenos e coesos tem uma tendência maior a se organizar para exercer pressão junto ao regulador, já que o custo é menor em relação aos benefícios oriundos da regulação

34 *Free-riders*.

capturada, tendo, assim, maiores incentivos na mobilização para fazer a pressão junto às Agências Reguladoras, ao contrário dos consumidores, cujo custo individual na criação e mobilização de grupo de interesse costuma ser maior do que os benefícios advindos, haja vista que o número de consumidores é bem maior do que o das empresas reguladas, sendo bastante custosa a mobilização para a criação de grupo organizado com o fito de fazer pressão/lobby junto à entidade reguladora. Assim, os consumidores, por representarem grupos maiores numericamente e mais difusos do que os grupos das empresas reguladas, têm um custo de organização e de especialização bastante altos, o que desencoraja, ou dificulta, a organização de grupos de interesse coesos o suficiente para trabalhar de forma eficiente junto aos reguladores no sentido de influenciar a regulação.

Silva e Filho (2008, p. 18-19) fizeram uma análise de vários relatórios das audiências públicas realizadas pela ANEEL no ano de 2006, em um total de 233 audiências. Do total das audiências, havia relatórios consolidados de 118 delas. Material esse analisado pelos pesquisadores para averiguar o grau de influência de cada ator no resultado final da regulação.

Em relação a quem participa das audiências, eis o perfil:

Categoria	Participantes		Contribuições	
	Porcentagem	Valor Absoluto	Porcentagem	Valor Absoluto
Produtores	47,31%	4400	73,47%	2335
Consumidores	22,49%	2092	8,12%	258
Poder Público	11,40%	1060	2,93%	93
Outros	14,56%	1354	11,89%	378
Sem Identificação	4,24%	394	3,59%	114
Total	100,00%	9300	100,00%	3178

Fonte: Silva e Filho (2008, p. 19).

Percebe-se pelos dados recolhidos na ANEEL por Silva e Filho que os produtores, ou seja, os regulados, são em maior número entre os participantes (47,31%), seguidos pelos consumidores (22,49%), outros (14,56%), Poder Público (11,40%) e pelos sem identificação (4,24%). Os pesquisadores analisaram, também, os documentos enviados como sugestão para a matéria analisada pela ANEEL e constatou-se que do total das contribuições de todas as audiências, 73,47% foram oriundas dos agentes regulados, sendo dos consumidores apenas 8,12% dos documentos (SILVA; FILHO, 2008, p. 19).

Os pesquisadores mencionados também analisaram o percentual de aceitação das propostas apresentadas nas audiências públicas, por categoria, que resultou na tabela abaixo:

Tabela contendo Análise das Contrições por Categoria

			Categoria					Total
			Produtor	Consumidor	Poder Público	Outros	Sem identificação	
Resultado alcançado	Aceita	Valor bruto	2594	126	189	62	68	3039
		%	26,7%	19,9%	38,1%	15,7%	26,9%	26,6%
	Parcialmente Aceita	Valor bruto	1306	99	83	44	32	1564
		%	13,4%	15,7%	16,7%	11,2%	12,6%	13,6%
	Rejeitada	Valor bruto	4915	317	175	243	131	5781
		%	50,6%	50,2%	35,3%	61,7%	51,8%	50,3%
Esclarecimento	Valor bruto	897	90	49	45	22	1103	
	%	9,2%	14,2%	9,9%	11,4%	8,7%	9,6%	
Total	Valor bruto	9712	632	496	394	253	11487	
	%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	

Fonte: Silva e Filho (2008, p. 20).

Em relação à análise das contribuições por categoria, constatou-se que 26,70% das contribuições dos regulados são aceitas, ao passo que 19,90% das contribuições dos consumidores são aceitas, demonstrando uma efetividade maior na influência da política regulatória na ANEEL por parte do grupo mais coeso e melhor organizado, ou seja, do grupo dos regulados, conforme teoria defendida por Wilson, isto é, que os entes que tiverem maior incentivo (melhor relação entre custos e benefícios de

se organizar em grupos de interesse para fazer pressão junto ao regulador) se organizarão em grupos para pressionar, ou influenciar, a regulação, exercendo, desta forma, maior poder político junto ao regulador na matéria que lhes interessam.

Um outro grupo de interesse que se evidencia como bom articulador na seara do *lobby* é o composto pela indústria petrolífera norte-americana. Ela desempenha a atividade de *lobby* de forma bastante contundente, pois, apesar dos esforços para o desenvolvimento e uso de energias renováveis e menos poluentes do que os derivados do petróleo, ela ainda é beneficiária de benefícios bilionários. De acordo com dados colhidos por Posner (2011), a indústria petrolífera norte-americana recebe, por ano, de valor agregado pelos subsídios, o equivalente a US\$ 5 bilhões ao ano, quase o que a indústria paga em taxas federais – US\$ 5,7 bilhões. O lucro total da indústria aludida é de mais de US\$ 30 bilhões. O governo Obama tentou reduzir US\$ 2 bilhões nos subsídios, porém não obteve êxito.

Na regulação levada a cabo pelas Agências Reguladoras, Richard Posner (1974, p. 342) constatou que houve alterações no propósito inicial do programa regulatório, em prol dos grupos de interesse, a exemplo do defendido pelos cientistas políticos Bentley e Truman. Tudo indica, pelos estudos sobre regulação, que a captura tende a ocorrer, mormente em países democráticos, nos quais os grupos de pressão têm liberdade para atuar, podendo, desta forma, influenciar a regulação. Posner chama atenção para um fato que pode ser utilizado para a explicação da preferência pela adoção das Agências Reguladoras, já que antes a regulação econômica setorial era exercida apenas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. Aborda ele (POSNER, 2011, p. 339-340) a questão do “custo de barganha”, que cresce consideravelmente de acordo com o incremento do número de negociadores. Desta forma, como o parlamento é composto por diversos negociadores

(*bargainers*), o custo da negociação de uma legislação favorável a algum grupo de interesse é extremamente elevado, o que levou à delegação de competência às Agências Reguladoras.

Conclui-se, de acordo com o exposto acima, que quanto menor a quantidade de negociadores, ou tomadores de decisão, menor é o custo de transação do grupo de pressão.

Destarte, menos onerosa é a negociação, diálogo, *lobbying*, com a direção colegiada de uma Agência Reguladora do que com o Parlamento, que possui número consideravelmente maior e procedimentos internos (diversas comissões temáticas, Comissão de Constituição e Justiça, Plenário etc.) mais complexos do que as Agências Reguladoras. Com essa experiência teórica e empírica documentada nos Estados Unidos da América, pode-se afirmar que também esse aspecto, isto é, o do crescimento do custo de transação diante do número de pessoas com capacidade de decidir, de tomar decisões, como acontece no parlamento, ocorre no Brasil. É menos custoso lidar com um órgão estatal com competência legal para expedir os regulamentos de determinado setor econômico, órgão colegiado esse cuja diretoria, responsável pela política regulatória, é composta por poucas pessoas. Esse aspecto certamente influenciou na inserção dessa recomendação no consenso de Washington, que traçou regras para a reforma administrativa dos países da América Latina, em especial os da América do Sul, nos idos da década de 1990, período no qual os países desse continente passavam por uma grave crise fiscal, que os impedia de fazer investimentos em infraestrutura, bem como impossibilitava o atendimento por parte do Estado dos direitos fundamentais reclamados pelos seus cidadãos.

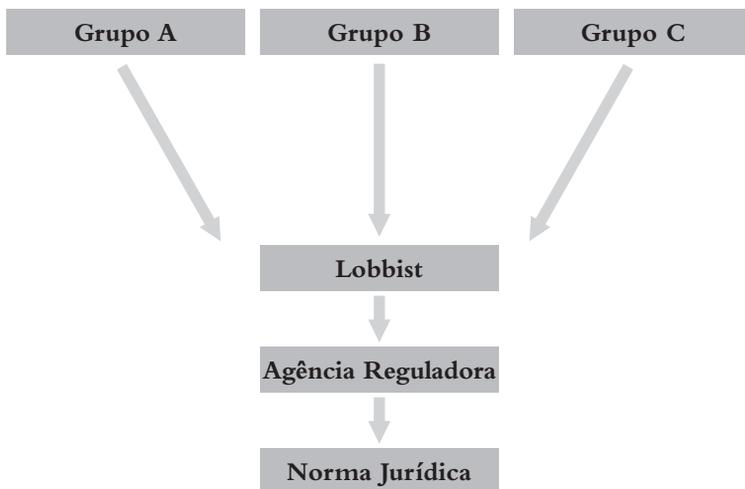
Assim sendo, é menos oneroso para os grupos de interesses, ou para determinadas pessoas com poder político e/ou econômico, influenciar um grupo pequeno responsável pela regulação econômica, do que um órgão colegiado maior. Em

um mundo globalizado e conectado, as mudanças ocorrem em uma velocidade incrível, nunca vista em outra época da história da humanidade, não sendo mais interessante e eficaz a manutenção das políticas de regulação econômica nas mãos do Poder Legislativo, cuja composição e formatação dos seus processos e procedimentos impedem a tomada célere de decisões. Essa demora na tomada de decisão não se coaduna mais com os tempos modernos velozes, cuja corrida frenética contra o tempo é constante e a demora na aprovação de uma determinada lei pode acarretar na perda da janela de oportunidade no mundo dos negócios.

Diante disso, a realidade demandava novas soluções, em especial em relação à função regulatória desempenhada pelo Estado, e, como resposta, diante da experiência acumulada com grandes órgãos tomadores de decisões, que se mostraram ineficientes e altamente onerosos, a solução encontrada foi a regulação passar a ser exercida por órgãos colegiados menores, detentores de independência frente aos poderes do Estado na sua seara constitucional, com competência para a expedição de normas vinculantes para os respectivos setores econômicos, podendo, desta forma, o detentor do poder político (grupos de interesses), através desses órgãos, denominados de agências reguladoras, desenvolver a política regulatória de forma mais eficaz e eficiente.

O fenômeno da captura dos reguladores pelos grupos de interesse é complexo e dinâmico, com variáveis múltiplas, porém, apesar dessa complexidade, é possível traçar em um modelo gráfico os aspectos comuns, independente do grupo de interesse no processo de convencimento do ente regulador.

Eis, a seguir, o fluxograma que ilustra os aspectos comuns encontrados no *lobbying* que resulta na captura do ente regulador:



Fonte: Luiz Guedes da Luz Neto.

Na parte de cima da representação gráfica encontram-se os grupos de interesse, representados por “Grupo A”, “Grupo B” e “Grupo C”. Não há limitação numérica desses grupos, podendo existir tantos grupos quanto os interesses em comum existentes na sociedade e com capacidade de aglutinação em torno do interesse para organizar uma estratégia de aproximação tendente a influenciar o órgão regulador estatal. Os referidos grupos não são estanques, podendo dialogar entre si, se isso for interessante para as suas estratégias, para exercer, em conjunto, o processo de *lobbying* junto ao ente estatal com competência legislativa para elaborar a regulação.

O grupo de pressão, com os seus membros organizados em torno de um interesse comum, geralmente não tem capacitação e acesso ao órgão regulador por conta própria, necessitando, para isso, de alguém com essa habilitação e acesso, denominado de lobista, que pode ser uma pessoa ou uma empresa especializada. O lobista, que desenvolve o *lobby* como atividade profissional, será o representante dos interesses do seu cliente

junto ao órgão estatal regulador, no caso do presente livro, o órgão estatal é a Agência Reguladora. O esforço do *lobby* junto à Agência Reguladora será no sentido de influenciar o regulador a expedir norma jurídica contemplando os interesses específicos do seu cliente, que podem variar em espécies, entre elas o controle de preços, especificações técnicas do produto ou do serviço ofertado, fixação de condições financeiras, técnicas, entre outras, para o ingresso de determinada empresa nova no setor regulado etc.

De acordo com a conjugação das teorias de Stigler, *teoria econômica da regulação*, e de Duguít, que defende que o Estado não tem vontade própria, mas sim é um instrumento para a exteriorização e legitimação da vontade do “grupo mais forte” da sociedade, que impõe a sua vontade ao restante da sociedade, o presente estudo defende a tese de que as Agências Reguladoras são utilizadas pelos grupos de interesse com poder político e/ou econômico maior (mais forte) na sociedade para ditar o conteúdo da regulação em favor de quem detém o referido poder, utilizando o ente estatal (Agência Reguladora) para a expedição de normas jurídicas cogentes e com eficácia *erga omnes*, haja vista que o Estado é o único que detém a legitimidade do uso da força, da violência, no sistema jurídico. Diante disso, a regulação está fadada à cooptação pelo grupo, ou pelos grupos, de maior poder dentro do Estado.

CONCLUSÃO

Na busca da resposta para o problema de pesquisa proposto no presente trabalho, foi necessário analisar a relação entre a regulação e as tipologias do Estado, abordar os modelos econômicos adotados pelo Estado moderno, desde o período do feudalismo até os dias atuais, a origem das Agências Reguladoras, os modelos adotados nos EUA e na Europa, os grupos de pressão e a dinâmica desses grupos através do processo de *lobbying* junto aos reguladores.

A regulação, através do Direito, surgiu com o Estado, na Antiguidade, e, como não podia deixar de ser, acompanhou o Estado ao longo de sua evolução. Interessou à pesquisa o Estado moderno, surgido a partir do período feudal, no qual a Soberania Estatal ganhou força, distanciando-se do poder papal e dos reis com o surgimento da administração pública no sentido weberiano. Isso ocorreu com a burguesia pleiteando e conquistando poder político, depois de obter sucesso no campo econômico, em especial com o desenvolvimento mercantil. Analisou-se também a tipologia dos Estados, do Estado positivo, ou interventor, passando pelo liberal (no sentido econômico do termo), pelo Estado do Bem-estar, até chegar ao modelo hoje em voga, o Estado regulador. Constatou-se que, independente

do modelo do Estado, todos intervieram no setor econômico, quer diretamente, através da exploração de atividades produtivas por empresas estatais e/ou sociedade de economia mista, quer de forma indireta na atividade produtiva (porém direta no domínio econômico), através da regulação direta dos setores econômicos, passando a encampar o desenvolvimento direto de atividade produtiva por exceção, dentro das regras previstas na Constituição.

Verificou-se, ainda, as principais teorias econômicas da regulação que dão suporte teórico para o estudo do problema de pesquisa com vistas a ratificar ou não a hipótese defendida. Depois, para a compreensão da dinâmica dos grupos de pressão (ou grupos de interesse) junto ao ente regulador, estudou-se o *lobby*, com suas características, forma de organização, a origem do termo e os países nos quais se desenvolve a atividade de *lobbying* há mais tempo no mundo ocidental, Inglaterra e Estados Unidos da América.

Os dados colhidos em relação à ANATEL, à ANAC e ao governo federal apontam para o desempenho da ação de *lobbying* pelo setor público, ao contrário da crença da sociedade de que apenas o setor privado costuma fazer *lobby*.

Conforme analisado, o *lobby*, como todo e qualquer instrumento de participação de grupos econômicos ou sociais, pode ser utilizado, em tese, tanto para o alcance do interesse público, quanto para o pleito de interesses particulares. Apesar de não ter sido o objeto principal da presente pesquisa, foi necessário o estudo do processo de *lobbying*, de como ele é conceituado, seus participantes, espectro de atuação, para se compreender a dinâmica dos grupos de pressão junto às Agências Reguladoras em busca da *captura* do regulador. Voltando ao problema de pesquisa: por que a regulação realizada pelas agências reguladoras não apresenta o nível de eficiência prometido na reforma do Estado da década de 1990, já que é exercida por *experts* de cada

área regulada, em tese isentos da influência política? Quando da reforma administrativa realizada na década de 1990, propagou-se a ideia de que o formato burocrático de Estado estava fadado ao insucesso, ultrapassado pelos fatos sociais, cuja prova seria o enorme custo de financiamento da máquina pública, mormente diante da sua ineficiência, com respostas demoradas e inadequadas às demandas da sociedade. Para adequar o aparelho estatal aos novos tempos, foi proposta reforma administrativa ampla, alterando-se a estrutura interna do Estado, mudando-se rotinas, implementando-se a denominada administração pública gerencial, em substituição à administração pública burocrática, advinda, esta última, do começo do Século XX. Entre as medidas propostas, estava a transferência da regulação econômica setorial do Poder Legislativo, e, em especial, do Poder Executivo (Chefe do Poder e Ministérios), para as agências independentes, detentoras de uma autonomia especial diante do chefe do Poder Executivo, não obstante serem classificadas como autarquias. A tese defendida na ocasião era de que, além de demorada e ineficiente a resposta do Estado naquele modelo administrativo, a regulação sofria uma enorme influência direta do governante do momento, bem como dos partidos políticos e setor econômico interessado, mudando a regulação ao sabor dos ventos oriundos dessa pressão, gerando insegurança jurídica aos investidores, bem como atingindo diretamente o interesse da sociedade de ser atendida por bons serviços públicos, ou por bons serviços de caráter público.

As Agências Reguladoras independentes foram criadas e instaladas no Brasil, através de leis específicas, no âmbito federal, passando a exercer a regulação econômica setorial, bem como fiscalizando o cumprimento das normas pelos regulados. Passados mais de vinte anos da reforma administrativa, percebeu-se que a promessa feita no idos da década de 1990 não fora concretizada no mundo fático, permanecendo, a sua pretensa

eficiência, no campo teórico e da dicção legal. Ao contrário do apregoado pelos defensores da reforma administrativa, o simples fato de organizar um órgão específico, composto por dirigentes com formação técnica na área e de reputação ilibada, não era suficiente para torná-lo isento ao fenômeno da captura, da influência política e econômica dos diversos setores da sociedade, continuando, assim, a ocorrer a captura do ente regulador.

A captura é um fenômeno que acompanha o Estado desde a sua criação, pois, a vontade emanada do sistema legal não é o consenso decorrente do somatório das vontades individuais dos membros da sociedade. Ao contrário, a norma jurídica reflete a vontade do grupo que detém poder político e/ou econômico com força suficiente para determinar o conteúdo da norma, utilizando o Estado como o único ente com legitimidade para o uso da violência, da força, para a expedição da norma jurídica que será aplicada, de forma cogente, a todos os seus destinatários, inclusive limitando a atuação do próprio Estado.

Assim, não há como evitar a captura do regulador, já que a dinâmica dos grupos de interesse que compõem a sociedade é contínua, com os diversos grupos buscando a todo momento um maior espaço na arena denominada de Agência Reguladora, com a finalidade de influenciar o tomador de decisões a adotar medidas que beneficiem o grupo com maior poder de influência, ou, a influência pode se operacionalizar no sentido de evitar que medidas danosas a um determinado grupo, que detém maior poder, sejam adotadas.

Estudiosos do tema da regulação econômica e dos grupos de interesse defendem a tese de que quanto menor o número dos tomadores de decisões, ou seja, de reguladores, o custo de transação de influenciar e de convencer os *decision-makers* é menor à medida que diminui o número desses, servindo de explicação do deslocamento da competência do Parlamento, com número elevado de membros, para a nova arena após a

reforma do Estado, isto é, para as agências reguladoras, cujo corpo técnico tomador das decisões das políticas regulatórias é composto por um colegiado bem menor do que o encontrado na Câmara dos Deputados ou no Senado.

O referencial teórico adotado na presente análise dá embasamento para a construção da hipótese proposta com o objetivo de responder ao problema desta pesquisa acima exposto. Ao conjugar a teoria econômica da regulação (da captura), de Stigler, e a definição de Estado proposta por Duguit, encontramos um ferramental teórico capaz de explicar o motivo pelo qual a reforma administrativa realizada, no Brasil, na década de 1990, mormente a relativa à implementação das Agências Reguladoras independentes, não logrou o êxito prometido pelos seus defensores internos e externos (organismos internacionais como OCDE, FMI e BIRD). Stigler, na teoria econômica da captura, defendia que a regulação, quando não nascia capturada pela indústria regulada, era capturada em outro momento, e Duguit defendia o conceito de Estado sem elemento volitivo próprio (Estado-fato), ou seja, que o agir do Estado era determinado pelo grupo com mais poder na sociedade, em síntese.

Assim, o Estado é utilizado pelos grupos de interesse com mais força na sociedade, quer força política, quer força econômica, quer as duas conjuntamente, para determinar o conteúdo das normas jurídicas que regularão os setores econômicos sob a esfera de competência das Agências Reguladoras. Os grupos de interesse utilizam o Estado pois este é o único ente jurídico titular do monopólio da força, da violência legítima, ou legitimada pelo Direito, com competência constitucional de expedir normas jurídicas abstratas e de eficácia *erga omnis*.

Ao utilizar o Estado para formular as políticas regulatórias, em especial junto às Agências Reguladoras, os grupos de interesse (aqueles que de fato detêm a força) demandam a

regulação como forma de proteção dos seus interesses, do interesse da indústria regulada, e não o contrário, como contido na propaganda realizada sobre as agências independentes quando da reforma administrativa da década de 1990, no Brasil. Assim, a regulação realizada pelas Agências Reguladoras, ou já nasce capturada pelos grupos de interesse, ou é capturada ao longo do ciclo de vida das referidas agências.

Desta forma, as teorias acima expostas, quando utilizadas de forma conjunta e complementar, fundamentam e corroboram a hipótese apresentada nesta pesquisa, qual seja, a regulação realizada pelas Agências Reguladoras, não obstante ser desenvolvida por especialistas (regulação técnica), não está imune à influência do poder político e/ou econômico. Na realidade, assim como no modelo anterior, quem detiver poder político e/ou econômico poderá influenciar a regulação econômica setorial, pois, o Estado é utilizado por quem detém o poder político e/ou econômico para a expedição da regulação em seu benefício, ou seja, em benefício do detentor do poder referido (pessoa ou grupos de interesse), determinando a política regulatória da Agência Regulatória, utilizando-se, por conseguinte, do Direito como instrumento garantidor dos interesses dos grupos com poder, com força capaz de determinar o conteúdo das normas expedidas pelo Estado. Eis o referencial teórico adotado na presente pesquisa para analisar e explicar a regulação realizada pelas Agências Reguladoras e o fenômeno da *Captura*.

Os dados empíricos apresentados nesta pesquisa confirmam a dinâmica dos grupos de interesse junto ao regulador com o intuito de influenciar a regulação, ratificando a hipótese, pois, nas audiências públicas realizadas pela ANEEL, percebe-se a adoção majoritária das propostas apresentadas pelas empresas reguladas, não obstante a participação, naquelas audiências, dos consumidores e das entidades representativas desses.

Destarte, após a análise teórica e empírica realizada nesta dissertação, conclui-se que a captura do regulador, notadamente das Agências Reguladoras, é resultado da dinâmica natural da vida em sociedade, mormente em um estado democrático de direito, no qual há grupos que compartilham interesses comuns em constante tensão, com a sobreposição dos interesses do grupo com mais força, com mais poder, sobre os demais grupos, e esse grupo, ou grupos de interesse com mais poder político e/ou econômico, utilizam o Estado, pois somente este detém legitimidade para o uso da força, para expedir normas jurídicas com eficácia *erga omnes* para preservar os seus interesses no território do Estado, garantindo, assim, através da regulação realizada pelas Agências Reguladoras, o controle e a reserva de mercado, pelos entes regulados, tendo como resultado mais segurança para o retorno dos seus investimentos do que deixando o mercado sem regulação.

REFERÊNCIAS³⁵

AGÊNCIA BRASIL. **Publicada nomeação de Carlos Vaz para Secretaria Executiva do Ministério da Agricultura.** 2011. Disponível em: <<<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2011/09/publicada-nomeacao-de-carlos-vaz-para-secretaria-executiva-do-ministerioda-agricultura>>>. Acesso em: 14 jan. 2016.

_____. **Nelson Jobim reafirma que escolha dos caças da FAB sai neste ano.** 2011b. Disponível em: <<<http://www.brasil.gov.br/defesa-e-seguranca/2011/01/nelson-jobimreafirma-que-escolha-dos-cacas-da-fab-sai-neste-ano>>>. Acesso em: 14 jan. 2016.

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.** Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

ANAC. **Resolução n.º 372, de 15 de dezembro de 2015.** Disponível em: <<<http://www2.anac.gov.br/biblioteca/resolucao/2015/RA2015-0372.pdf>>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

35 De acordo com a Associação Brasileira de Normas Técnicas. NBR 6023.

ANATEL. **Telefonia móvel – acessos**. 2015. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/dados/index.php?option=com_content&view=article&id=283>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

_____. **Estrutura dos grupos econômicos**. 2015b. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/setorregulado/index.php?option=com_content&view=article&id=371&Itemid=558>>. Acesso em: 29 set. 2015.

_____. **Receita Operacional Líquida SMP – 2000 a 2013**. 2015c. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/dados/index.php?option=com_content&view=article&layout=edit&id=256>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

_____. **Resolução nº 574, de 28 de outubro de 2011**. 2011a. Disponível em: <<<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2011>>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

_____. **Resolução nº 575, de 28 de outubro de 2011**. 2011b. Disponível em: <<<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2011>>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

_____. Resolução nº 654, de 13 de julho de 2015. 2015d. Disponível em: <<<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2015/829-resolucao-654#art4res>>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

ANGARITA, Antonio. **Estado e empresa: uma relação imbricada**. São Paulo: Direito FGV, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DO CONSUMIDOR – **PROTESTE**. Disponível em: <<<http://www.proteste.org.br/quem-somos>>>. Acesso em 31 jan. 2016.

ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DOS USUÁRIOS SEG. PLANOS E SISTEMAS DE SAÚDE -

ADUSEPS. Disponível em: <<http://www.apontador.com.br/local/pe/recife/associacoes_e_sindicatos/85WM5L8B/aduse_ps_associacao_defesa_usuarios_de_seg_planos_e_sistemas_de_saude.html>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

BAGATIN, Andreia Cristina. **Captura das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. *In*: FIGUEIREDO, Marcelo (Organizador). **Direito e Regulação** no Brasil e nos EUA. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Decreto n.º 2.617, de 5 de junho de 1998**. Dispõe sobre a composição do capital de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2617.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

_____. **Lei n.º 8.031, de 12 de abril de 1990.** Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm>>. Acesso em 03 ago. 2015.

_____. **Lei n.º 9.491, de 9 de setembro de 1997.** Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei n.º 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9491.htm>>. Acesso em: 03 ago. 2015.

_____. **Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996.** Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427cons.htm>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

_____. **Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n.º 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

_____. **Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

_____. **Lei n.º 9.635, de 15 de maio de 1998.** Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização de que trata a Lei n.º 9.491, de 9 de setembro de 1997, e dá outras

providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9635.htm>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

_____. **Lei n.º 9.700, de 12 de novembro de 1998.** Modifica dispositivo da Lei n.º 9.491, de 9 de setembro de 1997, que “altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei n.º 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9700.htm>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

_____. **Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999.** Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

_____. **Lei n.º 9.961/2000, de 28 de janeiro de 2000.** Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm>>. Acesso em: 03 ago. 2015.

_____. **Lei n.º 9.984 de 17 de julho de 2000.** Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9984.htm>>. Acesso em: 03 ago. 2015.

_____. **Lei n.º 10.233, de 5 de junho de 2001.** Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de

Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

_____. **Lei n.º 10.411, de 26 de fevereiro de 2002.** Altera e acresce dispositivos à Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/2002/L10411.htm>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

_____. **Medida provisória n.º 2.228, de 6 de setembro de 2001.** Cria a Agência Nacional do Cinema – ANCINE. Disponível em: << https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2228-1.htm>>. Acesso em: 5 ago. 2015.

_____. **Lei n.º 11.182, de 27 de setembro de 2005.** Cria a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

BREMMER, Ian. **O fim do livre mercado: quem vence a guerra entre estado e corporações?** São Paulo : Saraiva, 2011.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei nº 6.132-A, de 1990.** Disponível em: <<<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21283>>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

_____. **Grupos de interesse já participam dos trabalhos da Câmara.** Disponível em: <<<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/195093-GRUPOS-DE-INTERESSE-JA-PARTICIPAM-DOS-TRABALHOS-DA-CAMARA.html>>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

_____. **Quantos são e de que forma é definido o número de Deputados.** Disponível em: <<<http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/quantos-sao-e-de-que-forma-e-definido-onumero-de-deputados>>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

CASTRO, Gleise de. **Agentes engajados. Valor Econômico**, São Paulo. 06 Nov. 2015. Disponível em: <<<http://www.valor.com.br/brasil/4303598/agentes-engajados>>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito e poder: ensaio de epistemologia jurídica.** São Paulo: Saraiva, 1992.

CRUZ, Verônica. Estado e regulação: fundamentos teóricos. *In*: SEBBA RAMALHO, Pedro Ivo (org.). **Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório.** Brasília: Anvisa, 2009.

DOWNING, Larry. Chefe de gabinete da Casa Branca pede demissão: William Daley é o segundo titular do cargo que deixa o governo Obama. **Reuters/Veja**, 09 Jan. 2012. Disponível em: <<<http://veja.abril.com.br/noticia/mundo/chefe-de-gabinete-da-casa-branca-apresentarenuncia/>>>. Acesso em: 29 set. 2015.

DUGUIT, Léon. **Théorie générale de l'État. Le Droit et l'État – Les Libertés publiques. Organisation politique.** 3^a ed. Paris : Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie} Éditeurs, 1918.

_____, León. **Fundamentos do Direito.** Florianópolis : Letras Contemporâneas, 2004.

EMBRAER. **Presidente do Brasil usa Legacy da Embraer na Europa.** Disponível em: <<<http://www.embraer.com/pt-br/imprensaeventos/press-releases/noticias/paginas/>>>

presidentedo-brasil-usa-legacy-da-embraer-na-europa.aspx>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

EUA. Executive Order 13490 -- Ethics Commitments By Executive Branch Personnel. 2009. Disponível em: <<<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/ethics-commitmentsexecutive-branch-personnel>>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Presidential Memorandum--Lobbyists on Agency Boards and Commissions. 2010. Disponível em: <<<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/presidential-memorandumlobbyists-agency-boards-and-commissions>>>. Acesso em 11 jan. 2016.

FEIJÓ, Ricardo. **História do pensamento econômico: de Lao Zi a Robert Lucas**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FIGUEIREDO, Cândido. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 9ª ed. Lisboa : Livraria Bertrand, 1939, vol. I.

FILGUEIRAS, Fernando. Negócio da China. **Valor Econômico**. 15 Jan. 2016. Disponível em: <<<http://www.valor.com.br/politica/4393306/negocio-da-china>>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

FORBES. **The World's Biggest Public Companies**. Disponível em: <<<http://www.forbes.com/global2000/list/#tab:overall>>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

FRANÇA. **Constituição**. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque. **Pragmatismo e Direito**. Disponível em: <<<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/>>>

default/files/anexos/33330-42586-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

FREITAS, Lorena. **O realismo jurídico como pragmatismo: A retórica da tese realista de que o direito é o que os juízes dizem que é direito.** 1º dez. 2009. 166 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife. 2009.

FUNG, Archon. **Varieties of Participation in Complex Governance.** Disponível em: <<<http://www.archonfung.net/papers/FungVarietiesPAR.pdf>>>. Acesso em: 15 out. 2015.

GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. *In:* GUERRA, Sérgio (Org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

GIRÓN, Alicia. International Monetary Fund: From The Stability To The Instability Of The

Washington Consensus And The Reforms In Latin America. *In:* LECHINI, Gladys (Editor). **Globalization And The Washington Consensus – Its Influence On Democracy And Development In The South.** Buenos Aires : CLACSO, 2008.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval.** São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2014.

HEILBRONER, Robert L.; MILBERG, William. **A Construção Econômica da Sociedade,** 12ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2008.

HOUSE OF REPRESENTATIVES. **Lobbying Disclosure Act Guidance.** Disponível em: <<http://lobbyingdisclosure.house.gov/amended_lda_guide.html>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

HUNT, E. K. **História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

HUNT, E. K; SHERMAN, Howard J. **História do Pensamento Econômico**. 16ªed. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

IME **World Economic Outlook Database, October 2014**. Disponível em: <<<http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2014/02/weodata/download.aspx>>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - **IDEC**. Disponível em: <<<http://www.idec.org.br/o-idec/quem-somos>>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

JAKOBI, Karin Berget; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **A análise econômica do direito e a regulação do mercado de capitais**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Bauru: EDIPRO, 2003.

LAROUSSE, **Dicionário Larousse da língua portuguesa mini**. São Paulo : Larousse do Brasil, 2005.

LEMOS, Roberto Jenkins. **Lobby: direito democrático**. Porto Alegre: Sagra, 1986.

_____. **Lobby: direito democrático**. São Paulo: Sagra, 1988.

LEOPOLDINO DA FONSECA, Joao Bosco. **Direito Econômico**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LE GOFF, Jacques. **Para uma outra Idade Média: tempo, trabalho e cultura no Ocidente; 18 ensaios**. Rio de Janeiro : Vozes, 2013.

LIBRARY OF ECONOMICS AND LIBERTY. **The Concise Encyclopedia of Economics: George J. Stigler**. Disponível em: <<http://www.econlib.org/library/Enc/bios/Stigler.html>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

LODDI, João Bosco. **Lobby, os grupos de pressão**. São Paulo: Pioneira, 1986.

LUZ NETO, Luiz Guedes da. Tutela administrativa do consumidor no direito brasileiro. *In*: VASCONCELOS, Fernando Antônio de; RABAY GUERRA, Gustavo (Coord.). **Proteção Jurídica do Consumidor em Perspectiva Transversal**, João Pessoa: AREPB, 2014.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Série DDJ - Carl Schimitht e a Fundamentação do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador. *In*: MATTOS, Paulo Todescan (org.). **Regulação econômica e democracia: o debate europeu**. São Paulo: Singular, 2006.

_____, *Regulation Europe*. London: Routledge, 1996.

MARTIN, Mitchell. **Citicorp and Travelers Plan to Merge in Record \$70 Billion Deal : A New No. 1: Financial Giants Unite**. New York Times, 7 de abril de 1998. Disponível em: <<<http://www.nytimes.com/1998/04/07/news/07iht-citi.t.html>>>. Acesso em: 29 set. 2015.

MATTHEW, Donald. **Grandes civilizações do passado: Europa Medieval**. Ediciones Folio: Barcelona, 2006.

MELO, Luiz de Magalhães. **Lobby e democracia**. Recife: Fundação de Cultura Cidade do Recife/CEPE, 1992.

MENDES, Luiz Henrique. Lobby contra carne bovina do Brasil nos EUA arrefece. **Valor Econômico**. São Paulo, 18 Dez. 2015. Disponível em: <<<http://www.valor.com.br/agro/4363022/lobby-contra-carne-bovina-do-brasil-nos-euaarrefece>>>. Acesso em 17 jan. 2016.

MOREIRA, Vital. **Auto-Regulação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

NUNES, António José Avelãs. **Uma Introdução à Economia Política**. São Paulo : Quartier Latin, 2007.

OBAMACAREFACTS. **ObamaCare Facts: The ACA and Health Insurance Marketplace**. Disponível em: <<<http://obamacarefacts.com/>>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

OLSON, Mancur. **A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

OPPENHEIMER, Franz. **El Estado**. [S.l.] Titivillus, 2015.

PEREIRA, Bresser. **A Crise da América Latina: Consenso de Washington ou Crise Fiscal?**. Disponível em: <<<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1991/91acriseamericalatina.pdf>>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em:

<<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

POSNER, Richard A. The U. S. Tax Subsidies for Oil Companies. *In: The Becker-Posner Blog. A Blog by Gary Becker and Richard Posner.* Disponível em: <<<http://www.beckerposner-blog.com/2011/05/the-us-tax-subsidies-for-oil-companiesposner.html>>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____, Richard A. Theories of economic regulation. *In: The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 5, No. 2, 1974, pp.335-358

RAJAN, R.; ZINGALES, Luigi. **The Great Reversals: The Politics of Financial Development in the 20th Century.** *Journal of Financial Economics*, v. 69, 2003.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

RODRIGUES, Ricardo. A regulamentação do *lobby* no Brasil: leitura crítica de um projeto de lei. *In: RAP.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996.

RODRIGUES LIMA, Deyvison. **O Conceito político em Carl Schmitt.** *Argumentos*, Fortaleza, n.º 5, 2011. Disponível em: <<<http://www.dvprppg.ufc.br/argumentos/index.php/argumentos/article/view/40>>>. Acesso em: 19 set. 2015.

SADDY, André. **Regulação da Prestação Direta de Serviços Públicos: Divergências Decorrentes do Marco Regulatório para o Saneamento Básico.** Publicações CEDIPRE Online -17, <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, 2014.

SAES, Flávio Azevedo Marques; SAES, Alexandre Macchione. **História Econômica Geral**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência – A atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo : Saraiva, 2013.

SANTOS, Manoel Leonardo. Representação de Interesses na Arena Legislativa: os Grupos de Pressão na Câmara dos Deputados. *In: Texto para discussão/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Brasília : Rio de Janeiro : Ipea, 2014. ISSN 1415-4765.

SILVA, Mariana Batista; FILHO, Geovanes P. N. *Accountability e Atuação de Grupos de Interesse no Processo Regulatório Brasileiro: o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)*. 32º Encontro Anual da ANPOCS GT 32 – Políticas Públicas – 27 a 31 de outubro de 2008 Caxambu, Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2616 &Itemid=230>>. Acesso em: 12 out. 2015.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. Função Normativa Regulatória e o Novo Princípio da Legalidade. *In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). O poder normativo das agências reguladoras*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da economia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. *In*: MATTOS, Paulo. **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Ed. 34, 2004.

THE WHITE HOUSE. **Joshua Bolten, White House Chief of Staff**. Disponível em: <<<http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/government/bolten-bio.html>>>. Acesso em: 29/09/2015.

VIEIRA, André Guilherme. PF analisa pagamento de R\$400 mil da Odebrecht à empresa de Lula. **Valor Econômico**. São Paulo, 29 Dez. 2015. Disponível em: <<<http://www.valor.com.br/politica/4373756/pf-analisa-pagamento-de-r-400-mil-daodebrecht-empresa-de-lula>>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

WEBER, Max. **Ciência e política. Duas vocações**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2011.

WILSON, James Q. **Bureaucracy: What Government Agencies Do and Why They Do It**. New York: Basic Books, 1989.

ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana**. São Paulo: BEI Comunicação, 2015.

Sobre o livro

Capa Erick Ferreira Cabral

Projeto Gráfico e Editoração Jefferson Ricardo Lima Arauo

Tipologia Utilizada Bembo 11/15 pt