XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL I

FABIANO TEODORO DE REZENDE LARA

GUSTAVO ASSED FERREIRA

SUSANA CAMARGO VIEIRA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito, economia e desenvolvimento sustentável I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara;
coordenadores: Fabiano Teodoro de Rezende Lara, Gustavo Assed Ferreira, Susana Camargo Vieira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-119-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Economia. 3. Desenvolvimento sustentável. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL I

Apresentação

Este Grupo de Trabalho, que em 12 de novembro de 2015 reuniu pesquisadores de todo o país para discutir Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável, não poderia ter se reunido em ocasião mais simbólica. Uma semana antes, no dia 5 de novembro, acontecera a tragédia do rompimento da Barragem do Fundão, em Mariana, Minas Gerais, que resultou em perda de vidas humanas, de histórias de vida, de cultura, de meios de subsistência, lares, dentre outros bens. E afetou populações, economia e meio ambiente de, até agora, dois estados da federação, além de (segundo muitos) assassinar o Rio Doce, riquíssimo em biodiversidade e muito importante para a economia dos estados de Minas gerais e do Espírito Santo. E foi lembrando isso que iniciamos nossos trabalhos.

Estávamos também a pouco mais de um mês da data em que o mundo se reuniria novamente, em Paris, para discutir (e pode ser nossa ultima chance) como lidar com o problema das mudanças climáticas, cujos efeitos vêm sendo sentidos por todos, em todos os continentes. Nesse sentido, lembramos aos participantes que, no campo jurídico, Comitês Internacionais da International Law Association (importantes por reunirem estudiosos do direito e das relações internacionais de todos os continentes e vertentes político-jurídicas) vêm publicando obras e relatórios importantes sobre dano ambiental, desenvolvimento sustentável, responsabilidade social das empresas no contexto do desenvolvimento sustentável, e, mais recentemente, sobre a gestão e o uso de recursos naturais internacionais em/por Estados nacionais. Lembramos também de um projeto internacional (Earth System Governance) nascido em uma universidade (Universidade das Nações Unidas em Bonn) e que, hoje sob o guarda-chuva da Future Earth (que reúne as principais instituições nacionais e internacionais financiadoras de pesquisa sobre o assunto), vem discutindo experiências de governança, local e global, para prevenir/conviver/mitigar/adaptar planeta e sociedade na batalha contra os efeitos das mudanças climáticas. Há que sensibilizar para os problemas e engajar na busca de alternativas/soluções, jovens - cujo futuro está ameaçado... E isso exige uma mudança fundamental de mentalidade, para a qual o CONPEDI, com sua característica única de fazer conversar "todos os sotaques" dos diferentes estados e regiões brasileiros, está em posição de contribuir muito.

Foram 27 trabalhos selecionados em processo de avaliação cega, apresentados e discutidos em um clima de coleguismo e compartilhamento que não poderia ter sido mais agradável. Os

"sotaques" se ouviram, valorizaram, respeitaram e foram respeitados e valorizados. Foi certamente um longo dia, ao final do qual estávamos, todos (e ainda éramos muitos!), exaustos mas felizes. Saímos de lá, todos, com novas ideias e perspectivas. Convivemos com a diversidade, e dela aprendemos. Esperamos que este livro - resultado de tantos esforços - possa contribuir como se espera; que seja lido, replicado e as experiências multiplicadas. Agradecemos, a todos os que apresentaram trabalhos mas também a tantos que lá estiveram apenas para ouví-los, a presença, a atenção, o interesse. E esperamos vê-los em Brasília em seis meses!

REGULAÇÃO E INTERVENÇÃO ESTATAL NA ORDEM ECONÔMICA

REGULATION AND GOVERNMENT INTERVENTION IN THE ECONOMIC DOMAIN

Ana Paula Braga De Oliveira

Resumo

Este trabalho promove a revisão de literatura econômica e jurídica sobre os conceitos de regulação e intervenção estatal na ordem econômica. Inicialmente, analisa-se a teoria econômica da regulação, cujos modelos construídos por notáveis economistas do século XX como Stigler e Posner são fundamentais para o entendimento dos fundamentos macro e microeconômicos que envolvem a questão da intervenção dos governos no domínio econômico. Segue-se o estudo com a perspectiva jurídica acerca dessa intervenção no Brasil, com a análise da constitucionalização da regulação e sua natureza. Por fim, estuda-se como o Estado brasileiro atua na esfera privada de forma indireta através das agências reguladoras.

Palavras-chave: Regulação, Teoria da regulação econômica, Intervenção estatal, Agências reguladoras

Abstract/Resumen/Résumé

This work aims to promote an economic and legal literature review on the concepts of regulation and government intervention in the economic domain. Initially, it analyzes the economic theory of regulation, whose models built by remarkable economists of the twentieth century such as Stigler and Posner are essential to understanding the fundamental macro and microeconomic ratio involving government intervention in the economic domain. Next, follows the study of the legal perspective on such intervention in Brazil, with the analysis of the constitutionalization of the regulation and its nature. Finally, it is studied how the Brazilian government indirectly operates in the private domain by regulatory agencies.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Regulation, Theory of economic regulation, Government intervention, Regulatory agencies

1. Introdução

A intervenção do Estado na ordem econômica constitucionalizada no Brasil reflete a opção nacional por um modelo estatal regulador. Segundo esse modelo, o Estado pode atuar em duas frentes, tanto diretamente, quando age em competição direta com os particulares (no caso das empresas públicas e sociedades de economia mista) ou quando detem o monopólio, quanto indiretamente, no momento em que o Estado age na vida econômica por intermédio de normas jurídicas, regulando a atividade econômica mediante exercício de suas funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

A origem do conceito de regulação surge na teoria econômica como uma forma de limitar ou normatizar a atuação da livre iniciativa visando à correção de falhas de mercado havidas especialmente em setores estruturais em que havia tendência a um monopólio natural, com sobreutilização de bens públicos, assimetria informacional e abuso de poder dominante.

Importando a metodologia econômica e trazendo-a para a realidade jurídica, o Direito passou a estudar o fenômeno regulatório como parte das atividades da Administração Pública, especialmente com a criação das agências reguladoras, que, apesar das controvésrias acerca de seus limites de competência, são as principais responsáveis pela intervenção indireta do Estado na economia.

Assim, este trabalho analisa inicialmente a teoria da regulação econômica, para seguir a análise da intervenção do estado no domínio econômico sob o ponto de vista legal, terminando com um breve estudo sobre as agências reguladoras.

2. Teoria da regulação econômica

A regulação tem sido definida como uma limitação imposta pelo Estado sobre a discricionariedade que pode ser exercida pelos indivíduos ou organizações sob a ameaça de sanção; é o uso do poder coercitivo que tem como objetivo restringir as decisões dos agentes econômicos. A regulação econômica refere-se às restrições impostas pelo governo sobre as decisões das empresas com relação a preço, quantidades, entrada e saída do setor (VISCUSI; VERNON; HARRINGTON, 1998, p. 307).

Regulação econômica é definida por Pinheiro e Saddi (2005, p. 254) como um conjunto de regras que limitam a liberdade de ação ou de escolha de empresas, dos profissionais liberais e/ou dos consumidores, e cuja aplicação é sustentada pelo poder de coerção que a sociedade concede ao Estado.

Para Spulber (1989, p. xiii), a regulação é o estudo da intervenção governamental nos mercados. Church e Ware (2000, p.749) destacam que a regulação pode ser definida, de modo amplo, como sendo a intervenção do governo que busca mudar os resultados de um mercado. Afinal, ela pode afetar o mercado de modo direto através da variedade de produtos, pelo número de serviços oferecidos ou pelo número de ofertantes, pelo controle de preços e estipulação de barreiras de entrada.

Sampaio (2013, p. 62) sustenta que a regulação estatal geralmente está associada à mitigação de falhas de mercado, tais como monopólios naturais, bens públicos (em sentido econômico), externalidades e assimetrias de informação, assim como a aspectos de natureza redistributiva como, por exemplo, políticas de subsídios cruzados e metas de universalização.

Um grande desafio para a teoria social é explicar qual padrão de intervenção do estado no mercado pode ser designado "regulação econômica". Este termo remete aos tributos e subsídios de todos os tipos bem como a legislações explícitas e controles administrativos sobre taxas, entradas e outras facetas da atividade econômica (POSNER, 1974).

Kahn (1970, p. 20) observou que a essência da regulação é uma troca explícita da competição por ordens governamentais como o principal mecanismo institucional para assegurar o bom desempenho de uma economia. Há, também, quem entenda que regulação econômica seja a legislação direta e a regulamentação administrativa de preços e condições de entrada em indústrias e mercados específicos (JOSKOW; ROSE, 1989).

O propósito da regulação é assegurar resultados socialmente desejáveis onde a simples competição não é capaz de alcançá-los. A regulação substitui a mão invisível[1] da competição com a intervenção direta e o propósito principal da economia da regulação é o

[1] Conforme preleciona Vaz (1985, p. 15): "*Laissez-faires, laissez-passer; lê monde va de lui-même* – eis o lema apontado por Adam Smith que, na sua Investigação sobre a Natureza e as Causas da riqueza das Nações (1776), preconizava: cessem todas as medidas de limitação e surgirá por si próprio o sistema claro e simples da liberdade natural. (...) De acordo com o sistema da liberdade natural só restam ao Estado três funções para desempenhar: a) a obrigação de defender a nação contra as violações e ataques de outras nações independentes; b) a obrigação de salvaguardar todo o membro da própria nação contra ataques, mesmo legais , de todos os outros, ou seja, manter uma legislação imparcial; c) criar e manter certas instituições públicas cuja criação e manutenção não possam ser esperadas da iniciativa privada."

desenho de mecanismos que os reguladores possam aplicar para induzir as empresas a alcançar resultados ótimos (TRAIN, 1991, p. 2).

A doutrina tradicional concorda que a noção de regulação surge nos Estados Unidos por ocasião do *New Deal* a partir de 1933. Seguindo-se à crise de 1929 e às maiores desregulamentações que a economia americana havia conhecido até então, o presidente Roosevelt precisou criar um conjunto de órgãos para supervisionar os mercados, principalmente o financeiro, e o bom funcionamento da concorrência, além de evitar os abusos de posição dominante (COHEN, 2000).

A lição da crise de 1929 foi, de fato, questionar a natureza autoestabilizadora dos mercados. O que era inicialmente uma falta de regulação da bolsa de valores se transformou em crise financeira, que passou a crise industrial, então em crise econômica, transbordou dos Estados Unidos, atingindo a Europa e ao final, o mundo inteiro. Daí a ideia de se estudar o poder das instituições suscetíveis de encadear os mercados (COHEN, 2000).

A década de 1970 foi especialmente fecunda para o surgimento de estudos econômicos sobre regulação nos Estados Unidos. Foi uma época em que o movimento de desregulamentação da economia estava em voga como uma forma de resposta às condições políticas e macroeconômicas em que o país se encontrava, com aumento expressivo da preocupação com inflação e a desilusão com a eficácia da intervenção do governo em termos gerais (Peltzman, 1989, p. 2).

A literatura que se tornou conhecida como teoria econômica da regulação teve seu início com Stigler (1971), cuja proposta uniformiza as diferentes contribuições que propõem uma teoria econômica da regulação como sendo a integração dos processos políticos e econômicos na análise da intervenção do Estado na economia. O fundamento para tanto é a caracterização dos políticos como maximizadores de utilidade, de forma análoga à maneira como são caracterizados produtores e consumidores na teoria econômica convencional (FIANI, 2004).

De acordo com Peltzman (1989, p.1), a teoria de Stigler tem como elemento fundamental a integração da análise do comportamento político com o espectro mais amplo da análise econômica. Os políticos, como as demais pessoas, buscam aumentar a importância de seus próprios interesses, o que significa que grupos de interesse podem influenciar o resultado

do processo regulatório via fornecimento de apoio financeiro aos políticos e aos agentes reguladores.

Para Stigler (1971, p. 23), as tarefas centrais da teoria da regulação econômica são justificar quem receberá os benefícios ou quem arcará com os ônus da regulação, qual forma a regulação tomará e quais os efeitos desta sobre a alocação de recursos. Sua tese principal é a de que, em regra, a regulação é adquirida pela indústria, além de concebida e operada fundamentalmente em seu benefício.

Como corrobora Fiani (2004), é importante destacar que Stigler não afirmou que a regulação econômica vise sempre ao benefício da indústria, embora muitas vezes tenha assim sido interpretado posteriormente. Stigler afirmou que a regulação econômica na maior parte dos casos beneficia a indústria regulada e que, mesmo naqueles poucos casos em que isso não ocorre, uma teoria econômica da regulação pode oferecer explicações adequadas para tanto.

As teorias iniciais desenvolvidas para justificar a intervenção do Estado sobre a atividade econômica, pela via da regulação, calcaram-se no reconhecimento das falhas de mercado. A existência dessas falhas impediria que determinados mercados funcionassem adequadamente com fundamento apenas nas liberdades de iniciativa e concorrência, fazendo-se necessária a intervenção do poder público (SAMPAIO, 2013, p. 63). Duas visões alternativas principais da regulação são largamente empregadas.

A primeira é a de que ela é instituída fundamentalmente para proteção e benefício ou do público em geral ou de uma grande parcela dele (STIGLER, 1971, p. 24). É a teoria do interesse público, que defende que a regulação é feita em resposta à demanda pública por correção da ineficiência ou da desigualdade de práticas de mercado (POSNER, 1974, p. 1).

A segunda visão é essencialmente a de que o processo político carece de uma explicação racional: a política (*politics*) é um imponderável, uma mescla de forças das mais diversas naturezas, constante e imprevisivelmente cambiante, ora compreendendo atos de grande virtude (a libertação dos escravos), ora encerrando atos da mais baixa venalidade (o congressista atuando no próprio interesse) (STIGLER, 1971, p. 24). É a teoria da captura, que afirma que a regulação é feita em resposta às demandas dos grupos de interesse lutando entre si para maximizar os lucros dos seus membros (POSNER, 1974, p. 1).

Sobre a teoria do interesse público, Posner (1974) afirma que duas premissas parecem ter tipificado o pensamento sobre a política econômica por uma parte dos economistas no período de vigência do primeiro *Interstate Commerce Act* em 1887 e a fundação do *Journal of Law and Economics* em 1958.

A primeira premissa é a de que os mercados econômicos são extremamente frágeis e aptos a operar de forma muito ineficiente ou desigual se deixados por conta própria e a outra premissa diz que a regulação pelo governo seria praticamente sem custo. Com essas premissas foi fácil argumentar que as principais intervenções estatais na economia fossem simplesmente respostas do governo às demandas públicas de correção de ineficiências e desigualdades na operação do mercado livre (POSNER, 1974, p. 2).

Se considerarmos essas premissas corretas, a regulação seria imposta apenas em indústrias altamente concentradas em que o perigo de formação de monopólio é maior e em indústrias que geram custos ou benefícios externos substanciais. Posner (1974, pp. 2-3) é contra essa teoria ao afirmar que quinze anos de pesquisa teórica e empírica conduzidas principalmente por economistas demonstrou que a regulação não está positivamente correlacionada com a presença de economias nem com estrutura de mercado monopolística.

Reformulando a teoria do interesse público, afirma que as agências reguladoras são criadas com fins públicos de boa-fé, mas são mal administradas e por isso os propósitos nem sempre são alcançados (POSNER, 1974, p. 4).

Para Stigler (1971, p. 25), o problema da regulação é o de descobrir quando e por que uma indústria (ou um 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. Afinal, o Estado conta com um recurso básico: o poder de coação. Ele pode determinar a movimentação física de recursos e as decisões econômicas de empresas. Esse poder de coagir cria as possibilidades de uma indústria utilizar o Estado para aumentar sua lucratividade.

De acordo com Fiani (2004), há dessa maneira, duas avaliações negativas, por parte de Stigler (1971), do processo de regulação econômica. A primeira afirma que, na maior parte das vezes, as firmas reguladas capturam o Estado e se beneficiam da proteção do regulador. A segunda afirma que a regulação econômica, ao substituir o mercado como instrumento de alocação de recursos em favor das decisões políticas, induz a ineficiência, na medida em que incorpora, ao processo de decisão, agentes insuficientemente informados, que não possuem

interesse direto nas questões da regulação; questões essas que, por sua vez, são apresentadas juntamente com um grande número de outras questões, impedindo uma escolha eficiente.

São quatro as principais políticas regulatórias que uma indústria (ou corporação profissional) pode obter do Estado segundo Stigler (1971). A mais óbvia contribuição que um grupo pode demandar do governo é uma subvenção direta em dinheiro. O segundo maior recurso público geralmente almejado por um setor é o controle sobre a entrada de novos concorrentes (limitação de preços, integração vertical e artifícios similares para retardar a taxa de entrada de novas empresas em setores oligopolizados (STIGLER, 1971, p. 26).

Um terceiro grupo usual de poderes do Estado que deverá ser procurado pela indústria é o que afeta produtos substitutos e complementares e a quarta classe de políticas públicas almejada por uma indústria é a fixação de preços. Mesmo os setores que já tenham obtido o controle de acesso ao mercado, muitas vezes, buscarão também o controle de prelos administrado por uma agência reguladora dotada de poderes de coerção (STIGLER, 1971, p. 28). E a quarta classe de políticas públicas almejadas por uma indústria é a fixação de preços. Mesmo os setores que já tenham obtido o controle de acesso ao mercado, muitas vezes, para Stigler (1971, p. 28), buscarão o controle de prelos administrado por uma agência reguladora dotada de poderes de coerção.

A teoria da regulação econômica e seus desdobramentos nas décadas seguintes deram origem a um forte movimento em favor de um processo de desregulação nos Estados Unidos. Afinal, se a regulação era sempre custosa, objeto de lobby pelo poder econômico e estava fadada à captura, melhor seria deixar que as forças do mercado dessem conta de produzir e alocar os recursos (SAMPAIO, 2013, pp. 69-70).

Contudo, esse processo levado a cabo nas décadas de 80 e 90, principalmente no mercado financeiro, acabou culminando em uma das mais nefastas crises do capitalismo no ano de 2008. Assim, apesar dos argumentos contrários, segundo Sampaio (2013, p. 80), há de se reconhecer que a regulação tem um papel relevante a desempenhar em termos do interesse público.

3. Constitucionalização da regulação estatal

A intervenção do estado na ordem econômica está inserida na Constituição da República em seu Título VII. A ordem econômica e financeira do Estado é um dos pilares da opção da democracia brasileira pelo sistema econômico capitalista. O intervencionismo estatal constitucionalizado se estabelece como um instrumento de imposição de condicionamentos à atividade econômica, determinando a realização de fins sociais através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica com vistas à realização de justiça social.

Sob o aspecto jurídico, a regulação constitui modalidade de intervenção do Estado na economia. Pelo que se depreende de tal assertiva, ela integra o ordenamento econômico do Estado, que por sua vez é considerado, juntamente com o serviço público, o poder de polícia, o ordenamento social e o fomento público, o próprio conteúdo da função administrativa. Justamente por isso, se vale dos mesmos poderes e atividades ordinariamente empregadas pela Administração Pública, como, nomeadamente, o poder discricionário e o poder de polícia (FONTES, 2004).

A intervenção indireta, por via de regulação da atividade econômica surgiu como pressão do Estado sobre a economia para evitar a ocorrência de falhas de mercado que pudessem comprometer a realização dos interesses envolvidos, isto é, para garantir um regime de livre concorrência, evitando-se práticas abusivas pelos agentes mais fortes em face dos mais fracos, bem como em detrimento do mercado e, por conseqüência, de toda a sociedade. Observe-se que, o papel do Estado como ente regulador da atividade econômica ora perfar-se-á por meio da indução (incentivo e planejamento), ora através de direção (fiscalização e controle) (FIGUEIREDO, 2007).

A relevância reconhecida à regulação conduziu a doutrina jurídica a afirmar a existência de um novo modelo de Estado. Segundo esse enfoque, é possível afirmar que o Estado de bem-estar social evoluiu para transformar-se num Estado regulador. Os poderes regulatórios externam não apenas mera circunstância da existência do Estado como instituição política, mas lhe asseguram natureza própria e inconfundível (JUSTEN FILHO, 2006, p. 459).

Segundo Medauar (2000, p. 84), a regulação abrange a edição de normas, a fiscalização de sua devida observância, a imposição de sanções e a mediação dos conflitos, não sendo atividade exclusiva do direito econômico, mas de todo o ordenamento jurídico.

Ressalte-se que, para Souto (2001), a regulação se trata de forma de redução da intervenção do Estado na ordem econômica, assim como a desestatização, que se perfaz através de (i) privatização: alienação do controle acionário da entidade empresarial do Estado ao particular; (ii) terceirização: transferência da execução de alguma atividade para o particular, mantendo-se o planejamento e controle no poder público; (iii) concessão e permissão: transferência de gestão de serviço público ao particular, mediante cobrança de tarifa; e (iv) gestão associada: dá-se mediante a celebração de convênios, consórcios, contrato de gestão e acordos de programa.

Já Aragão (2002, p. 37) define a regulação como o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-se em direções socialmente desejáveis.

Para Sundfeld (2000, p. 18), regulação é um instituto de cunho eminentemente político, indo além do direito, razão pela qual afirma que:

> "A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.). Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns – enfim, as atividades econômicas em sentido estrito) como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de serviços públicos, exploração de bens públicos e de monopólios estatais)".

Moreira (2007) propõe um conceito genérico de intervenção estatal na economia privada, com uma subdivisão interna, de modo a abranger as espécies intervenção *stricto sensu* e a regulação. Segundo ele, a intervenção do Estado na economia privada é tomada como um conceito abrangente, que acolhe as espécies "regulação" e "intervenção em sentido estrito". Isso porque em ambos os casos haverá a inserção de um terceiro no mercado (o Estado), institucionalmente a ele estranho – de molde a alterar as condutas e/ou perspectivas dos agentes econômicos privados (MOREIRA, 2007, p. 3).

O referido autor sustenta uma definição restrita de regulação, limitada ao estabelecimento de normas (gerais e abstratas, mas também na condição de preceitos-medida ou de atos concretos) que sujeitem terceiros ao seu cumprimento (e respectivas sanções) (MOREIRA, 2007, p. 3). A regulação econômica é a positivação de normas para o atingimento de alguma finalidade econômica. Inclui-se no conceito a formulação de princípios e de regras; de normas de estrutura e normas de conduta. Já a intervenção em sentido estrito é a atuação material direta do interventor estatal no espaço econômico reservado às pessoas privadas. Dá-se através do exercício direto de atividade econômica no domínio privado (MOREIRA, 2007, p. 3).

Assim, toda regulação é interventiva *lato sensu* (pois envolve a intromissão através de normas que disciplinam o comportamento de terceiros), apesar de nem toda *intervenção* ser regulatória (pois a intervenção pode dar-se diretamente, através do exercício *in concreto* da atividade econômica) – o que autoriza uma proposta conceitual (MOREIRA, 2007, pp. 3-4).

A especialização dos estudos conduziu à formulação didática de um ramo do Direito apto a concentrar e sistematizar todo esse conhecimento a que se convencionou chamar de Direito da Regulação, e que, muito embora tenha por objeto a própria regulação, vem sendo indevidamente conduzido a limitar seus estudos ao órgão regulador e ao seu regime jurídico (FONTES, 2004).

4. Agências reguladoras

Sobre o surgimento das agências reguladoras é possível situá-lo na Inglaterra, a partir de 1834, onde floresceram entes autônomos, criados pelo Parlamento para concretizar medidas previstas em lei e para decidir controvérsias resultantes desses textos; a cada lei que disciplinasse um assunto de relevo, criava-se um ente para aplicar a lei.

Os Estados Unidos sofreram influência inglesa e, a partir de 1887, tem início a proliferação de agências para regulação de atividades, imposição de deveres na matéria e aplicação de sanções. Na França, as autoridades administrativas independentes, embora sem personalidade jurídica e sujeitas à fiscalização do Conselho do Estado, marcam também um propósito de neutralidade política (GROTTI, 2006, p.3).

Na França, a reação à crise na década de 1930 foi a nacionalização de setores como estradas de ferro, eletricidade e outros setores que não funcionavam de forma ótima. Assim, o equivalente funcional da regulação pensada nos Estados Unidos, na Europa, teve o efeito da nacionalização ou da criação de autoridades administrativas dependentes do poder do Estado tendo como missão regular determinados setores (COHEN, 2000).

Mas quais são verdadeiramente as diferenças entre as duas abordagens? Cohen (2000) afirma que a Administração é instrumental, o que significa dizer que ela é feita para executar as decisões que foram tomadas no quadro das leis votadas pelo Legislativo. Ela é um tipo de braço armado do Executivo.

Já nos Estados Unidos, para se responder à necessidade de regulação, a lei não criou administrações dependentes diretamente do poder político. A lei criou instituições administrativas independentes, geralmente chamadas comissões, para enquadrar o mercado financeiro, para sancionar os abusos de posição dominante e fazer respeitar a concorrência. As autoridades independentes, cujas competências foram definidas pela lei e cujos membros pertencem ao poder político, têm um poder de instrução, deliberação, decisão e sanção independente do poder político em vigor.

Contudo, se são nomeados pelo poder político, como elas podem afirmar uma independência real? A solução encontrada é bastante pragmática. Ela consiste geralmente em nomear os membros das instituições, especialmente os seus presidentes, por um mandato mais longo do que aquele do poder político que o designou, o que opera uma desconexão entre o ciclo temporal do político e o ciclo da instituição de regulação, além da determinação de mandatos suficientemente mais longos e não renováveis dos mandatos dos membros das instituições; enfim, para evitar que se chame a isso de “fenômeno de captura” dos controladores pelos controlados (grandes empresas, por exemplo), para assegurar a esses controladores os meios de investigação e as garantias procedimentais necessárias (COHEN, 2000).

Essa é a diferença fundamental entre os mecanismos entre instituições de regulação administrativas americanas e francesas. A regulação reporta o privilégio soberano no Estado, a regulação é em um determinado campo, um considerável poder de investigação, de interpretação e de apreciação devolvido às pessoas independentes do poder político e sobre os quais eles exercem seu controle (FIGUEIREDO, 2007).

Segundo Grotti (2006), a ideia de regulação não é nova ou totalmente desconhecida no direito brasileiro. De longa data existe uma série de órgãos e entidades reguladoras, embora sem a denominação de agências, tais como o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café – IBC (1923), o Instituto do Álcool e do Açúcar – IAA (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Sal (1940) o Instituto Nacional do Pinho (1941) (FERREIRA FILHO, 2001 apud GROTTI, 2006, p. 3).

O legislador enquadrou as agências reguladoras como autarquias, que, segundo Bandeira de Mello (2005, p. 145), são pessoas jurídicas de direito público de capacidade exclusivamente administrativa classificando como infeliz a descrição do art. 5º, inciso I do Decreto-lei 200, que as caracteriza como "o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamentos, gestão administrativa e financeira descentralizada."

As agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público, que devem ser criadas por lei específica como autarquias, em regime especial, como determina o art. 37, XIX, da Constituição da República. Elas foram criadas com o advento da reforma administrativa com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades (BANDEIRA DE MELLO, 2005, pp. 154-155).

Para Di Pietro (2003, p. 402), agência reguladora é qualquer órgão da administração direta ou entidade da administração indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta.

As autarquias sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que ele somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*; ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública. Portanto, as agências reguladoras são autarquias, e o regime especial é definido na lei instituidora, dando maior autonomia para poder desempenhar seu papel de regulação junto ao setor econômico para o qual foi instituída, respeitados os preceitos constitucionais (DI PIETRO, 2003, p. 368).

Com relação à estabilidade dos dirigentes das autarquias, ela é fundamental para que se evite a captura dos agentes pelas pressões políticas. O fenômeno da captura das agências reguladoras ocorre quando há distorção do interesse público em favor do interesse privado, motivada pela enorme pressão do poder econômico das empresas reguladas e de grupos de interesses. Esse fenômeno afeta de forma evidente a imparcialidade das agências reguladoras. Segundo Justen Filho (2006, p. 369-370), ocorre quando a agência perde sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a reproduzir atos destinados a legitimar a consecução de interesses privados dos segmentos regulados.

Justamente visando mitigar os riscos de captura por setores regulados o direito brasileiro concebeu as agências reguladoras com autonomia orçamentária e financeira (recursos próprios oriundos de taxa de fiscalização ou de autorizações); nomeação dos dirigentes pelo Presidente da República, com prévia aprovação dos nomes pelo Senado Federal, conforme art. 52, III, "f", da Constituição Federal de 1988; mandatos fixos para os dirigentes e não-coincidentes com as eleições majoritárias (só podendo ser destituídos por condenação transitada em julgado; improbidade administrativa ou descumprimento injustificado das políticas estabelecidas para o setor ou pelo contrato de gestão); estrutura de direção e decisões colegiadas; vedação ao ex-dirigentes, até um ano depois de deixar o cargo, de representar qualquer interesse perante a agência, ou de prestar serviços a empresas sob sua regulação (quarentena) e edição de normas sobre matérias de sua competência, essas características dão certo grau de independência para as agências reguladoras exercerem suas atividades de regulação.

No entanto, é importante destacar que esse entendimento é fruto de controvérsias, como aponta Grau (2002, pp. 27-28), partidário da inconstitucionalidade das inovações trazidas pela reforma administrativa às agências reguladoras, *verbis*:

> "Ocorre que todas essas características são próprias e peculiares às autarquias, salvo as de mandato fixo e de estabilidade de seus dirigentes. Mas essas inovações são franca e irremediavelmente inconstitucionais.
>
> 6. A suposição de que auxiliares menores do chefe do Poder Executivo, dirigentes de autarquias, não possam ser livremente nomeados e exonerados por ele é, mesmo em tese, incompatível com o regime presidencialista. Mais do que isso, o artigo 84, II, da Constituição do Brasil afirma ser da competência privativa do Presidente da República o exercício da direção superior da administração federal. Daí ser absurda ideia de que os dirigentes de autarquias seriam titulares de direito a serem mantidos em seus cargos além de um mesmo período governamental, o que na expressão de Celso Antônio, consubstanciaria uma *fraude contra o próprio*. Por isso mesmo,

> somente ao preço de malabarismos intelectuais inadmissíveis insiste, certa doutrina, na defesa daquelas inovações - o mandato fixo e a estabilidade dos dirigentes autárquicos.
>
> (…)
>
> As agências de regulação, meras autarquias, não passam, na verdade, de repartições da Administração, no sentido literal do termo. A Administração é repartida, de modo a obviar-se a sua descentralização. As autarquias são produto dessa repartição, por isso mesmo tendo sido designadas, no passado, 'repartições públicas'. O nome, embora antigo, é adequado, de sorte que, a bem da clareza e da simplicidade, o título desta minha pequena comunicação se justifica plenamente."

O tema traz consigo uma complexa abordagem na medida em que mesmo entre os defensores da autonomia das agências reguladoras encontram-se autores que reconhecem a estabilidade dos dirigentes como inconstitucional. Por tal motivo, mesmo sendo esta um traço determinante da especialidade conferida as agências, não se pode desprezar a polêmica gerada ao seu redor e os seus reflexos na estrutura organizacional interna, sob pena de se realizar uma interpretação isolada e restrita das qualificadoras determinantes da condição de autarquias especiais.

A despeito dos ingentes esforços daqueles doutrinadores contrários à estabilidade conferida aos dirigentes das agências reguladoras, discrepâncias ainda caracterizam o embate doutrinário, com prevalência do posicionamento favorável à constitucionalidade e necessidade de assegurar-lhes as condições de equilíbrio no desempenho de suas funções.

5. Conclusão

As origens e teorias sobre a regulação econômica remetem aos episódios pós-crise de 1929 nos Estados Unidos. Conforme visto, as teorias defendendo ou atacando a regulação variaram de acordo com o momento histórico do capitalismo. Viu-se também que as respostas às crises econômicas se deram de formas diferentes na América e na Europa, com a criação de agentes independentes de alguma forma ligadas ao poder político para coibir os abusos da posição dominante das empresas que dominavam os mercados.

Verificou-se que o Brasil seguiu essa tendência e institucionalizou na Constituição da República a criação das agências reguladoras, responsáveis por intervir indiretamente na economia do país com funções normativas, fiscalizatórias e sancionatórias. Em seu regime de

autarquia especial, foram garantidas certas benesses aos seus dirigentes, como a estabilidade do mandato, de forma a se buscar evitar a captura pelos agentes econômicos.

6. Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Direito administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

COHEN, Elie. ***De la réglementation étatique et administrative à la régulation***, (repris dans Problèmes économiques n° 2680, p. 1-4), 2000. Disponível em http://www.melchior.fr/De-la-reglementation-a-la-regu.3360.0.html. Acesso em: 1 Jul. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Reforma do estado. O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras**. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, n. 3, p. 253-257, maio 2001.

FIANI, Ronaldo. **Afinal, a quais interesses serve a regulação?** Revista Economia e Sociedade, Campinas, v. 13, n. 2 (23), p. 81-105, jul./dez. 2004.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **A evolução da ordem econômica no direito constitucional brasileiro e o papel das agências reguladoras**. Revista da Advocacia Geral da União, ano VII, julho/2007.

FONTES, André. **Regulação e petróleo**. Revista de direito público da economia, v. 2, n. 8, p. 39-50, out./dez., 2004.

GRAU, Eros Roberto. **Agências reguladoras, essas repartições públicas**. *In*: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, mai/jun/jul

de 2006. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-DINORA.pdf?q=reguladoras Acesso em 5 jul. 2015.

JOSKOW, Paul; ROSE, Nancy L. **The effects of economic regulation**. Handbook of Industrial Organization, Volume II, Editado por R. Schmalensee e R.D. Willig. Elsevier Science Publishers B.V., 1989. Disponível em: http://economics.mit.edu/files/4316 . Acesso em: 1 Jul. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

KAHN, Alfred. E. **The economics of regulation: principles and institutions**. MIT Press, Cambridge, MA, 1970.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo contemporâneo e a intervenção do estado na ordem econômica. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Número 10 – maio/junho/julho – 2007. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007 EGON%20BOOCKMAN.pdf. Acesso em 5 Jul. 2015.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo (orgs.). **Direito, economia e mercados**. São Paulo: Editora Campus/Elsevier, 2005.

PELTZMAN, Sam. **The economic theory after a decade of deregulation**. University of Chicago. Brooking papers, 1989. Disponível em: http://www.brookings.edu/~/media/Projects/BPEA/1989micro/1989_bpeamicro_peltzman.PDF. Acesso em: 1 Jul. 2015.

POSNER, R. A. **Theories of economic regulation**. Bell Journal of Economics, 1974, v5(2), 335-358. Disponível em: http://www.nber.org/papers/w0041. Acesso em 1 Jul. 2015.

SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência: a atuação do CADE nos setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001.

SPULBER, D. F. **Regulation and markets**. MIT Press, Cambridge, MA, 1989.

STIGLER, George J. **A teoria da regulação econômica**. 1971. *In* MATTOS, Paulo (org.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. Editora 34, São Paulo: 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito econômico brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

TRAIN, Kenneth E. **Optimal regulation: the economic theory of natural monopoly**. Cambridge: The MIT Press, 1991.

VAZ, Manoel Afonso. **Direito econômico – a ordem econômica portuguesa**. Coimbra: Coimbra Ed. 1985.

VISCUSI, W.; VERNON, J.; HARRINGTON JR., J. **Economics of regulation and antitrust**. Cambridge: MIT Press, 1995.