

Eduardo Luiz Venturin

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO REGULATÓRIO:
A (des)regulação como defesa dos interesses do consumidor**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves.

Florianópolis
2017

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Venturin, Eduardo Luiz

Análise Econômica do Direito Regulatório : A
(des)regulação como defesa dos interesses do
consumidor / Eduardo Luiz Venturin ; orientador,
Everton das Neves Gonçalves - SC, 2017.
187 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de
Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas,
Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis,
2017.

Inclui referências.

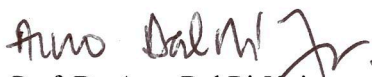
1. Direito. 2. Análise Econômica do Direito. 3.
Agências Reguladoras. 4. Direito Regulatório. 5.
Desregulação. I. Gonçalves, Everton das Neves. II.
Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de
Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Eduardo Luiz Venturin

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO REGULATÓRIO:
A (des)regulação como defesa dos interesses do consumidor**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção
do Título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final
pelo Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade Federal de Santa Catarina.

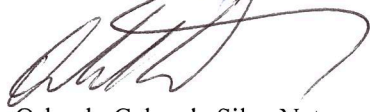
Florianópolis, 6 de abril de 2017.

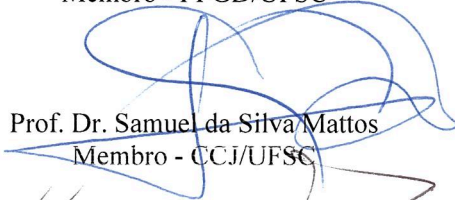

Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior
Coordenador do PPGD/UFSC

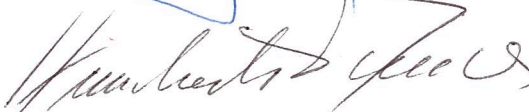
Banca Examinadora:


Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves
Orientador - PPGD/UFSC


Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Membro - PPGD/UFSC


Prof. Dr. Orlando Celso da Silva Neto
Membro - PPGD/UFSC


Prof. Dr. Samuel da Silva Mattos
Membro - CCJ/UFSC



Dedicado àqueles que desbravaram
os caminhos que me permitiram
chegar até aqui.

AGRADECIMENTOS

Eu agradeço ao Professor Doutor Samuel da Silva Mattos. O iluminista contemporâneo. O mentor que se recusa a deixar de ser um eterno aprendiz. Ensinou-me que vivemos para conhecer. Modelo de pai de família, de profissional e de acadêmico; equilibrando todas as dimensões da vida com maestria. Acompanhando-me desde o primeiro ano de faculdade, guiou-me pelo caminho da luz.

Eu agradeço ao Professor Doutor Everton das Neves Gonçalves. Orientador do Bacharelado, do Mestrado e da vida. Ensinou-me que não há caminhos errados, mas simplesmente experiências que revelarão seu significado no futuro. Deu-me total liberdade para a execução deste projeto. Todos os erros contidos nesta pesquisa são de minha exclusiva responsabilidade.

Eu agradeço aos amigos que me apoiaram e me incentivaram do início ao fim desta trajetória, sobretudo nos momentos mais difíceis. Em especial, ao Emanuel, pela lealdade; à Rejane, pela compaixão; e à Simoni, pelo coração. A todos minha eterna gratidão. Vocês sabem que podem contar comigo - sempre.

Consumption is the sole end and purpose of all production; and the interest of the producer ought to be attended to only so far as it may be necessary for promoting that of the consumer. The maxim is so perfectly self evident that it would be absurd to attempt to prove it. But in the mercantile system the interest of the consumer is almost constantly sacrificed to that of the producer; and it seems to consider production, and not consumption, as the ultimate end and object of all industry and commerce.

(Adam Smith, 1776)

RESUMO

O problema desta pesquisa consistiu em investigar se as agências reguladoras no exercício da função regulatória atendem aos interesses do consumidor. O objetivo principal foi identificar os problemas mais significativos do modelo regulatório brasileiro para que os interesses do consumidor sejam mais bem representados nos setores da economia regrados pelas agências reguladoras. A Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*) foi a teoria de base desta pesquisa, tendo por fundamento a escola da Escolha Pública (*Public Choice*), utilizada no estudo das influências mutuamente exercida entre a política e as agências reguladoras; assim como a escola da Economia Comportamental (*Behavioral Economics*), aplicada no exame da intervenção estatal nas relações de consumo e na interpretação do comportamento dos agentes envolvidos no processo regulatório, sobretudo políticos, reguladores, fornecedores e consumidores. O liberalismo e a releitura neoliberal foram empregadas para investigar a intervenção estatal na economia por meio da regulação e na proposta de desregulação como instrumento de defesa da liberdade do consumidor. A solução ao final proposta é a promoção de desregulação e de re-regulação como mecanismos capazes de resolver os problemas da captura regulatória, da ineficiência regulatória e do paternalismo regulatório. Assim, a intervenção estatal no domínio regulatório deve ser limitada à correção de falhas de mercado e à garantia de padrões mínimos de segurança para que a liberdade contratual e o poder de decisão sejam devolvidos ao consumidor.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Agências Reguladoras. Direito Regulatório. Desregulação.

ABSTRACT

Economic Analysis of Regulatory Law: (De)regulation as a protection of consumer interests. The problem of this research was to investigate whether the regulatory agencies in the exercise of its regulatory duties serve the interests of the consumers. The main objective was to identify the major problems of the Brazilian regulatory model so that consumer interests are better represented in sectors of the economy ruled by regulatory agencies. The basic theory of this research was Law and Economics, primarily based on the Public Choice school, used in the study of the influences mutually exercised between politics and regulatory agencies; as well as the school of Behavioral Economics, applied to the examination of government intervention in consumer relations and to the interpretation of agent behavior in the regulatory process, principally politicians, regulators, suppliers, and consumers. Liberalism and the neoliberal perspective were used to investigate the state intervention in the economy through regulation and to subsidize the proposal of deregulation as an instrument to protect the liberty of the consumer. The solution proposed is to promote deregulation and re-regulation as mechanisms capable of solving the problems of regulatory capture, regulatory inefficiency and regulatory paternalism. Therefore, state intervention through regulation should be limited to correcting market failures and ensuring minimum safety standards so that contractual freedom and freedom of choice are returned to the consumer.

Keywords: Law and Economics. Independent Regulatory Agencies. Regulatory Law. Deregulation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED	Análise Econômica do Direito
AGU	Advocacia-Geral da União
AIR	Análise de Impacto Regulatório
ANA	Agência Nacional das 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 do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
Antaq	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
Anvisa	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
BID	Banco Interamericano de Desenvolvimento
BNDE	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CE	Comunidade Europeia
CETG	Cargos Especiais de Transição Governamental
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
ECT	Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos
ICC	<i>Interstate Commerce Commission</i>
Inmetro	Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia
LaE	<i>Law and Economics</i>
LOA	Lei Orçamentária Anual
Mare	Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado
MEC	Ministério da Educação
PDRAE	Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado
PEES	Princípio da Eficiência Econômico-Social
PGMU	Plano Geral de Metas de Universalização
PGO	Plano Geral de Outorgas
RGC	Regulamento Geral de Direitos do Consumidor
RIA	<i>Regulatory Impact Assessment</i>
SPU	Secretaria de Patrimônio da União
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	21
2	ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E REGULAÇÃO.....	25
2.1	ESCOLAS DE PENSAMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	26
2.1.1	Escola de Chicago.....	27
2.1.2	Escola de New Haven.....	29
2.1.3	Escola da Public Choice.....	31
2.1.4	Escola Comportamental	37
2.2	TIPOS DE ABORDAGEM JURÍDICO-ECONÔMICAS....	41
2.2.1	Abordagem Positiva.....	42
2.2.2	Abordagem Normativa.....	44
2.2.3	Abordagem Funcional.....	46
2.3	CONCEITOS DE EFICIÊNCIA.....	49
2.3.1	Ótimo de Pareto.....	50
2.3.2	Eficiência Kaldor-Hicks.....	51
2.3.3	Princípio da Eficiência Econômico-Social.....	52
2.3.4	O princípio da eficiência no ordenamento jurídico brasileiro	54
2.4	CUSTOS DE TRANSAÇÃO.....	56
2.4.1	Externalidades.....	57
2.4.2	Cálculo de negligência.....	58
2.4.3	Rent-seeking e lobbying.....	60
3	ORGANIZAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES.....	63
3.1	ORIGEM DA FUNÇÃO REGULATÓRIA.....	63
3.1.1	Conceito de regulação.....	63
3.1.2	Gênese das agências reguladoras independentes.....	64

3.1.3	Surgimento das agências reguladoras nos EUA	67
3.1.4	Advento das autoridades administrativas independentes na Europa	69
3.1.5	Tipos de agências reguladoras	71
3.2	HISTÓRICO DO MODELO REGULATÓRIO BRASILEIRO	72
3.2.1	Exploração econômica estatal.....	73
3.2.2	Transferência de serviços públicos para a iniciativa privada	74
3.2.3	Origem das agências reguladoras no Brasil.....	76
3.2.4	Peculiaridades do modelo regulatório brasileiro.....	80
3.2.5	Distinção entre agências reguladoras e agências executivas	83
3.2.6	Consolidação do modelo regulatório brasileiro.....	84
3.3	AGÊNCIAS REGULADORAS E A FUNÇÃO REGULATÓRIA	90
3.3.1	Autonomia das agências reguladoras.....	91
3.3.2	Dependência das agências reguladoras	93
3.3.3	Legitimidade e democracia no âmbito regulatório	95
3.3.4	Ideologia e regulação	99
3.4	O CONSUMIDOR PERANTE AS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	101
3.4.1	Conflito de interesses entre consumidores e fornecedores	102
3.4.2	Vulnerabilidade e hipossuficiência	103
3.4.3	Regulação como paternalismo estatal	108
4	AGÊNCIAS REGULADORAS X INTERESSES DO CONSUMIDOR	113
4.1	CAPTURA REGULATÓRIA.....	113
4.1.1	O processo de captura regulatória	114
4.1.2	A inevitável captura regulatória: o caso da Anatel.....	117

4.1.3	Constatações sobre a indicação de reguladores.....	120
4.1.4	Indeterminação do mandato dos reguladores.....	124
4.1.5	Autonomia e excesso de discricionariiedade	126
4.2	INEFICIÊNCIA REGULATÓRIA	127
4.2.1	Agências reguladoras e custos de transação	128
4.2.2	O problema do principal-agente nas agências reguladoras	130
4.2.3	A ineficiência do instituto da concessão: o caso da telefonia fixa	132
4.2.4	Problemas inerentes à concessão de bens e serviços públicos	136
4.3	PATERNALISMO REGULATÓRIO.....	139
4.3.1	Agencificação.....	139
4.3.2	Problemas do paternalismo regulatório.....	141
4.3.3	Intervenção das agências reguladoras na economia.....	143
4.3.4	A regulação contra o consumidor: o caso da aviação civil	146
4.3.5	A regulação como um mal necessário.....	150
4.3.6	Desmitificando a regulação estatal	152
5	CONCLUSÃO	161
	REFERÊNCIAS.....	165

1 INTRODUÇÃO

Regulação é um conceito abstrato, podendo ser entendido como o conjunto de regras que têm por objetivo controlar determinada interação. Assim, a regulação aplicada ao Direito é a criação de normas pelo Estado com o propósito de disciplinar relações jurídicas na sociedade. Contudo, tal definição ainda seria demasiadamente ampla, podendo remeter-se a qualquer domínio do Direito positivo. Portanto, Direito Regulatório deve ser interpretado como o conjunto de normas jurídicas emanadas pelos órgãos da Administração Pública para regulamentar diplomas jurídicos hierarquicamente superiores.

A regulação estatal pode manifestar-se potencialmente em qualquer órgão administrativo, apresentando-se como disciplina de estudo abrangente. Desse modo, delimitar-se-á como tema deste trabalho a repercussão da regulação no âmbito das agências reguladoras brasileiras nos interesses do consumidor segundo a ótica jurídico-econômica da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*).

O problema desta pesquisa consistirá em investigar se as agências reguladoras no exercício da função regulatória atendem aos interesses do consumidor.

O método de procedimento deste estudo será o monográfico e o método de abordagem será o dedutivo. O procedimento metodológico consistirá na revisão bibliográfica, no estudo de caso e na análise estatística.

A Análise Econômica do Direito será a teoria de base desta pesquisa, tendo por fundamentos vertentes teóricas diversificadas. A Escola da Escolha Pública (*Public Choice*) será utilizada no estudo da relação da política e dos políticos com as agências reguladoras e os reguladores, bem como as influências mutuamente exercidas por esses grupos. A Escola da Economia Comportamental (*Behavioral Economics*) será aplicada no exame da intervenção estatal nas relações de consumo e na interpretação do comportamento dos agentes envolvidos no processo regulatório. A Escola liberal e a releitura neoliberal serão empregadas para investigar a intervenção estatal na economia por meio da regulação e na proposta da desregulação como um instrumento de defesa dos interesses do consumidor.

O primeiro Capítulo iniciar-se-á com a apresentação da possibilidade do diálogo interdisciplinar entre a Ciência Jurídica e a Ciência Econômica por meio da Análise Econômica do Direito. Concomitantemente, será realizada sua contextualização e condições de aplicabilidade no contexto regulatório.

No segundo Capítulo será abordada a estrutura das agências reguladoras independentes. Para melhor compreensão do estado atual da arte, será realizado retrospecto da origem da função regulatória estatal e estudo comparado com os modelos regulatórios dos EUA e da União Europeia. Na sequência, será abordada a gênese do modelo regulatório brasileiro e as condições históricas que levaram ao surgimento das agências reguladoras propriamente ditas, bem como sua consolidação no âmbito da Administração Pública. Na perspectiva da temática contemporânea, será discutido o grau de autonomia das agências reguladoras, bem como serão analisadas críticas quanto a sua legitimidade democrática para emanar normas e as decorrentes implicações jurídicas. A relação entre ideologia e regulação também será abordada, visto que o debate sobre regulação frequentemente é prejudicado por rotulações ideológicas, impedindo o desenvolvimento da disciplina. Por fim, a posição do consumidor perante as agências reguladoras será analisada, tendo por ênfase o conflito de interesses entre consumidores e fornecedores nos setores regulados, a caracterização da vulnerabilidade e hipossuficiência do indivíduo em tais relações consumeristas, bem como a prática de paternalismo estatal como medida para remediar esse desequilíbrio.

O terceiro Capítulo tratará dos principais problemas que têm por origem a estrutura das agências reguladoras no Brasil, especificamente no que diz respeito às relações de consumo e de como os interesses do consumidor são impactados pela atuação dessas autarquias especiais. O primeiro distúrbio investigado será o processo de *captura regulatória*, que ocorre quando determinadas pessoas ou grupos de interesse têm o poder de influenciar regulamentações a seu favor, descaracterizando a pretensa tecnicidade dos órgãos regulatórios e fazendo com que os interesses do consumidor permaneçam em segundo plano. A segunda disfunção abordada consistirá na *ineficiência regulatória*, originada a partir do exercício ineficiente da função regulatória, fazendo com que os interesses do consumidor sejam prejudicados por regulamentações que, além de não cumprirem com os objetivos traçados, oneram a relação consumerista por aumentar os custos de produção. Finalmente, o terceiro vício identificado será o *paternalismo regulatório*, entendido como a ideia de que a atividade regulatória é a solução para as falhas de mercado, quando na realidade muitas vezes é sua própria causa; assim como o mito de que a regulação sempre opera em benefício do consumidor.

O objetivo desta pesquisa é identificar os problemas do modelo regulatório brasileiro para que os interesses do consumidor

sejam melhor representados nos setores da economia disciplinados pelas agências reguladoras. A solução a ser estudada será a desregulação da economia, devolvendo a liberdade contratual e o poder de decisão ao consumidor, bem como limitando a intervenção estatal no domínio econômico à correção de falhas de mercado.

2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E REGULAÇÃO

O *Law and Economics* (LaE) ou Análise Econômica do Direito (AED), na tradução vernacular mais utilizada, é o movimento e a teoria que preza pela aplicação racional dos princípios e métodos econômicos ao estudo das normas, instituições e agentes vinculados ao ordenamento jurídico¹.

O movimento do *Law and Economics* emergiu nos Estados Unidos nos anos 60, tendo se consolidado a partir da década de 70 e ganhado adeptos no estudo e aplicação de suas teorias desde então. Embora essa abordagem inovadora entre Direito e Economia tenha sido influenciada por teóricos norte-americanos e sua origem seja conhecida a partir desse país, as raízes de seus fundamentos também remontam ao pensamento econômico europeu². Além disso, a relação entre Direito e Economia já havia sido estudada anteriormente por Max Webber, que, apesar de considerar que essas Ciências não dependiam uma da outra, reconhecia que elas faziam parte de conjunto amplo de possibilidades, envolvendo costumes, convenções e instituições alheias, mantendo relação de importância mútua³.

A AED representa a aproximação do diálogo entre Direito e Economia que antes estava restrito a poucas áreas da Ciência Jurídica. O desenvolvimento de pesquisas relacionadas ao movimento a partir dos anos 70 levou à percepção de que a utilização do instrumental econômico poderia ser aplicada às mais diversas áreas do Direito, constatação que despertou a atenção não somente de juristas estadunidenses, mas também de operadores jurídicos de outros países que contribuíram para a internacionalização do movimento. Nesse sentido, a relação entre a Ciência Jurídica e a Ciência Econômica que antes da década de 60 estava limitada ao Direito de Concorrência e, em menor grau, ao Direito Tributário e ao Direito Econômico, passou a considerar como campos de estudo possíveis disciplinas como o Direito

¹ GONÇALVES, Everton das Neves. *A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988*. Dissertação. Mestrado em Direito. Florianópolis: UFSC, 1997, p. 93.

² PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Curso de Law & Economics*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005, p. 15.

³ WEBER, Max. *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*. Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 667-668.

das Coisas, o Direito de Família, o Direito Penal, o Direito Processual, o Direito Ambiental, a Responsabilidade Civil, entre outros.

Dois juristas, concomitantemente, tiveram fundamental contribuição para a revolução da relação entre Direito e Economia, o que posteriormente culminaria no estabelecimento de disciplina específica. Cada um desses juristas apresentou independentemente um artigo, publicados com apenas meses de diferença, que juntos se eternizaram como as raízes históricas do movimento da AED. Um desses artigos foi elaborado pelo economista inglês Ronald Coase, intitulado *The Problem of Social Cost*⁴, quando já lecionava na *University of Virginia*. O outro escrito pertence a Guido Calabresi, intitulado *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*⁵, tendo sido publicado pouco tempo depois de ter se tornado o Professor mais jovem a juntar-se ao prestigiado corpo docente da *Yale Law School*, em *New Haven*.

Contudo, o *Law and Economics* somente faria a transição de movimento para teoria geral a partir de Richard Posner, com a publicação, em 1973, da obra *The Economic Analysis of Law*⁶, que consolidou os marcos teóricos da nova disciplina.

2.1 ESCOLAS DE PENSAMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito não é movimento homogêneo e indivisível, sendo na verdade denominação “guarda-chuva” formada por determinado conjunto de Escolas de pensamento que podem ser agrupadas por guardarem princípios semelhantes e procedimentos metodológicos comuns. Conforme a corrente teórica adotada, os resultados da aplicação dos instrumentais econômicos a determinada situação pode levar até mesmo a resultados contrapostos,

⁴ COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. The Journal of Law and Economics. Vol. 3. Charlottesville: University Of Virginia School of Law, 1960.

⁵ CALABRESI, Guido. *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*. *Yale Law Journal*, Vol. 70. New Haven: Yale Law School, 1961.

⁶ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1973.

motivo que justifica a abordagem das Escolas da Análise Econômica do Direito.

O diálogo entre Direito e Economia varia conforme a corrente teórica da Análise Econômica do Direito, mas pode considerar-se que todas elas envolvem a alocação eficiente de recursos. Apesar das diversas correntes interpretativas, todas elas fazem parte do mesmo movimento. A diferença entre essas Escolas de pensamento consiste no modo de aplicação dos princípios econômicos ao estudo do Direito, sobretudo levando em consideração o conceito de eficiência adotado por cada teoria, que pode ser entendido da maximização da riqueza à busca da felicidade.

2.1.1 Escola de Chicago

As Escolas de pensamento da Análise Econômica do Direito desenvolveram-se inicialmente em centros onde houvesse a efervescência tanto da doutrina econômica como da jurídica. As primeiras correntes teóricas do movimento surgiram na Universidade de Chicago, essa como o expoente do pensamento econômico estadunidense e provida de uma das mais renomadas faculdades de Direito daquele país; e na Universidade de Yale, considerada juntamente à rival Universidade de Harvard como a melhor Escola jurídica norte-americana, além do tradicional destaque no ensino da Ciência Econômica.

A Universidade de Chicago não apenas é o lar da corrente mais consolidada da Análise Econômica do Direito como também da mais tradicional Escola de teoria econômica estadunidense, a Escola Econômica de Chicago (*Chicago School of Economics*). A Universidade foi o destino de Friedrich Hayek quando se estabeleceu nos Estados Unidos e teve destaque com a teoria monetarista de Milton Friedman e com o advento do Neoliberalismo, movimento inspirado nas pesquisas de ambos os economistas. Aliado ao tradicional ensino jurídico, não foi surpresa que a Universidade de Chicago seria berço do diálogo profícuo entre Direito e Economia. A organização inclusive passou a contar a partir de 1964 com o Ronald Coase no seu quadro de docentes, economista inglês que elaborou o artigo que abriu as portas para a AED - *The Problem of Social Cost*⁷, pesquisa publicada em 1961.

⁷ COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*. Vol. 3. Charlottesville: University Of Virginia School of Law, 1960.

Contudo, apesar da proliferação das pesquisas que buscavam aliar Direito e Economia, ainda faltava a sistematização que estabelecesse o elo entre esses estudos. Esse papel coube a Richard Posner, Professor de Direito da Universidade de Chicago, que vislumbrando a uniformidade dos procedimentos metodológicos e os objetos de estudo comuns de várias pesquisas esparsas sobre Direito e Economia, firmou a espinha dorsal da disciplina. Com a publicação da sua obra magna *The Economic Analysis of Law*⁸, no ano de 1973, Posner perpetuou o *Law and Economics* não apenas como movimento, mas também como teoria.

A Escola de Chicago desde o seu surgimento reconhece que a competência da Ciência Econômica para a avaliação de situações jurídicas é limitado. Para a vertente, até admite-se que possa ser efetuada análise positiva da eficiência que normas jurídicas alternativas tenderiam a apresentar e também os seus efeitos na distribuição de riqueza e de renda. Entretanto, mantém-se certa resistência e admite-se que os limites de sua atuação não compreendem a elaboração de prescrições normativas para cumprir anseios por transformações sociais ou reformas jurídicas⁹.

A Escola de Chicago não tem a pretensão de modificar a metodologia empírica da Ciência Econômica, devido às particularidades de seu objeto de estudo e considerando que seus membros usualmente têm mínima formação em Economia e Estatística, fazendo com que haja ênfase no estudo de caso e em métodos informais, embora não esteja impedido no uso da econometria e dos modelos matemáticos¹⁰. Assim, o aspecto central da perspectiva da Análise Econômica do Direito segundo a Escola de Chicago é o pressuposto de que o indivíduo tem comportamento constantemente racional e que atua para a maximização da sua riqueza.

⁸ POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1977.

⁹ PARISI, Francesco. Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics. *European Journal of Law and Economics*, vol. 18, p. 259–272. Amsterdã: Kluwer Academic Publishers, 2004, p. 264.

¹⁰ Idem. The new institutional economics meets Law and Economics. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, p. 73-87, 1993, p. 82.

2.1.2 Escola de New Haven

A Escola de *New Haven* toma seu nome da cidade onde é sediada a Universidade de Yale, que juntamente com a Universidade de Harvard é o mais proeminente centro de estudos jurídicos dos Estados Unidos, além do destaque no ensino de Administração e Economia. Desse modo, assim como foi o caso da Universidade de Chicago, não foi surpresa que tal academia seria uma das pioneiras em pesquisas sobre a aplicação dos instrumentais da teoria econômica ao Direito. Contudo, por peculiaridades históricas e diferentes modelos de ensino, o desenvolvimento da AED na Universidade de Yale se deu de modo muito diverso àquele ocorrido na Universidade de Chicago.

O início dos estudos em Direito e Economia na Universidade de Yale deveu-se ao italiano Guido Calabresi, com o artigo intitulado *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*¹¹. O trabalho, um dos precursores da AED, foi publicado em 1961, pouco tempo depois de Calabresi ter se tornado o Professor mais jovem a juntar-se ao prestigiado corpo docente da Universidade, situada em *New Haven*. O artigo de Guido Calabresi foi tão influente quanto o de Ronaldo Coase, tendo fundado a segunda escola seminal da *Law and Economics* - a Escola de *New Haven*¹².

A abordagem da Escola de *New Haven* é voltada para aperfeiçoar o funcionamento do contemporâneo Estado de bem-estar social e seu complexo aparato regulatório. Nesse sentido, o papel da AED seria (a) determinar justificativa para cada ação do poder público, (b) analisar as instituições políticas e administrativas de modo realista e (c) definir a função a ser desempenhada pelo Poder Judiciário no contexto do sistema atual de políticas públicas. Segundo essa Escola, a aproximação entre o Direito e a Economia é necessária e essencial, tendo em vista o papel cada vez maior desempenhado pelo Direito Administrativo e pelos procedimentos regulatórios no Estado de bem-

¹¹ CALABRESI, Guido. *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*. Yale Law Journal, Vol. 70. New Haven: Yale Law School, 1961.

¹² HARRIS, Ron. The uses of history in law and economics. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 4, p. 659–696, 2003, p. 662.

estar social. Essa transformação forçou os juristas a repensarem as funções dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário¹³.

A Escola de *New Haven* critica a Escola de Chicago sobretudo por sua postura eminentemente conservadora e mantenedora do *status quo*. Assim, seus membros usualmente defendem que se deve partir dos fatos para a teoria, não o contrário, dando destaque para quem perde e quem ganha no processo de realocação de riqueza, seja pela decisão judicial, administrativa ou política¹⁴.

Diferentemente da Escola de Chicago, para a Escola de *New Haven* a estrutura das organizações estatais e sua função regulamentar tem papel preponderante para criar incentivos e influenciar a escolha individual dos cidadãos, por exemplo, por meio de tributos e subsídios, de modo a corrigir as falhas de mercado na sociedade¹⁵. Assim, há ênfase no estudo dos órgãos governamentais e no impacto da alocação e distribuição de recursos.

Além disso, a corrente teórica de *New Haven* se destaca por ser mais flexível quanto à distribuição da riqueza e da propriedade se comparada à Escola de Chicago e à Escola da *Public Choice*, permitindo a realocação de direitos por meio de políticas públicas em situações de falha de mercado.

Contudo, há também pontos de convergência. Em consonância com a Escola de Chicago e com a abordagem da *Public Choice*, na Escola de *New Haven* também está presente o que costuma ser a característica típica da pesquisa em Microeconomia - a racionalidade do agente econômico¹⁶. Assim, cabe ao Estado por meio de seus órgãos influenciar a decisão individual a partir de mecanismos de incentivo ao comportamento social desejado.

¹³ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: From Posner to Post-modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1998, p. 79-80.

¹⁴ NOURSE, Victoria; SHAFFER, Gregory. *Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory?* SSRN Scholarly Paper, nº ID 1405437. Rochester, NY: Social Science Research Network, 15 maio 2009. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=1405437>>. Acesso em: 3 fev. 2017, p. 69.

¹⁵ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. Op. cit., p. 81.

¹⁶ *Ibidem*.

2.1.3 Escola da Public Choice

A Escola da *Public Choice* (ou Escola da Escolha Pública) teve origem a partir da obra *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, publicada em 1962 por James Buchanan, futuramente laureado pelo prêmio Nobel de Economia, e Gordon Tullock, no momento em que ambos eram docentes da Universidade de Virginia, razão pela qual alguns autores a denominam Escola de Virginia. Tal denominação não é correntemente utilizada, mas tem coerência, pois apesar de ambos deixarem a organização pouco tempo depois da publicação da mencionada pesquisa, permaneceram como docentes em universidades do Estado da Virginia por boa parte de suas carreiras acadêmicas.

Assim, diferentemente das correntes teóricas de Chicago e *New Haven*, a Escola da *Public Choice* não se consolidou a partir de uma única Universidade, razão pela qual não leva o nome de nenhuma cidade, como é o caso dos centros da Universidade de Chicago e da Universidade de Yale.

A Escola da *Public Choice* por sua vez além do Direito e Economia estabelece diálogo com a Teoria Política, considerando as expectativas dos eleitores quanto às ações de seus representantes políticos, assim como admite o interesse pessoal de cada agente político ou econômico na efetivação de ações públicas específicas¹⁷. Assim, o agente planejaria sua atuação de modo a maximizar a sua reputação perante o público alvo. Outro tema tratado por essa corrente é a alocação de recursos públicos, que, evidentemente, precisa ser realizada de forma eficiente, considerando que a receita pública é limitada e as necessidades sociais ilimitadas.

Cabe frisar que a Ciência Econômica e a Teoria Política não são disciplinas distantes. Ambas apresentam característica comum que permite o diálogo entre as duas áreas - suas relações dependem da cooperação entre dois ou mais indivíduos¹⁸. Isso é possível tanto por meio do Estado como do mercado. As pessoas somente cooperam para o intercâmbio de bens e serviços em determinado ambiente mercadológico porque essa cooperação implica num ganho mútuo. Essencialmente, na

¹⁷ BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. In: *The Collected Works of James M. Buchanan*. Vol. 3. Indianapolis: Liberty Fund, 1999, p. 16.

¹⁸ *Ibidem*, p. 18.

Teoria Política ocorre aproximação semelhante. Os indivíduos aceitam sair do Estado de Natureza e firmar o Contrato Social para tornarem-se membros de um corpo político que persiga fins comuns.

Em comparação com a Escola de Chicago, a Escola da *Public Choice* não se mostrou tão dominante no processo de criação de normas jurídicas. Contudo, a própria Escola de Chicago demorou a ter relevante grau de influência em certas áreas, como é o caso do Direito de Concorrência¹⁹.

Assim como a Escola de Chicago e a Escola de *New Haven*, a Escola da *Public Choice* também parte do pressuposto da racionalidade do agente econômico²⁰. Isso quer dizer que o consumidor tende a direcionar seus esforços para maximizar a *utilidade*, que no sentido econômico traduz-se como a satisfação que determinado bem ou serviço é capaz de trazer ao indivíduo²¹.

A forma como um sujeito faz suas escolhas políticas não difere muito daquela de suas escolhas privadas. Em ambos os casos, o agente tomará a decisão que maximize a sua perspectiva de utilidade. A diferença no meio político é que as escolhas não costumam ser individuais, e sim tendem a ser *escolhas coletivas*, dependentes da vontade de mais indivíduos²². Assim, dois ou mais agentes devem concordar para a tomada de decisão comum. Há custos envolvidos para chegar-se a esse acordo. Caso fosse uma negociação mercadológica bilateral, cada parte teria que arcar com o custo de estabelecer qual a margem de negociação para determinado bem ou serviço. Havendo limiar comum, o negócio jurídico concretizar-se-ia. No meio político, além do custo para definir os interesses individuais há o custo coletivo para concretizar os acordos, razão pela qual o procedimento de conciliação entre as escolhas individuais divergentes representa o custo do processo político, que por sua vez precisa ser internalizado pelas partes.

¹⁹ FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. *Law and Public Choice: A Critical Introduction*. Chicago: University of Chicago Press, 1991, p.16.

²⁰ BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. In: The Collected Works of James M. Buchanan. Vol. 3. Indianapolis: Liberty Fund, 1999, p. 34.

²¹ HARSANYI, John C. Cardinal Welfare, Individualistic Ethics, and Interpersonal Comparisons of Utility. *Journal of Political Economy*, v. 63, n. 4, p. 309–321, 1955, p. 310-311.

²² BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. Op. cit., p. 98.

A Escola da *Public Choice* destaca o custo do processo político na criação normativa, o que costuma ser negligenciado por outras correntes da AED²³. Mesmo que se assumisse para efeitos teóricos que os agentes políticos são motivados pelo desejo de promover o bem comum ou o bem público, é preciso salientar a diversidade de definições que permeiam tais conceitos, variando de acordo com os grupos ou interesses que estão buscando ser tutelados pelo representante político. O que é certo de uma forma ou de outra é que os agentes procuram maximizar sua *utilidade*, inclusive no meio político, e os custos para chegar a um acordo precisam ser internalizados por alguém.

Enquanto numa relação mercadológica há o consumidor de um lado e o fornecedor de outro para a transação de bens e serviços, no meio político há uma demanda jurídica e uma oferta jurídica. Nesse caso, os demandantes são os eleitores e os lobistas, enquanto que os políticos e os burocratas estão do lado da oferta. Em suma, a Escola da *Public Choice* diz respeito à análise econômica da tomada de decisão não mercadológica em que os agentes participantes fazem parte de complexa relação que gera resultados políticos. Assim, os instrumentais da teoria econômica são utilizados para avaliar a tomada de decisão política, considerando as teorias do Estado, as regras de votação, o comportamento do eleitor, a política partidária, a prática de *logrolling* (“uma mão lava a outra”), o aparato burocrático, políticas públicas e a regulamentação estatal. Desse modo, o foco dos estudos concentra-se em como se dá a criação e a aplicação do Direito por meio do processo político²⁴.

Assim como a Ciência Econômica estuda as falhas e ineficiências de mercado, o objetivo da Escola da *Public Choice* é identificar as falhas de governo. A corrente se propõe a compreender, descrever e explicar os resultados políticos, legislativos e burocráticos do esperado comportamento racional de maximização da utilidade das pessoas envolvidas no processo de tomada de decisão política. Os resultados políticos em última análise refletem o conjunto de escolhas individuais na estrutura de incentivos decorrentes das normas jurídicas e de sua aplicação. Contudo, o papel da Escola da *Public Choice* vai também além do escopo governamental, explorando as implicações das

²³ *Ibidem*, p. 275.

²⁴ MERCURO, Nicholas. The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics. *Journal Jurisprudence*, Volume 2, p. 61-110. Sidney: Cengage Learning, 2009, p. 79-80.

escolhas políticas, legislativas e burocráticas e seu impacto na economia²⁵.

A aplicação da teoria do *Law and Economics* pela vertente da *Public Choice* no Direito brasileiro é plenamente exequível. Inclusive, Thomas Ulen defende que o papel da Escola da *Public Choice* em elucidar as dinâmicas do Direito Positivo e o comportamento dos legisladores parece adequar-se melhor ao contexto da *Civil Law* do que em relação à *Common Law*²⁶.

Na perspectiva da demanda no meio político, a análise centra-se nos mecanismos de votação e critérios que devem ser usados para aprovar normas jurídicas e estruturar políticas públicas, tanto no caso da democracia direta, em que os próprios cidadãos se manifestam, seja nas eleições ou, no caso brasileiro, a partir de Plebiscito e Referendo; como na democracia representativa, em que os cidadãos elegem candidatos políticos e esses por sua vez, como legisladores, assumem a atividade legislativa. Nesses casos, a análise a partir da *Public Choice* pode tanto identificar quais são os efeitos das normas que regem os processos legislativos existentes, o que se denomina como abordagem positiva, como também apontar quais deveriam ser as normas apropriadas para evitar as falhas de governo, o que consiste na abordagem normativa.

Do lado da oferta do mercado político, o foco está no comportamento dos agentes políticos responsáveis pela atividade legislativa e dos administradores públicos responsáveis pela aplicação da legislação. No que tange aos agentes políticos, os estudos da *Public Choice* podem centrar-se no exame do comportamento dos legisladores no processo de apoio e votação das propostas de seus pares aos legisladores, no comportamento dos partidos políticos e legisladores durante o processo legislativo, na atuação dos agentes políticos no exercício do mandato e ainda na interferência dos legisladores junto à Administração Pública para a implementação da legislação. O principal objetivo da análise nesses casos é compreender o modelo do comportamento político em tais ocasiões e verificar o quão eficientes

²⁵ Ibidem, p. 81.

²⁶ ULEN, Thomas S. *Law and Economics: Settled Issues and Open Questions*. In: MERCURO, NICHOLAS (Org.). *Law and Economics*. Springer Science & Business Media, 2012. p. 201–231, p. 218.

são os resultados das ações destes diversos grupos no âmbito legislativo²⁷.

Duas concepções são recorrentes quando é analisado o lado da oferta do sistema político. De um lado, considera-se que o eleitor é racionalmente ignorante; de outro, que os legisladores atuam por interesse próprio.

Quando se afirma que os eleitores são assumidamente ignorantes não há intenção pejorativa, sendo meramente uma constatação decorrente dos poucos incentivos para a participação zelosa nos sufrágios, afinal os eleitores têm poucas razões para investir tempo, dinheiro ou energia para exercer um voto bem informado, porque se tem a noção que existe apenas uma pequena chance de que um voto individual seja decisivo em qualquer eleição. Quanto ao interesse próprio dos políticos, ambos os candidatos a cargos como os empossados, considera-se que suas decisões visam à maximização da sua utilidade, que costuma envolver fatores como votos, poder de influência e vantagens financeiras.

Ao contrário do entendimento clássico da Teoria Política de que os agentes políticos têm suas ações motivadas para a concretização do bem comum e do interesse público, ou ainda em nome do bem-estar dos cidadãos; na Escola da *Public Choice* o comportamento dos políticos é sempre analisado sob a ótica econômica, encarando-os como maximizadores de *utilidade* que empreendem esforços para ganhar eleições e alcançar ambições pessoais por influência social ou retorno financeiro. Assim, em vez de encarar o mandato ou o cargo público como instrumentos para a implementação de políticas públicas, o fim da atividade política passa a ser o sucesso eleitoral por meio de posicionamentos políticos de apelo popular.

Nesse sentido, algumas abordagens da *Public Choice* consideram que os políticos agem para maximizar o seu apelo junto aos eleitores, que por sua vez escolhem representantes com base em seu próprio interesse econômico. Na sequência, quando eleitos, os agentes políticos defendem programas ou Leis que sejam mais sensíveis a grupos de interesses, por exemplo, os grandes financiadores de campanha, temas capazes de repercutir positivamente na mídia, ou aqueles que permitam crescimento na influência política, aumentando assim as suas possibilidades de (re)eleição e a chance de realizarem

²⁷ MERCURO, Nicholas. The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics. *Journal Jurisprudence*, Volume 2, p. 61-110. Sidney: Cengage Learning, 2009, p. 82.

projetos pessoais²⁸. Tais comportamentos também têm consequências para a economia, o que é estudo na vertente da *Public Choice*.

Contudo, a Escola da *Public Choice* não se limita a estudar a dinâmica das eleições, o processo legislativo e suas respectivas repercussões econômicas. Após uma norma ser aprovada pelo Poder Legislativo, muitas vezes ela precisa ser regulamentada ou aplicada pelos administradores públicos que compõem o aparelho estatal burocrático.

Além dessas implicações, a Escola da *Public Choice* também se dedica a estabelecer modelos que descrevam as relações entre (a) os diversos órgãos estatais, (b) os órgãos estatais e os grupos de interesses e (c) os órgãos estatais e o Poder Legislativo; vislumbrando tornar claras as implicações econômicas do comportamento dos agentes que fazem parte do aparelho burocrático²⁹.

O modo de funcionamento do aparelho burocrático influencia na aplicação da legislação. Mesmo o diploma normativo não exigindo a atividade regulamentar, as lacunas, intencionais ou não, exigem posicionamento subjetivo por parte do administrador público ou intérprete aplicador. Além disso, a margem interpretativa da norma por vezes é suficientemente elástica para restringir ou ampliar seu alcance e hipóteses de incidência. Mesmo que a legislação especifique determinados objetivos, não é concebível que seja completamente específica quanto à aplicação, tendo por consequência a possibilidade de grande divergência entre a intenção legislativa e a aplicação pelo aparelho burocrático.

Para compreender melhor a aplicação da legislação na atividade administrativa, torna-se necessário analisar e compreender o papel dos incentivos envolvidos, bem como os custos e repercussões da atividade burocrática. Assim como os eleitores têm pouco incentivo para adotar uma decisão criteriosa ao escolher seus representantes, os membros do aparelho burocrático têm incentivos fracos para agirem em prol do interesse público e do bem-estar social no âmbito da estrutura administrativa da qual fazem parte.

Analogamente, no mercado político os cidadãos são os consumidores e os políticos seus fornecedores, tendo esses maiores incentivos para efetuar uma escolha qualificada, pois pode repercutir diretamente em benefício próprio. Assim sendo, considerando o comportamento racional do agente econômico, os incentivos para o

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem, p. 83

agente político tendem a serem maiores para agir com o objetivo de maximizar sua utilidade, seja para qualificar sua reputação ou para obter maior retorno financeiro.

2.1.4 Escola Comportamental

Diz-se que o indivíduo é racional quando busca meios de obter recursos que satisfaçam suas necessidades. Evidentemente, como as preferências variam de cada indivíduo, a mensuração da *utilidade* é abstrata e subjetiva. Sendo assim, sua aplicação na Ciência Econômica somente é possível quando se coloca diante do agente bens e serviços que possam ser elencados de acordo com determinado limite de recursos, o que acaba por revelar a valoração que um sujeito estabelece de uma coisa em relação à outra. Devido à complexidade, essa tarefa costuma ocorrer no campo teórico. Contudo, tal esforço costuma ser necessário para o estabelecimento de padrão de comportamento que fundamente o cálculo econométrico. Na impossibilidade de considerar os desejos e paixões dos sujeitos singularmente, sacrifica-se a individualidade do agente em favor de fórmula geral que sirva de modelo para prever o comportamento coletivo resultante da alteração de incentivos em determinada relação econômica. Entretanto, essa redução de preferências individuais à racionalidade teórica do *homo economicus* na prática pode provocar graves distorções que podem invalidar todo um modelo econômico proposto, inclusive culminando com resultados contrários. Essa é a posição da Escola Comportamental (*Behavioral Economics*) da Análise Econômica do Direito.

A Escola da *Behavioral Economics* fortalece o poder preditivo e analítico da Análise Econômica do Direito. Apesar de refutar o dogma da racionalidade do agente econômico, a Economia Comportamental não sugere que o comportamento é aleatório ou impossível de prever, mas, em vez disso, sugere que o agir humano é sistemático e pode ser modelado³⁰.

O objetivo da Escola Comportamental é propor abordagem para a análise econômica que tenha como pressuposto uma concepção mais precisa sobre o agir humano, desconstruindo o mito da

³⁰ JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, volume 50, p. 1471-1550. Stanford: Stanford Law Review, 1998, p. 1476.

racionalidade do *homo economicus* presente nas demais abordagens. Contudo, salienta-se que a *Behavioral Economics* não se propõe a substituir as abordagens convencionais da Ciência Econômica. Há ocasiões em que a generalização do comportamento dos agentes é necessária para a formulação de modelos econômicos. A atenção mínima às preferências individuais tornaria inviável qualquer tentativa de estabelecer determinada previsão econômica ou uma teoria geral. Entretanto, a Escola Comportamental pode ser a melhor alternativa para determinados estudos de casos, minimizando a chance de resultados dúbios, podendo ainda ser aliada a outras abordagens para o estabelecimento de modelos verossímeis.

A vertente da Economia Comportamental questiona um dos princípios fundadoras da Análise Econômica do Direito e, em especial, a corrente oriunda da Escola de Chicago. Para Ronald Coase, a alocação inicial de diferentes bens em determinado mercado com baixos custos de transação pouco importaria, pois os agentes econômicos, enquanto seres racionais, realizariam transações entre si para buscar a satisfação de seus interesses³¹. A *Behavioral Economics* disputa essa premissa, demonstrando por meio de estudos empíricos que os agentes econômicos têm aversão à perda - o chamado efeito de dotação (*endowment effect*)³². Assim, a mesma pessoa pode se comportar de forma diversa dependendo de que lado da transação ela se encontra. Não é porque certo indivíduo compra um bem por um montante “X” que ele estará disposto a vendê-lo pela mesma quantia, e vice-versa.

Há contraposição entre o *homo economicus* da abordagem econômica clássica e o indivíduo do mundo real. A Escola Comportamental explora esse espaço não estudado pelas correntes tradicionais. O *homo economicus* convencional possui três características básicas que definem seu comportamento. A primeira é a *racionalidade*, traduzindo-se como a ação no sentido de maximizar a utilidade para o sujeito, de acordo com suas preferências. A segunda é a *força de vontade*, que corresponde à faculdade do ser humano de agir no sentido de perseguir seus desejos e frear ímpetos prejudiciais. Por fim, a terceira característica trata-se do *interesse próprio*, segundo o qual o agente econômico empreende esforços nas atividades que lhe ofereçam

³¹ COASE, Ronald. The Nature of the Firm. *Economica*. Vol. 4. Oxford: Blackwell Publishing, novembro de 1937, p. 10.

³² JOLLS, Christine. *Behavioral law and economics*. National Bureau of Economic Research, 2007, p. 5.

melhores incentivos³³. A Economia Comportamental coloca em xeque essas três concepções, demonstrando as limitações de cada uma delas no intuito de oferecer um panorama mais realista da atuação do agente econômico.

A Escola da Comportamental surgiu para estudar essas questões até então ignoradas tanto por juristas como por economistas, analisando a interdependência de fatores que influenciam as crenças, preferências e escolhas dos indivíduos. Até mesmo a Escola da *Public Choice* ignorava esses aspectos, apesar de ter por objeto de estudo as fontes que afetam o processo de criação de normas jurídicas³⁴.

A racionalidade limitada identificada pela *Behavioral Economics* parte do pressuposto que as habilidades cognitivas humanas são finitas. As pessoas podem até responder racionalmente, mas no âmbito de suas próprias limitações cognitivas. Isso influencia diretamente duas categorias resultantes do padrão de racionalidade: julgamento e tomada de decisão.

A capacidade de julgamento na prática costuma distanciar-se dos modelos econômicos de previsões imparciais, já o processo de tomada de decisão por vezes viola axiomas da teoria da *utilidade*. Os erros de julgamento ocorrem comumente quando o indivíduo busca estimar a frequência de algum evento, levando-o a considerar a probabilidade de um acontecimento a partir de casos semelhantes que vêm à memória, culminando em conclusões errôneas. Por exemplo, tratando-se de um acidente automobilístico, as pessoas tendem a superestimar a probabilidade de sua ocorrência se testemunharam recentemente tal acontecimento. Assim como a capacidade de julgar as probabilidades de modo imparcial não corresponde ao real comportamento humano, presumir que o agente econômico siga necessariamente os ditames da teoria da *utilidade* também não é adequado. Enquanto que os axiomas da teoria da *utilidade* em tese caracterizam um modelo de escolha racional, as opções fatuais podem contrariar essa correlação³⁵.

³³ *Ibidem*.

³⁴ KURAN, Timur; SUNSTEIN, Cass R. Controlling Availability Cascades. In: SUNSTEIN, Cass R. (Org.). *Behavioral Law and Economics*. Cambridge University Press, 2000. p. 374–394, p. 375.

³⁵ JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, volume 50, p. 1471-1550. Stanford: Stanford Law Review, 1998, p. 1478.

Além de mitigada racionalidade, outra premissa da Economia Comportamental é que as pessoas costumam apresentar *força de vontade* limitada. O termo refere-se ao fato de que os seres humanos muitas vezes têm o discernimento que agem em conflito com os seus próprios interesses em longo prazo. Por exemplo, parte dos fumantes afirma que prefeririam não fumar, sendo que muitos inclusive gastam dinheiro para participar de programas ou obter medicamentos na tentativa de acabar com o vício. Tal como acontece com a racionalidade limitada, muitos indivíduos reconhecem que têm *força de vontade* limitada para tomar medidas que atenuem comportamentos economicamente prejudiciais³⁶. Por exemplo, muitos correntistas buscam consórcios ou financiamentos devido à incapacidade de constituir e manter uma poupança, ou ainda pessoas em dieta que procuram não frequentar ambientes que possam desviá-las da rotina alimentar. Traduzindo para o sistema político, o cidadão pode decidir apoiar determinada política pública pela dificuldade de gerenciar as suas finanças e a sua rotina para obter o mesmo produto ou serviço oferecido pela iniciativa privada.

Por fim, o *interesse próprio* limitado se refere a um fato por vezes ignorado quando se aborda a teoria da *utilidade*: alguns indivíduos se importam com o bem-estar alheio, até mesmo com desconhecidos, em algumas circunstâncias, seja por altruísmo ou visando a alguma suposta recompensa espiritual. Isso não quer dizer que se negue a ideia de maximização da *utilidade*, mas apenas a revisão de alguns pressupostos correntemente utilizados. A proposta da Economia Comportamental não é introduzir na equação o simples altruísmo, que já é abordado pela economia convencional. Por exemplo, em certas situações mercadológicas as pessoas se importam em serem tratadas de modo leal e querem tratar os outros de modo leal se esses assim estão se comportando. Como resultado, os agentes em um modelo de Economia Comportamental tendem a ser mais gentis e abertos a negociações, se tratados de modo leal; e mais intransigentes, caso ocorra o contrário³⁷.

A economia comportamental tem sido responsável por grandes mudanças no modelo regulatório em diversos ordenamentos, principalmente com a popularização de *nudges*, ou “cutucadas” na tradução literal, que são medidas regulatórias que, embora simples e

³⁶ Ibidem, p. 1479.

³⁷ Ibidem.

baratas, possam causar grande impacto no mercado³⁸. É o caso, por exemplo, da publicização de tabelas de consumo e eficiência energética de eletrodomésticos exigida pelo Inmetro, que apesar de não ser agência reguladora é autarquia com certas características regulatórias; ou ainda a informação nutricional em produtos alimentícios conforme disposições da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), que é agência regulatória, mas com certas atribuições que envolvem a implementação de políticas públicas.

A Escola Comportamental tem destacado a importância da heurística no processo de tomada de decisão (nem sempre racional) do consumidor. Quando os riscos de determinada ação são avaliados, o consumidor tende a fazer uso da heurística, entendida como “atalhos mentais”, para decidir se os custos de transação são menores do que as vantagens a serem auferidas. Geralmente a heurística por si só é suficiente, mas em certos casos ela pode provocar distorções de realidade, o que pode acarretar perdas financeiras ou danos irreparáveis. Partindo-se da heurística, o agente econômico pode subestimar a existência ou extensão de riscos simplesmente pelo fato de que isso não é de seu conhecimento ou não está em sua memória recente. De outro lado, riscos mínimos podem ser sobrevalorizados em decorrência de eventos contemporâneos, minimizando o potencial de maximização da riqueza³⁹.

A *Behavioral Economics* aliada à análise econômica tradicional se mostra especialmente útil para prever e modelar a resposta dos agentes econômicos frente a determinados incentivos, permitindo que se produzam hipóteses mais confiáveis sobre o comportamento humano. Desse modo, possibilitam-se previsões mais precisas quando se propõe a alteração dos incentivos numa relação econômica, assim como se torna mais fácil identificar as falhas de mercado e de governo, bem como na proposição de prescrições para saná-las.

2.2 TIPOS DE ABORDAGEM JURÍDICO-ECONÔMICAS

A dicotomia entre o discurso positivo e normativo, a análise descritiva e prescritiva, a contraposição entre fatos e valores etc; não são novidades para qualquer disciplina das ciências sociais,

³⁸ SUNSTEIN, Cass R. *Valuing Life: Humanizing the Regulatory State*. Chicago: University Of Chicago Press, 2014, p. 7.

³⁹ *Ibidem*, p. 8.

inclusive no caso do Direito. Na Economia, o tema foi motivo de debates por décadas, na busca de definir quais são os limites para que se considere uma pesquisa econômica como propriamente científica.

Os estudos em Economia tradicionalmente são classificados em dois tipos de abordagem - a positiva e a normativa. Enquanto que na primeira a Economia busca dizer o que "é", ou o estado atual das coisas; na segunda busca-se propor o que "deveria ser". Assim como em diversos outros ramos do conhecimento, essa dicotomia também foi motivo de na Economia. Já no século XIX, John Neville Keynes apontava a controvérsia existente no ramo da metodologia econômica sobre a natureza da Economia Política. Uma escola a caracterizava como ética, realista e indutiva; enquanto que a outra vertente a entendia como positiva, abstrata e dedutiva⁴⁰.

Além da dicotomia clássica entre a abordagem positiva e normativa na Ciência Econômica, apresenta-se, também, uma recente alternativa metodológica aplicável à Escola da *Public Choice* - a abordagem funcional. As três perspectivas serão exploradas nas seções subsequentes para demonstrar os diversos métodos pelos quais os estudos interdisciplinares entre Direito e Economia podem ser conduzidos.

2.2.1 Abordagem Positiva

A Economia Positiva em sentido estrito tem por base a análise empírica de observações quantitativas ou do comportamento dos indivíduos no mercado⁴¹. O objetivo dessa abordagem é conferir maior grau de confiabilidade e imparcialidade à análise econômica, fundamentando seus argumentos mais com números do que com letras.

A Economia Positiva é pretensamente independente de qualquer posicionamento moral ou juízos de valor, tendo por objetivo fornecer um sistema geral que permita estabelecer previsões corretas para qualquer mudança de circunstâncias com repercussão econômica. Assim, Friedman considera que a Economia Positiva pode ser tão objetiva enquanto ciência quanto em comparação com as ciências

⁴⁰ KEYNES, John Neville. *The scope and method of political economy*. Macmillan, 1891, p. 11.

⁴¹ BUCHANAN, James M. Positive economics, welfare economics, and political economy. *The Journal of Law and Economics*, v. 2, p. 124–138, 1959, p. 127.

naturais, mesmo que no caso da Economia o investigador faça parte de seu próprio objeto de estudo⁴².

A abordagem positiva é a mais tradicional da Ciência Econômica, estando vinculada no âmbito da Análise Econômica do Direito à Escola de Chicago. Assim, tanto Ronald Coase, um dos fundadores do movimento, como Richard Posner, o responsável por sua sistematização em linhas teóricas, são vinculados a esse tipo de estudo que visa afastar a Economia de qualquer influência subjetiva ou propostas motivadas por razões morais.

Segundo a abordagem positiva, apesar do alcance analítico da Economia, sempre foi reconhecida a sua limitação para o exame de certas questões, dentre elas algumas de natureza jurídica. Desse modo, convencionou-se que os modelos positivos poderiam servir de base para o exame da eficiência de normas jurídicas e também para vislumbrar perspectivas sobre os efeitos que uma modificação normativa causaria na sociedade. Já no caso de programas que vislumbrem alternativas para a distribuição da riqueza e de renda para a transformação da estrutura social, os integrantes dessa corrente teórica usualmente reconhecem que tal tarefa está fora do âmbito positivo, devendo tópicos como esse serem investigados pela abordagem normativa⁴³.

Assim, a abordagem positiva confere maior objetividade à Economia, transformando-a em Ciência Econômica, tal como Kelsen o fez em relação ao Direito, tornando seu estudo de vertente positiva em Ciência Jurídica⁴⁴. A pesquisa econômica de viés positivo permite a análise objetiva do impacto que a regulação tem na vida das pessoas, sendo instrumento imprescindível na elaboração de políticas públicas e na apreciação de sua eficiência e efetividade quanto aos objetivos visados.

⁴² FRIEDMAN, Milton. *Essays in positive economics*. Chicago: University of Chicago Press, 1953, p. 3.

⁴³ PARISI, Francesco. Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics. *European Journal of Law and Economics*, vol. 18, p. 259–272. Amsterdã: Kluwer Academic Publishers, 2004, p. 261.

⁴⁴ KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 13.

2.2.2 Abordagem Normativa

A abordagem normativa tem por finalidade estabelecer o que “deve ser” em vez de descrever aquilo que “é”. Isso fez com que por muito tempo as pesquisas normativas na disciplina de Economia fossem rechaçadas, pois pertencem à mesma natureza que os postulados morais⁴⁵.

De acordo com o positivismo lógico, haveria apenas dois tipos de discurso significativo. Um deles seria o conhecimento sintético, aquele decorrente do empirismo; e o outro seria o conhecimento analítico, oriundo da lógica e da matemática. Todo o resto seria apenas metafísica sem sentido⁴⁶. Como a abordagem normativa é baseada em premissas não derivadas de qualquer uma dessas duas fontes, esse modelo deixou de pertencer à categoria científica, sendo relegado à mesma categoria da religião e da ética.

Há economistas que defendem não haver dicotomia entre as abordagens positiva e normativa, pois a última estaria a serviço da primeira. Na interpretação de Gul e Pesendorfer, o tradicional objetivo da abordagem normativa, que consiste em formular políticas públicas, confunde Economia com terapia social. Assim, para os autores, o único papel da Economia Normativa seria o de sugerir novas questões de estudo para a Economia Positiva⁴⁷.

O preconceito contra a abordagem normativa apenas perdeu intensidade nos meados do século XX, por iniciativa de Economistas influentes que se empenharam para conquistar aceitação dessa metodologia nas pesquisas convencionais de Ciência Econômica. Até então, a maioria dos economistas considerava que o seu papel era produzir Ciência Econômica positiva - “a ciência que nos diz o que é o caso”⁴⁸. Desse modo, pela sua natureza científica, a abordagem positiva nunca deveria ser contaminada por preocupações normativas e éticas a respeito de como as coisas deveriam ser.

⁴⁵ HANDS, Wade. *The Positive-Normative Dichotomy and Economics*. Tacoma: University of Puget Sound, 2009, p. 3.

⁴⁶ Ibidem, p. 4.

⁴⁷ GUL, Faruk; PESENDORFER, Wolfgang. The case for mindless Economics. In: CAPLIN, Andrew; SCHOTTER, Andrew (Org.). *The foundations of positive and normative economics: a handbook*. Oxford University Press, 2008. p. 3–42, p. 6.

⁴⁸ HANDS, Wade. *The Positive-Normative Dichotomy and Economics*. Tacoma: University of Puget Sound, 2009, p. 6.

Assim, não somente se considerava que os estudos positivos e normativos eram distintos, mas além de tudo havia condenação epistêmica pela abordagem normativa, sendo alegado que essa seria cientificamente inválida e deveria ser refutada pela Ciência Econômica.

Aos poucos se passou a entender que as ideias normativas tinham papel importante nos debates sobre Política Econômica, mas ainda não na Ciência Econômica propriamente dita. Contudo, a partir da metade do século XX, demonstrou-se ser possível propor abordagens de cunho normativo sem que a subjetividade dos autores pudesse mascarar direcionamento de cunho ideológico que comprometesse a validade das propostas apresentadas. Foi nesse período que a abordagem normativa teve como expoente a Escola de Yale, fazendo-se valer da objetividade da Ciência Econômica como instrumento para efetuar prescrições que permitam mudanças nas estruturas institucionais, com motivação em valores morais por meio de processos otimizados.

Contrariamente à Escola de Chicago, a Escola de Yale (ou Escola de *New Haven*) da Análise Econômica do Direito se caracteriza sobretudo pela abordagem normativa, defendendo haver necessidade de maior intervenção legal a fim de corrigir falhas de mercado. Assim, a questão da distribuição da riqueza é central nos seus estudos, ao passo que na Escola de Chicago tal tema quando não ignorado é apenas incidental⁴⁹. A posição do grupo é frequentemente permeada por valores morais e é mais propensa à intervenção política no domínio jurídico-econômico.

Apesar de a proposta normativa contrapor-se à abordagem costumeiramente positiva da Universidade de Chicago, a Escola de Yale tem também atraído autores que se utilizam da metodologia da Escola de Chicago para formular proposições normativas sobre como deveria ser o sistema jurídico. Afinal, assumindo-se que a função do Direito na sociedade é a concretização da justiça (não importando seu conceito) e da isonomia na distribuição da riqueza, a abordagem convencional da Universidade de Yale entende que a eficiência, nos termos definidos pela Escola de Chicago, jamais poderia ser o fim último de um sistema jurídico⁵⁰.

⁴⁹ PARISI, Francesco. Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics. *European Journal of Law and Economics*, vol. 18, p. 259–272. Amsterdã: Kluwer Academic Publishers, 2004, p. 264.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 265.

A discussão ainda persiste sobre quais exatamente são os requisitos necessários para qualificar uma pesquisa em Economia como sendo de natureza científica, tal como ocorre no Direito. Contudo, atualmente esse debate está restrito ao campo da metodologia econômica, inexistindo divergências significativas sobre a separação do estudo científica da Economia em relação às preocupações normativas e éticas, assim como se o diálogo entre “ser” e “dever ser” seria uma dicotomia rígida, ou ainda se tudo o que se encontra no âmbito normativo deveria ser rechaçado pela Ciência Econômica⁵¹. Afinal, as duas abordagens têm seus louros e deméritos, sendo essenciais tanto para a análise de mercado como para a formulação de políticas públicas.

2.2.3 Abordagem Funcional

A abordagem funcional é mais recente do que as abordagens positiva e normativa, sendo ainda um conceito em construção. Ela se relaciona com a Escola da *Public Choice* e questiona os limites metodológicos dos estudos levados a cabo sob o rótulo da Análise Econômica do Direito. O resultado é uma abordagem que atravessa a dicotomia entre os modelos positivo e normativo, compreendendo tanto algumas vantagens como as fragilidades de ambos. Essa linha de pensamento é dedicada à identificação das falhas de governo no processo de criação das normas, salientando a importância de existirem mecanismos de controle tais quais aqueles presentes no contexto mercadológico.

A teoria funcionalista estuda a criação e a arquitetura das instituições, usualmente com o objetivo de minimizar custos de transação no processo de trocas econômicas⁵². Assim são justificadas medidas como a delegação de poderes, por exemplo.

A escola funcional se tornou uma vertente independente por não se enquadrar inteiramente nos moldes positivo ou normativo. O enfoque dessa investida é explorar as forças estruturais que impedem o advento de normas jurídicas eficientes tendo como ponto de partida o arcabouço teórico da Escola da *Public Choice*. Apesar de certas

⁵¹ Ibidem.

⁵² KASSIM, Hussein; MENON, Anand. The principal-agent approach and the study of the European Union: promise unfulfilled?. *Journal of European Public Policy*, v. 10, n. 1, p. 121–139, 2003, p. 123.

similaridades, essa vertente difere da abordagem normativa por considerar que existem falhas no mercado político que dificultam que o processo de criação de normas seja efetuado em conformidade com os princípios jurídicos⁵³.

Apesar de ainda em desenvolvimento, a abordagem funcional tem o potencial de lançar luz sobre a concepção tradicional de legislar, sugerindo que o processo de estudo, elaboração e votação das proposições legislativas aptas a se transformarem em normas jurídicas seja precedido de análise adequada da estrutura de incentivos que permeiam o seu ambiente de aplicação⁵⁴.

Mais do que apenas uma possível abordagem, Ralf Michaels defende que a Análise Econômica do Direito como um todo utiliza o método funcionalista, pois seu enfoque não está centrado na consistência doutrinária das normas jurídicas, mas no seu potencial de atender à sociedade nas suas necessidades⁵⁵.

Tanto as abordagens positiva como a normativa servem ao mesmo tempo de inspiração e crítica pela abordagem funcional. Suas premissas se vinculam à Escola da *Public Choice* pela preocupação em estabelecer modelos de escolha coletiva que sejam coerentes com as preferências individuais. Uma premissa fundamental na ótica funcional da Análise Econômica do Direito é o individualismo metodológico. De acordo com esse pressuposto, apenas os indivíduos são capazes de escolher e agir, por mais que sejam parte de um corpo coletivo para fins políticos. Assim, qualquer que seja a realidade social que se busque explicar em nível agregado, deve-se antes compreender como o resultado das escolhas individuais de pessoas que agem de acordo com suas próprias preferências influencia no entendimento coletivo da realidade da qual fazem parte⁵⁶.

⁵³ PARISI, Francesco; KLICK, Jonathan. Functional Law and Economics: The Search for Value-Neutral Principles of Lawmaking. *Chicago-Kent Law Review*, v. 79, p. 431, 2004, p. 435-436.

⁵⁴ PARISI, Francesco. Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics. *European Journal of Law and Economics*, vol. 18, p. 259-272. Amsterdã: Kluwer Academic Publishers, 2004, p. 264.

⁵⁵ MICHAELS, Ralf. The Second Wave of Comparative Law and Economics?. *University of Toronto Law Journal*, v. 59, n. 2, p. 197-213, 2009, p. 198.

⁵⁶ PARISI, Francesco. Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics. *European Journal of Law and Economics*, vol. 18, p. 259-272. Amsterdã: Kluwer Academic Publishers, 2004, p. 266.

Destaca-se que a abordagem funcional, apesar de seguir grande parte dos pressupostos das teorias tradicionais, refuta algumas de suas principais premissas. Primeiramente, há resistência quanto ao conceito de eficiência geralmente defendido pela Escola positiva, em virtude da dificuldade de sua aplicação a todas as áreas do Direito, sobretudo na área do Direito Administrativo. Além disso, a abordagem normativa também é alvo de crítica pela ótica funcional no tocante às políticas públicas corretivas, em geral defendidas pelos seus integrantes. Sendo os modelos econômicos representações simplificadas da realidade, pode ser temerário utilizar tais mecanismos para desenhar políticas corretivas ou intervencionistas, tendo em vista a possibilidade de, em face dos novos incentivos apresentados, o comportamento individual não corresponder conforme o planejado⁵⁷. Nesse ponto, a abordagem funcionalista converge com a abordagem positiva, pois para ambas os as análises normativas por vezes não se atentam para o universo de consequências não intencionais de intervenção estatal no âmbito jurídico-econômico.

Reconhece-se que os juristas e intérpretes do Direito muitas vezes não tem o conhecimento necessário para aplicar técnicas matemáticas de análise econométrica para avaliar a eficiência das normas jurídicas, bem como suas possibilidades de interpretação e as possíveis alternativas normativas. Ao passo que as abordagens normativa e sobretudo a positiva ficam prejudicadas nesse contexto, ainda é possível realizar uma análise funcional das normas jurídicas. Nesse sentido, para aqueles dispostos a aventurar-se em tal intento, a abordagem funcional é uma alternativa à análise econométrica dos custos e benefícios decorrentes da aplicação de determinada norma jurídica na sociedade. Acima de tudo, deve-se investigar quais são os incentivos subjacentes à estrutura jurídica ou social que motivaram a criação de determinada norma jurídica. Assim, a perspectiva funcional permite estender o alcance da Análise Econômica do Direito tradicional para incluir no estudo jurídico-econômico a consideração da influência das instituições, mercadológicas ou não, no sistema jurídico, bem como o exame das vantagens comparativas de diferentes modelos de elaboração normativa, com o intuito de apresentar normas eficientes à sociedade.

A abordagem funcional da Análise Econômica do Direito ainda está em sua fase inicial de desenvolvimento e está buscando atingir a maturidade teórica. Entretanto, desde já se reconhece os

⁵⁷ Ibidem, p. 265.

méritos dessa abordagem por levantar algumas questões sobre a delicada harmonia entre as preferências individuais e os resultados esperados pela sociedade como um todo, com ênfase no estabelecimento de controles institucionais e em modelos econômicos coerentes com as escolhas individuais.

2.3 CONCEITOS DE EFICIÊNCIA

A pesquisa na disciplina de Análise Econômica do Direito está atrelada ao conceito de eficiência Econômica. Dependendo da abordagem, tal critério tem suma importância para o desenvolvimento de estudos na área. Por exemplo, na abordagem positiva, característica da Escola de Chicago, a finalidade das normas jurídicas seria a promoção da eficiência. Sendo colocada mais ou menos em evidência, a premissa da eficiência é requisito fundamental para que determinado prognóstico possa ser caracterizado como pertencente à Ciência Econômica. Assim, cabe definir quais são as diversas acepções do termo que podem ser utilizadas como fundamento para a Análise Econômica do Direito.

O conceito que se dá à eficiência carrega o valor que permeia o estudo realizado. Por exemplo, caso se queira propor meios para distribuir a riqueza, objeto típico da Escola de *New Haven* a partir da abordagem normativa, certamente a eficiência será definida nos termos do critério Kaldor-Hicks, denominado a partir dos seus idealizadores, os economistas britânicos Nicholas Kaldor e John Hicks. Do contrário, caso não se queira realocar os recursos, mas apenas maximizar a riqueza, proposta comumente apresentada pelos adeptos da Escola de Chicago por meio da abordagem positiva, a eficiência deverá ser encarada segundo a melhoria ou o ótimo de Pareto, critério que leva o nome de seu criador, o economista italiano Vilfredo Pareto.

Há também uma terceira via possível para a consideração da eficiência, que passa pelo destaque da função que o ordenamento jurídico desempenha na sociedade para garantir a eficácia dos Direitos Fundamentais, a que se denomina como Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES), de criação de Everton das Neves Gonçalves⁵⁸.

⁵⁸ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão

2.3.1 Ótimo de Pareto

Vilfredo Pareto fez parte do movimento de Economia Política que, inspirado pelo ocorrido com as ciências naturais, fez prevalecer o método quantitativo sobre o método qualitativo, em busca de maior grau de precisão na pesquisa econômica. Contudo, o próprio autor frisa que não é porque algum estudo carrega a etiqueta de “quantitativo” que ele é necessariamente válido ou verdadeiro⁵⁹. De qualquer forma, a precisão matemática e a tecnicidade do cálculo econométrico nas análises do polímata italiano culminaram na cunhagem do termo “Ótimo de Pareto” (*Pareto Optimality*), ou “Eficiência de Pareto” (*Pareto Efficiency*), em sua homenagem.

Quando dois indivíduos estabelecem contrato no contexto mercadológico para a sua satisfação mútua e esse contrato não tem externalidades, ou seja, se a troca ou realocação dos bens envolvidos não afeta outras pessoas de qualquer forma, considera-se que o contrato resultou no que se chama de *Melhoria de Pareto*. Assim, os dois indivíduos que firmaram o negócio jurídico se sentem melhor em decorrência desse e nenhum terceiro se sente em situação pior em sua virtude da transação. Mesmo que apenas um dos contratantes considerasse estar em vantagem, se o outro ao menos não vislumbrasse prejuízo, ainda estar-se-ia diante de tal situação. Desse modo, pode-se dizer também que o contrato aumentou o bem-estar social total, ou satisfação social, afinal se o bem-estar aumentou para cada um dos participantes e não foi diminuído para qualquer outro indivíduo, houve aumento da riqueza⁶⁰.

Contudo, não se pode dizer que a riqueza social total é maximizada por causa de determinado contrato, apenas é possível afirmar que esse sofreu acréscimo. Tal situação decorre do fato de que poderiam existir outros negócios jurídicos que trouxessem maior incremento na satisfação das partes contratantes. Somente quando se está diante de um negócio jurídico em que a soma da utilidade para os sujeitos não pudesse ser superior em outras combinações é que se estará

normativo-judicial. *Seqüência* - Estudos Jurídicos e Políticos, v. 35, n. 68, p. 261–290, 2014..

⁵⁹ PARETO, Vilfredo. *Considerations on the fundamental principles of pure political economy*. Routledge, 2007, p. 1.

⁶⁰ CHAPMAN, Bruce. Economic Analysis of Law and the Value of Efficiency. In: HATZIS, Aristides N. (Editor). *Economic Analysis of Law: A European Perspective*. Elgar, 2005, p. 4.

diante da maximização da riqueza e, por consequência, atingir-se-á o Ótimo de Pareto. Assim quando o Ótimo de Pareto é atingido, não existe qualquer outro cenário de trocas econômicas que possa trazer maior satisfação aos agentes envolvidos sem que algum deles ou mesmo terceiros sejam prejudicados.

2.3.2 Eficiência Kaldor-Hicks

Além do Ótimo de Pareto, a maximização da riqueza também pode ser alcançada pelo critério Kaldor-Hicks. A diferença entre as duas alternativas consiste na possibilidade de determinado ordenamento jurídico admitir ou não a flexibilização de certos direitos, sobretudo o direito de propriedade, em nome do interesse coletivo. Caso a resposta for afirmativa, o critério Kaldor-Hicks pode ser aplicado.

Nicholas Kaldor, tendo analisado as “Leis de Grãos” (*Corn Laws*) no Reino Unido, demonstrou que tais diplomas legais eram ineficientes e que sua revogação beneficiaria a sociedade como um todo, apesar de determinados indivíduos serem prejudicados com a mudança. Para solucionar o impasse, bastaria compensar aqueles afetados pelas externalidades negativas, por exemplo, por meio de tributação àqueles que tirassem proveito das externalidades positivas e tivessem aumento na renda⁶¹.

Retomando a lição de Vilfredo Pareto, John Hicks considera que o problema econômico consiste em satisfazer as diferentes preferências individuais, afinal cada sujeito busca a realização de seus próprios interesses. O cumprimento dessas aspirações encontra obstáculos não apenas de natureza técnica ou pelo total de produção disponível, mas também porque a vontade de um indivíduo potencialmente confronta os anseios de outrem⁶².

Como solução para o problema da satisfação econômica entre indivíduos com preferências conflitantes, Hicks aponta que é possível aumentar a *satisfação social* como um todo mesmo nesses

⁶¹ KALDOR, Nicholas. Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility. *The Economic Journal*, p. 549–552, 1939, p. 550.

⁶² HICKS, John R. The Foundations of Welfare Economics. *The Economic Journal*, v. 49, n. 196, p. 696–712, 1939, p. 698.

casos, desde que a parte prejudicada tenha a redução de sua satisfação compensada por outros mecanismos⁶³.

Apesar de publicados separadamente em 1939, foi com base nos artigos seminais de Nicholas Kaldor e John Hicks que se estabeleceu a eficiência Kaldor-Hicks. Segundo esse conceito, é aceitável que determinados indivíduos tenham sua *satisfação* reduzida mediante processo de troca econômica, desde que sejam compensados pelo seu prejuízo.

O critério Kaldor-Hicks baseia-se numa hipotética compensação dos agentes prejudicados por determinada transação econômica caso o incremento da riqueza social seja maior que as externalidades negativas dela decorrentes⁶⁴. Nesse caso, as partes beneficiadas pelo negócio jurídico deveriam indenizar os terceiros prejudicados por tal ocorrência. Nessa situação, a alocação inicial dos direitos aos indivíduos envolvidos no processo é relativizada. Inclusive, não cabe às partes prejudicadas recusarem a compensação para manterem o *status quo*. Afinal, caso os contratantes e os terceiros prejudicados aceitassem acordo por uma indenização, estar-se-ia diante de uma Melhoria ou de um Ótimo de Pareto, pois, se todas as partes aceitassem realizar a transação, todos teriam aumento de *utilidade* se comparado ao estado das coisas anterior.

Assim, a possibilidade da aplicação da eficiência a partir do critério Kaldor-Hicks depende da disponibilidade para pagar das partes envolvidas. Caso essa seja superior aos prejuízos arcados por terceiros, os direitos alheios devem ser relativizados e o negócio jurídico deve ser concretizado em nome do incremento ou maximização da *satisfação social*.

2.3.3 Princípio da Eficiência Econômico-Social

No contexto nacional, Everton das Neves Gonçalves, um dos pioneiros na pesquisa da Análise Econômica do Direito no Brasil, propôs abordagem inovadora almejando a correção do descompasso entre eficiência e bem-estar social. Para tanto, foi concebido o Princípio

⁶³ Ibidem, p. 700.

⁶⁴ STRINGHAM, Edward Peter; ZYWICKI, Todd J. Common Law and Economic Efficiency. In: PARISI, Francesco; Posner, Richard (Org.). *Encyclopedia of Law and Economics*. 2. ed. A ser publicado, p. 37.

da Eficiência Econômico-Social (PEES), no intuito de harmonizar a maximização da riqueza com o desenvolvimento social.

Segundo a concepção econômica tradicional, parte-se do pressuposto de que tornando os processos eficientes, por consequência, aumentar-se-ia a riqueza social, mas não necessariamente sua alocação dar-se-ia por equidade ou distributividade. Por sua vez, o Direito, buscando reduzir o desequilíbrio social, pode ter mecanismos que obriguem a compensação dos prejudicados em virtude da criação de normas ou da concretização de negócios jurídicos eficientes. Assim, segundo a ótica da Análise Econômica do Direito, ao elaborar-se uma norma jurídica, deve-se escolher pela alternativa que permita o maior alcance de políticas públicas econômicas e sociais, atenuando por conseguinte as externalidades para a sociedade⁶⁵.

Desse modo, o equilíbrio entre Direito e Economia além de possível pode apresentar-se como o resultado eficiente para ambos os lados⁶⁶. Por exemplo, a adoção de políticas públicas distributivas de riqueza pode fazer com que os indivíduos beneficiados sejam aptos a produzir mais riqueza, além de conquistar a ascensão em seu padrão de vida, fazendo com que o Estado não precise atuar tão incisivamente com políticas assistenciais. Desse modo, pela ótica jurídica estaria sendo cumprida a função social da propriedade e a efetivação de direitos individuais e sociais. Igualmente, pela perspectiva econômica, em médio e longo prazo, essa poderia ser a escolha eficiente, em virtude da produção de novas riquezas pelos sujeitos beneficiados e da redução de gastos públicos com programas sociais.

⁶⁵ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. *O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito*. Berkeley: UC Berkeley Program in Law and Economics, 2007. Disponível em: <<http://www.escholarship.org/uc/item/39q6m55k>>. Acesso em: 24 de maio de 2013, p. 12-13.

⁶⁶ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e Direito: pecado ou virtude; uma incursão pela Análise Econômica do Direito. *Revista Jurídica*, vol. 1, n. 28, de 2012. Curitiba: Unicuritiba, 2012, p. 98.

2.3.4 O princípio da eficiência no ordenamento jurídico brasileiro

O princípio da eficiência foi incorporado ao texto constitucional pela Emenda Constitucional n. 19/1998⁶⁷, incluindo no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 a eficiência como um dos princípios da Administração Pública. Contudo, o texto constitucional já previa a obrigação do poder público de prestar serviços públicos, diretamente ou mediante concessão ou permissão, com a “obrigação de manter serviço adequado”, conforme artigo 175, IV, da CRFB/1988. Assim, nota-se a evolução do texto constitucional. Primeiramente, não bastava apenas o serviço estar à disposição, ele precisava ser adequado. Após a Emenda Constitucional n. 19/1998, além de o serviço público estar à disposição da população e de ser prestado de modo adequado, ele precisa também apresentar-se eficiente.

No tocante à regulação de serviços públicos pelo Direito Administrativo, notável incorporação do princípio da eficiência se deu com a Lei n. 8.987/95⁶⁸, que em seu artigo 6º dispõe que “toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários [...]”, esclarecendo no §1º que serviço adequado é aquele que satisfaz, entre outras condições, a eficiência.

No âmbito da disciplina de Direito do Consumidor, a eficácia está prevista no inciso X do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁶⁹, obrigando “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”. Já a eficiência resta contemplada no artigo 22 do CDC, ao dispor sobre o fornecimento de serviços por órgãos públicos, tanto de forma direta como indiretamente, por meio de empresas públicas, concessionárias ou permissionárias; demandando que os serviços prestados sejam adequados, eficientes, seguros e contínuos, no caso dos serviços essenciais.

⁶⁷ BRASIL. Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.

⁶⁸ BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

⁶⁹ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

Há confusão no que concerne ao significado do princípio da eficiência na doutrina consumerista. Nunes chega a asseverar que para determinado serviço ser considerado eficiente ele precisa “cumprir sua finalidade na realidade concreta”. Mais ainda, o autor afirma que “o sentido de eficiência remete ao resultado: é eficiente aquilo que funciona”⁷⁰.

O equívoco a respeito do conceito de eficiência se repete na disciplina de Direito Constitucional. Moraes conceitua que o princípio da eficiência impõe que “O administrador público precisa ser *eficiente*, ou seja, deve ser aquele que produz o efeito desejado, que dá bom resultado [...]”⁷¹.

Nos casos mencionados confunde-se eficiência com eficácia. A eficácia é a aptidão de determinado curso de ação para auferir o resultado visado. Eficiência diz respeito aos meios, ao processo para atingir determinado fim. A prestação de serviços públicos é eficiente quando levar aos mesmos ou melhores resultados a um custo inferior. Entenda-se custo em seu sentido *lato*, compreendendo não apenas o dinheiro gasto, mas também o tempo e os recursos humanos empregados no processo que culmina com a disponibilização do serviço. O conjunto de todos os recursos dispensados para atingir determinado fim recebe o nome de *custos de transação*.

O princípio da eficiência se encontra em destaque no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo a partir de sua positivação constitucional. Talvez ainda não se tenha atingido a maturação doutrinária para exaurir suas possibilidades concretas de aplicação. A doutrina jurídica, muitas vezes arraizada unicamente no princípio da legalidade e apegada ao formalismo burocrático, por muito tempo considerou que cabia à Administração Pública unicamente a observância aos preceitos legais, não imputando ao agente público a responsabilização pelo mau uso, ou uso ineficiente, do dinheiro público, desde que suas ações não estivessem em contrariedade manifesta com a legislação. Com o advento do princípio da eficiência, exige-se do erário o emprego racional dos recursos públicos, de modo a oferecer serviços públicos de maior qualidade e reduzir o custeio da máquina pública.

⁷⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 128.

⁷¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 348.

2.4 CUSTOS DE TRANSAÇÃO

A concepção dos *transaction costs*, ou *custos de transação* na tradução para o vernáculo, tem origem a partir da obra de Ronald Coase, inicialmente enquanto esse ainda era membro da *London School of Economics*, com a publicação em 1937 do artigo intitulado *The nature of the firm*⁷². O economista inglês posteriormente desenvolveria postulados teóricos que permitiriam solidificar tal conceito, sendo um dos responsáveis pelo surgimento do movimento *Law and Economics* com a publicação em 1960 do artigo *The problem of Social Cost*⁷³. Nessa obra, Ronald Coase defendeu que quando os *custos de transação* são próximos de zero, tanto faz para quem é adjudicado o direito, de modo que o resultado eficiente seria obtido pela negociação das partes, o que seria suficiente para a internalização das externalidades negativas de determinada situação⁷⁴. Tal premissa ficou conhecida como *Teorema de Coase*, sendo popularizada a partir da obra de George Stigler⁷⁵.

Os *custos de transação* englobam toda e qualquer forma de custos envolvidos em determinado processo de troca econômica⁷⁶, sejam fixos ou variáveis; diretos ou indiretos. Por exemplo, quando uma empresa decide contratar outra para o fornecimento de determinados bens ou serviços, também está considerando os gastos que teve desde a pré-negociação. Primeiramente, há custos para pagar despesas tais como a pesquisa para a escolha do melhor fornecedor, o pagamento dos empregados envolvidos e o tempo empregado no processo - recursos que poderiam ter sido utilizados de forma mais lucrativa se a fase de pré-negociação não fosse necessária. Há também custos com a transação em si, como o tempo empreendido para se chegar ao acordo comum e a consultoria jurídica e contábil para o estabelecimento de suas cláusulas. Por fim, há custos pós-negociais, que dizem respeito ao possível descumprimento do contrato, como as custas judiciais e honorários

⁷² COASE, Ronald. *The Nature of the Firm*. *Economica*. Vol. 4. Oxford: Blackwell Publishing, novembro de 1937, p. 393-395.

⁷³ Idem. *The Problem of Social Cost*. *The Journal of Law and Economics*. Vol. 3. Charlottesville: University Of Virginia School of Law, outubro de 1960.

⁷⁴ Ibidem, p. 10-13.

⁷⁵ STIGLER, George Joseph. *The Theory of Price*. 4. ed. New York: McMillan Publishing Co, 1987.

⁷⁶ COASE, Ronald. *The Nature of the Firm*. *Economica*. Vol. 4. Oxford: Blackwell Publishing, novembro de 1937, p. 393-395.

advocáticos a serem gastos para uma ação de execução e, principalmente, o prejuízo decorrente do inadimplemento para a atividade empresarial.

Pode-se compreender melhor no que consistem os *custos de transação* a partir do conceito de “Custo-Brasil”. O Custo-Brasil pode ser conceituado como o conjunto de custos pertinentes ao processo de produção de produtos e serviços no país⁷⁷. O Custo-Brasil engloba todos os custos que dificultam a atividade econômica nacional, tais como a onerosidade das exportações, a dificuldade em realizar investimentos, a inadequação das linhas de financiamento, a carência de infraestrutura, a complexidade da legislação tributária, a falta de qualificação dos trabalhadores e, em destaque, a excessiva regulação. Todos esses são igualmente *custos de transação*, aplicados à realidade econômico-social brasileira.

2.4.1 Externalidades

A quantificação dos custos de transação está diretamente ligada à extensão das externalidades⁷⁸. As externalidades fazem parte virtualmente de qualquer negócio jurídico concretamente analisado. Numa transação mercadológica, as partes fazem um contrato que julgam ser mutuamente benéfico para si, caso contrário por livre e espontânea vontade se recusariam a pactuá-lo. Contudo, além dos contratantes, há terceiros que podem ser afetados, tanto de forma positiva como de maneira negativa, pelas trocas realizadas.

Pigou foi o responsável pela introdução do conceito de *externalidade* no estudo da Economia. O economista inglês demonstrou que causas externas têm o potencial de influenciar as preferências e comportamentos dos indivíduos no processo de satisfação econômica, tanto de forma positiva como negativa⁷⁹.

Porém, não só o negócio jurídico é capaz de gerar externalidades, mas por vezes a própria ação individual já é o suficiente

⁷⁷ CARPINTÉRO, José Newton Cabral. *Custo Brasil e competitividade sistêmica*. Anais do Congresso Brasileiro de Custos-ABC. 1997, p. 7.

⁷⁸ DAHLMAN, Carl J. The Problem of Externality. *Journal of Law and Economics*, vol. 22, n. 1, p. 141-162. Chicago: The University of Chicago Press, 1979.

⁷⁹ PIGOU, Arthur Cecil. *The Economics of Welfare*. Macmillan, 1920, p. 73.

para causar impacto nos bens e direitos de terceiros. Por exemplo, quando determinado sujeito exerce determinada atividade econômica está interferindo no contexto do estrato social do qual faz parte; podendo ao mesmo tempo ter repercussões benéficas para alguns, assim como para outros ter consequências indesejáveis.

2.4.2 Cálculo de negligência

O cálculo de negligência (*calculus of negligence*) foi idealizado pelo o magistrado norte-americano Learned Hand, sendo tal equação também conhecida como fórmula de Hand, em sua homenagem. A fórmula foi descrita pela primeira vez em 1947 no julgamento de *United States v. Carroll Towing Co.*⁸⁰, caso em que se julgou a responsabilidade civil do proprietário do rebocador *Carroll* por atracar displicentemente uma terceira embarcação no píer, que acabou por desprender-se e chocar-se contra outra embarcação, de propriedade do Estado, causando o rompimento de sua estrutura, o que a levou a afundar após muitas horas⁸¹. A discussão em questão era decidir se o proprietário da embarcação afundada, o governo dos Estados Unidos, deveria ter mantido um tripulante a bordo que, mesmo se não pudesse evitar o choque, poderia ter impedido que a embarcação afundasse. Caso assim fosse considerado, a responsabilidade entre o proprietário do rebocador *Carroll* e o governo dos Estados Unidos seria compartilhada ou até mesmo ficaria totalmente a cargo do último. Na ausência de precedente aplicável ou de regulamentação específica, o magistrado Learned Hand lançou mão do cálculo de negligência, fórmula concebida com o escopo de avaliar até que ponto é possível exigir uma precaução por parte de um sujeito de modo a mitigar a probabilidade de evento danoso.

O cálculo de negligência proposto por Hand no julgamento de *United States v. Carroll Towing Co.* possui três variáveis e apresenta a seguinte fórmula:

⁸⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Second Circuit. *United States et al. v. Carroll Towing Co., Inc., et al.* Relator: Learned Hand. Data de julgamento: 9 jan 1947.

⁸¹ KELLEY, Patrick J. The Carroll Towing Company case and the teaching of Tort Law. *Saint Louis University Law Journal*, vol. 45, p. 731-758. EUA: Saint Louis University School of Law, 2001, p 733.

P: *Probability* (probabilidade do evento danoso)

L: *Loss* (extensão das perdas e danos)

B: *Burden of adequate precautions* (custo das precauções adequadas)

Se $P \cdot L > B$, a precaução deveria ter sido adotada;

Se $P \cdot L < B$, a precaução não seria exigível.

A fórmula proposta para julgar casos de responsabilidade civil decorrente de negligência consiste em considerar de um lado da equação a probabilidade do evento danoso “P”, multiplicando-a pela extensão das perdas e danos “L” esperada para um evento; e de outro, calcular qual seria o custo das precauções adequadas.

De acordo com o cálculo de negligência, caso o custo das precauções adequadas fosse maior que a expectativa de um evento danoso multiplicado pelo seu potencial custo de indenização, não se deveria exigir qualquer postura de prevenção por parte do agente.

A importância da fórmula de Hand para o Direito Regulatório e para o Direito do Consumidor consiste no fato de que as bases do cálculo de negligência terem sido ocasionalmente adotadas por determinadas empresas na condução de suas atividades econômicas, omitindo dolosamente do consumidor informações sobre falhas em produtos e serviços. Já outros fornecedores, mais ousados, contando com a impunidade decorrente da ineficiência e ineficácia dos mecanismos de controle, chegam a cometer práticas ilegais lesivas contra o consumidor, na expectativa de obter maior lucro⁸². Nesses casos a regulação se faz necessária para garantir os direitos do consumidor, sobretudo no que diz respeito à sua saúde e segurança. Afinal, quando o fornecedor chega ao ponto de cogitar se compensa mais descumprir as normas jurídicas e causar danos ao consumidor do que respeitar o ordenamento jurídico brasileiro, está-se diante não apenas de uma falha de mercado, mas também de uma falha jurídica.

⁸² VENTURIN, Eduardo Luiz. *A (in)eficiência dos Juizados Especiais para o Acesso à Justiça: uma crítica segundo a Análise Econômica do Direito*. Monografia. 107 p. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, 2013, p. 89-92.

2.4.3 Rent-seeking e lobbying

O termo *rent-seeking* foi cunhado por Anne Krueger em artigo publicado na *American Economic Review*, intitulado *The Political Economy of the Rent-Seeking Society*, em 1974⁸³. Numa economia de mercado, quando o governo estabelece restrições sobre a atividade econômica surgem diversas possibilidades de *rent-seeking*, ou “rendas de privilégio”⁸⁴, que no sentido econômico do termo traduz-se como o preço pago por determinado fator de produção em excesso ao que seria necessário para manter sua função. Desse modo, os agentes econômicos competem para obter essa vantagem. Por vezes, essa concorrência é perfeitamente legal; em outras, o *rent-seeking*, que seria traduzido literalmente para o vernáculo como “procura pelo aluguel”, leva a caminhos ilícitos, tais como o suborno, a corrupção, o contrabando e o mercado negro⁸⁵.

A preocupação dos pesquisadores em *rent-seeking* está principalmente voltada para as ocorrências de manipulação dos governos democráticos para obter vantagens especiais que sob circunstâncias convencionais não seriam concedidas.

A manifestação mais clara de *rent-seeking* se concretiza pela prática de *lobbying*, que consiste na tentativa de influenciar licitamente agentes públicos para auferir vantagens particulares. O *lobbying* é usualmente associado a práticas que impactam negativamente a sociedade, embora alguns defendam que também pode ser fonte de informação, auxiliando no monitoramento legislativo e subsidiando o processo de convencimento⁸⁶.

⁸³ KRUEGER, Anne O. The political economy of the rent-seeking society. *The American economic review*, v. 64, n. 3, p. 291–303, 1974.

⁸⁴ FRANCO, Gustavo H. B. Entre o horizontalismo e o privilégio - sobre a tensão na regulação da moeda. In: ITUASSU, Arthur; ALMEIDA, Rodrigo de (Org.). *O Brasil tem jeito?* Jorge Zahar Editor, 2006, p. 63-64.

⁸⁵ TULLOCK, Gordon. The rent-seeking society. In: ROWLEY, Charles K (Editor). *The selected works of Gordon Tullock*, volume 5. Indianapolis: Liberty Fund, 2005, p. 26.

⁸⁶ OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. O lobbying institucional no Brasil: canal de comunicação entre Estado e sociedade civil?. *Revista Brasileira de Marketing*, e-ISSN: 2177-5184, v. 6, n. 1, p. 57–64, 2007, p. 62.

No processo de *lobbying* nem sempre o convencimento se dá pelos argumentos. O *lobbying* é também comunicação, processo pelo qual o agente tenta valer-se de sua capacidade de interação interpessoal e da construção de empatia com o tomador de decisão para tentar influenciar a opinião desse a respeito de determinada matéria que seja de seu interesse, envolvendo e seduzindo o tomador de decisão num processo quase afetivo⁸⁷.

É necessário frisar que o mero investimento de recursos a fim de obter renda não constitui necessariamente *rent-seeking*. Por exemplo, se alguém investisse recursos em pesquisa e encontrasse a cura para o câncer, que seria então patenteada, certamente tal indivíduo teria aumento de riqueza pela *renda de privilégio* gerada a partir do uso de sua patente. Contudo, isso, não configuraria o *rent-seeking*. No caso, o resultado do investimento dos recursos não só aumentaria a riqueza individual de seu responsável, mas também da sociedade como um todo⁸⁸.

A perspectiva de Gordon Tullock, um dos fundadores da Escola da *Public Choice*, sobre a configuração do *rent-seeking* em geral é mais restrita que a dos demais autores da área, que tendem a assim considerar todas as formas de comportamento concorrencial. Para Tullock, a prática de *rent-seeking* é identificada apenas nos casos em que os indivíduos e as organizações gastam recursos para realizar *lobbying* governamental para obter privilégios exclusivos, reduzindo a riqueza da sociedade⁸⁹. Nesses casos, tanto os recursos gastos na prática de *lobbying* como os privilégios concedidos são um desperdício de recursos escassos, sendo, portanto, um comportamento prejudicial a toda sociedade que deve ser repudiado.

O destaque no estudo do fenômeno do *rent-seeking* consiste principalmente nos casos em que o uso de recursos para obter privilégios diferenciados por meio da atuação política causa prejuízos maiores para terceiros do que os ganhos para seus beneficiários, tornando-se tema recorrente na Teoria Econômica contemporânea⁹⁰.

Contudo, há também autores que vislumbram vantagens sociais a partir do *lobbying* privado. Embora se admita que a relação

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ TULLOCK, Gordon. The rent-seeking society. In: ROWLEY, Charles K (Editor). *The selected works of Gordon Tullock*, volume 5. Indianapolis: Liberty Fund, 2005, p. 26.

⁸⁹ Ibidem, p. 25.

⁹⁰ Ibidem.

entre agentes privados e agentes públicos é permeada por interesses de ambos os lados, Oliveira acredita que o *lobbying*, se utilizado corretamente, pode fortalecer os institutos democráticos⁹¹.

No esforço de tentar combater as falhas de mercado, deve-se também dar atenção à atuação dos indivíduos e de pequenas organizações que tentam defender-se contra os agentes econômicos que se dedicam à atividade de *lobbying*, seja com a finalidade de desmontar tais esquemas ou de sopesar seus efeitos deletérios⁹².

Em estudo empírico conduzido por Hill *et all*, demonstrou-se que a cada dólar investido em *lobbying* pelas companhias integrantes do índice 500 do *Standard & Poor's* fez com que o valor de mercado dessas empresas aumentasse em média US\$ 200⁹³. Apesar de não poder ser estabelecida relação de causalidade, é evidente que a atividade de *lobbying* se mostra rentável, caso contrário sua prática não seria sustentável. Desse modo, o *lobbying* garante vantagens competitivas substanciais, podendo desestimular inclusive o investimento em novas tecnologias, por não ser tão rentável em comparação. O maior prejudicado no processo acaba sendo o consumidor, que encontra dificuldades em fazer prevalecer seus interesses nesse sistema.

A relevância da teoria do *rent-seeking* para esta pesquisa consiste no fato de que o mesmo investimento de recursos para o *lobbying* político que é praticado por muitas empresas no intuito de facilitar o desempenho de sua atividade econômica também ocorre no âmbito do Direito do Consumidor. Contudo, tal prática tem consequências muito mais graves no último caso do que nos cenários convencionais. Afinal, o consumidor individual muitas vezes carece de meios e recursos para sequer conseguir contrapor-se aos interesses dos fornecedores, quanto mais para tentar neutralizar a atividade política patrocinada contra os seus interesses na relação de consumo.

⁹¹ OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. O lobbying institucional no Brasil: canal de comunicação entre Estado e sociedade civil?. *Revista Brasileira de Marketing*, e-ISSN: 2177-5184, v. 6, n. 1, p. 57–64, 2007, p. 63.

⁹² *Ibidem*, p. 26.

⁹³ HILL, Matthew D. *et al.* Determinants and effects of corporate lobbying. *Financial Management*, v. 42, n. 4, p. 931–957, 2013, p. 961-962.

3 ORGANIZAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES

Neste Capítulo será analisada a origem da função regulatória exercida pelo Estado sua incorporação ao Direito brasileiro, bem como suas influências a partir da experiência estrangeira. Também serão analisados os precedentes à atividade reguladora no Brasil e de como a atuação estatal na economia operada por diferentes governos em momentos históricos contribuiu para a criação das agências reguladoras. Por fim, a relação entre o consumidor e as agências reguladoras será analisada a partir das características que colocam o consumidor em desvantagem frente aos fornecedores que operam nos setores regulados.

3.1 ORIGEM DA FUNÇÃO REGULATÓRIA

Antes de analisar as características das agências reguladoras no Brasil, é preciso compreender como a função regulatória se originou e o papel que ele veio a cumprir na estrutura estatal. Diferentes países adotaram modelos regulatórios distintos com objetivos específicos, razão pela qual a análise comparada faz-se necessária para melhor entender a incorporação desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Para além da terminologia diferenciada, os órgãos regulatórios de cada país apresentam características únicas que se desenvolveram a partir do contexto histórico em que os modelos regulatórios foram concebidos, razão pelo qual seu estudo se mostra válido para compreender a expansão da atividade regulatória estatal.

3.1.1 Conceito de regulação

O conceito de regulação é abrangente, compreendendo principalmente os mecanismos legais emanados pelo Poder Legislativo e implementados pelo Poder Executivo que limitam ou autorizam ações públicas ou privadas para a promoção de determinado bem social⁹⁴. Assim, atos regulatórios podem referir-se às mais diversas áreas do

⁹⁴ SUNSTEIN, Cass R. *Valuing Life: Humanizing the Regulatory State*. Chicago: University of Chicago Press, 2014, p. 3.

Direito, de modo que as decisões administrativas têm o potencial de afetar o modo de vida das pessoas de um momento para outro.

De acordo com Thiago Maio, o objetivo dos instrumentos regulatórios é influenciar o comportamento humano e otimizar procedimentos para tornar efetivas políticas públicas já instituídas⁹⁵.

A regulação difere de outros processos decisórios administrativos na medida em que os interesses particulares costumam estar concentrados, o que faz com que atividades como o *lobbying* possam levar a grandes benefícios para os que dela fazem uso.

3.1.2 Gênese das agências reguladoras independentes

Conforme ilumina Samuel da Silva Mattos, na concepção da teoria contratualista clássica todos os bens pertencem ao Estado, personificado na figura do soberano, sendo somente mediante sua concessão que certa propriedade pode ser atribuída a determinado particular⁹⁶.

A falha do poder público em prestar serviços diretamente à população facilitou o surgimento de um modelo alternativo em que a execução de serviços públicos estivesse nas mãos da iniciativa privada, embora, na tentativa de se manter certo grau de controle, sujeito a regras estabelecidas por agências estatais⁹⁷.

Segundo Sundfeld, as agências reguladoras surgiram a partir da pretensão estatal em influenciar constantemente e de sobremaneira as relações de consumo, fazendo para tanto uso da autoridade para designar a determinados órgãos a atribuição de realizar

⁹⁵ MAIO, Thiago. *Fontes de energias renováveis na matriz energética brasileira: legislação, políticas públicas e instrumentos econômicos*. Dissertação de Mestrado. 219 p. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014, p. 108.

⁹⁶ MATTOS, Samuel da Silva. Notas sobre a natureza e espécies de propriedades. *Seqüência* - Estudos Jurídicos e Políticos, v. 22, n. 43, p. 48-57, 2001, p. 89-119.

⁹⁷ FESLER, James William. The Independence of State Regulatory Agencies. *Public administration service*, v. 85, p. 935-947, 1942, p. 935-936.

intervenções dessa natureza e conferindo-os com a autonomia necessária para tanto⁹⁸.

As agências reguladoras possuem diversas denominações no Direito comparado. Nos EUA são chamadas de órgãos regulatórios (*regulatory bodies*), no Reino Unido são conhecidas como escritórios regulatórios (*regulatory offices*) e na França são classificadas como autoridades administrativas independentes (*autorités administratives indépendantes*). Inclusive, a Lei n. 9.472/96⁹⁹, que criou no Brasil a agência reguladora de telecomunicações, replica no artigo 9º a denominação de origem francesa, qualificando o órgão como “autoridade administrativa independente”. Do mesmo modo, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) é uma autarquia especial que exerce função regulatória, sendo caracterizada como agência reguladora apesar de denominada como “comissão”, assim como ocorre comunmente nos EUA.

Alguns ordenamentos jurídicos, como nos EUA e na França, consideram o conceito de agência no sentido amplo, podendo remeter a uma série de órgãos públicos que precedem o conceito contemporâneo de regulação. Assim, a doutrina estrangeira realiza a distinção entre agências *lato sensu* e as agências tais quais conhecemos no ordenamento jurídico brasileiro, as chamadas agências reguladoras independentes. Uma agência reguladora independente é aquela em que os seus membros não podem ser destituídos de seus cargos por mero ato de vontade do nomeante, que no âmbito da União é o Presidente da República, contrariamente ao que ocorre em relação aos Ministros de Estado e outros cargos de chefia da Administração Federal¹⁰⁰. Ademais, uma agência reguladora independente deve ser composta por um conselho com funções normativas e decisórias¹⁰¹.

A independência das agências reguladoras não deve ser confundida com aquela conferida aos Poderes da República pela

⁹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito Administrativo Econômico*. Malheiros, 2000, p. 18.

⁹⁹ BRASIL. Lei n. 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 nº 8, de 1995.

¹⁰⁰ MORRISON, Alan B. How independent are independent regulatory agencies. *Duke LJ*, p. 252, 1988, p. 252.

¹⁰¹ *Ibidem*.

CRFB/1988. A independência conferida às agências reguladoras tem conotação de autonomia, traduzindo-se como a não submissão ao controle hierárquico por outros órgãos estatais¹⁰². Até mesmo o conceito de autonomia se aplica de forma diversa no ordenamento jurídico brasileiro, tendo um significado para as entidades administrativas e outro para os entes federados (Municípios, Estados e Distrito Federal). Da mesma forma, a autonomia conferida às Universidades públicas enquanto órgãos da administração direta é diferenciada, tendo maior grau se comparado às demais autarquias.

Embora seja notável a expansão do modelo regulatório em diversos ordenamentos jurídicos, é preciso investigar o porquê dessa ocorrência. A hipótese mais crível é que se trata da busca pelo reconhecimento de credibilidade por governos que têm o objetivo de demonstrar o seu compromisso com determinadas políticas públicas¹⁰³.

Além disso, a delegação de poderes às agências reguladoras possibilita a economia de tempo e esforços necessários para identificar e aprimorar a legislação de determinado setor, sobretudo o custo político de negociação das alterações legislativas necessárias para o melhoramento técnico e desenvolvimento econômico dos setores regulados¹⁰⁴.

Outra vertente que explica o surgimento e expansão de agências reguladoras independentes é a *teoria do principal-agente*. Segundo esse referencial teórico, os fatores que fazem com que uma pessoa, chamada de *principal*, delegue poderes a um terceiro, chamado de *agente*, são principalmente o anseio de transferir a responsabilidade (e culpa) a outrem, o desejo de demonstrar comprometimento em longo prazo e a necessidade de atender a demandas técnicas e pressões institucionais por meio da uniformização de procedimentos¹⁰⁵.

¹⁰² STERN, Jon. What makes an independent regulator independent? *Business Strategy Review*, v. 8, n. 2, p. 67–74, 1997, p. 70.

¹⁰³ GILARDI, Fabrizio. Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis. *Journal of European Public Policy*, v. 9, n. 6, p. 873–893, 2002, p. 874.

¹⁰⁴ HORN, Murray J. *The Political Economy of Public Administration: Institutional Choice in the Public Sector*. Cambridge University Press, 1995, p. 15.

¹⁰⁵ THATCHER, Mark. Delegation to independent regulatory agencies: Pressures, functions and contextual mediation. *West European Politics*, v. 25, n. 1, p. 125–147, 2002, p. 20.

A maior vantagem do modelo regulatório em relação à Administração Pública centralizada é a combinação entre conhecimento técnico e planejamento em longo prazo. Políticas públicas de longo prazo são particularmente difíceis de serem implementadas em uma democracia, afinal trata-se de uma forma de governo *pro-tempore*, com governos transitórios por natureza. Se de um lado o curto período dos mandatos eletivos contribui para evitar o exercício arbitrário do poder e a duração de seus efeitos, de outro potencializa diversos problemas sociais que demandam planejamento e execução continuada¹⁰⁶.

Conforme a teoria jurídico-econômica da *Public Choice*, devido à alternância de poder os políticos têm poucos incentivos para se comprometer com políticas públicas de longo prazo, afinal o seu sucesso apenas será percebido pelos eleitores após o término do mandato. Assim, uma solução possível para o problema seria delegar poderes para órgãos independentes, como o Banco Central e as agências reguladoras¹⁰⁷.

As agências reguladoras permitem que a Administração Pública concretize políticas públicas de médio e longo prazo, o que por vezes não é viável quando tal tarefa está a cargo da administração direta, pois os interesses políticos são quase sempre imediatos. Além disso, quando dotadas de autonomia, e desde que não exacerbem a função regulatória, as agências reguladoras têm a possibilidade de promover a competitividade no mercado e o desenvolvimento do setor regulado.

3.1.3 Surgimento das agências reguladoras nos EUA

Nos EUA, a primeira agência reguladora criada foi o *Interstate Commerce Commission* (ICC), em 1887. Entre 1887 e 1917, diversos órgãos foram criados na tentativa de resolver os problemas da baixa qualidade dos bens de consumo e dos custos sociais da atividade econômica¹⁰⁸. Essas entidades nem adotaram o posicionamento de não intervenção do *laissez-faire* e tampouco propuseram a solução marxista

¹⁰⁶ MAJONE, Giandomenico. The agency model: The growth of regulation and regulatory institutions in the European Union. *Eipascope*, v. 1997, n. 3, p. 1–6, 1997, p. 2.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ SABATIER, Paul. Social Movements and Regulatory Agencies: Toward a More Adequate: And Less Pessimistic: Theory of “Clientele Capture”. *Policy Sciences*, v. 6, n. 3, p. 301–342, 1975, p. 302.

de propriedade coletiva dos meios de produção, mas, em vez disso, essas agências governamentais passaram a regular determinados aspectos da atividade comercial e industrial¹⁰⁹.

No início do século XX nos EUA, diversos diplomas normativos serviram de precedentes para a relativização do direito de propriedade e da liberdade contratual, até então dois pilares fundamentais do capitalismo liberal¹¹⁰. Contudo, apenas a crise de 1929 foi capaz de fazer ruir os corolários do liberalismo econômico, que, apesar de não colapsarem por completo, precisaram de significativa reforma estrutural para sua sustentação, o que foi operacionalizado pelo *New Deal*¹¹¹.

A expansão das agências regulatórias nos EUA não ocorreu por mero ato de vontade. A independência de relevantes agências como a *Federal Communications Commission*, a *Securities and Exchange Commission* e o *Civil Aeronautics Board* foi o preço que o então Presidente Franklin Delano Roosevelt teve que pagar para que o Congresso aprovasse e a Suprema Corte anuísse com o *New Deal* e suas medidas de intervenção na economia. Na realidade, a pretensão inicial do Presidente era expandir as competências federais e manter tais funções sob seu direto comando em vez de criar tais agências¹¹².

O *New Deal* foi o ato político-institucional que trouxe a ideia de uma Administração Pública descentralizada e alheia a interferências políticas, pautada pela especificidade na gestão pública e pela resposta eficiente às demandas dos setores econômicos e sociais de uma sociedade complexa¹¹³.

É preciso frisar que a proliferação das agências reguladoras nos EUA na década de 1930 não teve por objetivo apenas conferir aos órgãos públicos maior capacidade técnica. Sua finalidade foi principalmente isolar a estrutura administrativa do sistema de tripartição de poderes, que em vez de freios e contrapesos se

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Direito*, v. 1, n. 5, 2015, p. 229.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² VERKUIL, Paul R. The Status of Independent Agencies After *Bowsher v. Synar*. *Duke Law Journal*, v. 1986, n. 5, p. 779–805, 1986, p. 780-781.

¹¹³ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 229.

manifestava na realidade como uma disputa de poder entre diversas facções políticas em todas as esferas¹¹⁴.

Na visão da doutrina administrativista brasileira, Di Pietro considera que o sistema regulatório dos EUA é formado por agências com funções quase legislativas, pois a função normativa conferida às agências reguladoras tem força obrigatória, mas não pode ser considerada totalmente legislativa porque as decisões administrativas estão subordinadas à hierarquia das normas jurídicas e sujeitas ao controle judicial¹¹⁵.

A análise da experiência regulatória dos EUA pode auxiliar no aprimoramento do sistema regulatório brasileiro. Considerando o histórico centenário da regulação naquele país, é possível precaver e remediar problemas causados tanto pela omissão como pela atividade regulatória.

3.1.4 Advento das autoridades administrativas independentes na Europa

No Direito Europeu, os órgãos reguladores são denominados autoridades administrativas independentes em vez de agências, situação que ocorre na França, Itália, Portugal e Espanha, por exemplo.

Na Europa ocidental, as reformas regulatórias se intensificaram nos anos 1980 e 1990, com destaque para as privatizações, fim de monopólios estatais e a expansão das normas da Comunidade Europeia (CE). Contudo, o expoente desse processo foi a criação e funcionamento de agências reguladoras independentes no âmbito dos Estados-membros que posteriormente formariam a União Europeia (UE). Desde então, o número de órgãos dessa natureza continua crescendo e alcançando novas áreas, como por exemplo em relação à proteção ambiental, segurança alimentar e serviços públicos. Do mesmo modo, o modelo regulatório tem se expandido para países

¹¹⁴ Ibidem, p. 230.

¹¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Limites da função regulatória das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 45-46.

que anteriormente não tinham a cultura regulatória consolidada, como é o caso da França e Itália¹¹⁶.

Dois fatores são considerados responsáveis pela expansão de agências reguladoras independentes na União Europeia. O primeiro trata-se de uma força de cima para baixo, que decorre do processo de europeização e expansão da União Europeia. Por meio desse mecanismo, o avanço de reformas regulatórias no âmbito nacional tem como afluente as influências externas de diversos atores internacionais que acabam por repercutir na realidade dos países-membros. Especialmente em relação à UE, essa influência dá-se de três formas - pelo estabelecimento de medidas mínimas de *compliance* a serem atendidas por órgãos administrativos, pela exclusão de certas práticas de política interna do leque de possibilidades dos governos locais e pela criação de expectativas e crenças relacionados à possibilidade/necessidade de integração europeia¹¹⁷.

O segundo fator responsável pela expansão do modelo regulatório na Europa se tratou de uma força horizontal, pela qual determinados países foram influenciados pelos seus pares a emularem similares mecanismos de controle, tendo por objetivo questões como aprendizado, competição, cooperação, senso comum (*taken for-grantedness*) ou ainda o processo de imitação simbólica¹¹⁸. Esse fator tem por fundamento a interdependência entre países, levando à difusão de processos similares. Entre os objetivos visados, dois merecem destaque por não serem autoexplicativos. O fator do senso comum (*taken for-grantedness*) decorre do hábito de certas práticas serem reiteradas simplesmente porque com o tempo elas se consolidaram como a resposta habitual a determinado problema, sem levar em consideração sua efetividade ou eficiência¹¹⁹. Desse modo, o processo imitação simbólica ocorre quando certas políticas governamentais são instauradas

¹¹⁶ THATCHER, Mark. Delegation to independent regulatory agencies: Pressures, functions and contextual mediation. *West European Politics*, v. 25, n. 1, p. 125–147, 2002.

¹¹⁷ GILARDI, Fabrizio. The Institutional Foundations of Regulatory Capitalism: The Diffusion of Independent Regulatory Agencies in Western Europe. *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, v. 598, n. 1, p. 84–101, 3 jan. 2005, p. 89.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 90.

¹¹⁹ HANNAN, Michael T.; CARROLL, Glenn. *Dynamics of Organizational Populations: Density, Legitimation, and Competition*. Oxford University Press, 1992, p. 34.

como forma de cerimonial que legitima as ações daqueles que as emanam¹²⁰.

Em virtude do processo de globalização, em determinados setores o uso de agências reguladoras para estabelecer controle sobre a atividade econômica se expandiu internacionalmente e hoje são considerados quase consenso, como é o caso da área de telecomunicações e da regulação concorrencial¹²¹. A instituição do modelo regulatório tem se mostrado processo irreversível, que deverá continuar se expandindo para outros setores que hoje estão sob o domínio do Estado e para outros países que ainda não possuem modelo regulatório consolidado.

3.1.5 Tipos de agências reguladoras

As agências reguladoras podem ser classificadas de formas variadas. A distinção entre os tipos de órgãos regulatórios depende principalmente de dois fatores - a coercitividade de suas decisões (*enforcement*) e o método pelo qual a regulação é exercida, se centralizado ou cooperativo¹²².

As entidades regulatórias podem ser agências em sentido estrito, contando com estrutura hierarquizada; ou órgãos colegiados, tais como comissões, conselhos e tribunais administrativos. Podem também ser mais ou menos independentes em relação ao meio político e ter poderes de coercitividade variados, o que determina tipo de governança da agência¹²³.

¹²⁰ MEYER, John W.; ROWAN, Brian. Institutionalized organizations: Formal structure as myth and ceremony. *American journal of sociology*, p. 340–363, 1977, p. 347.

¹²¹ THATCHER, Mark. Delegation to independent regulatory agencies: Pressures, functions and contextual mediation. *West European Politics*, v. 25, n. 1, p. 125–147, 2002, p. 20-21.

¹²² BRAITHWAITE, John; WALKER, John; GRABOSKY, Peter. An enforcement taxonomy of regulatory agencies. *Law & Policy*, v. 9, n. 3, p. 323–351, 1987, p. 342.

¹²³ SCOTT, Colin. Regulation in the age of governance: The rise of the post regulatory state. In: JORDANA, JACINT; LEVI-FAUR, DAVID (Org.). *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*. [S.l.]: Edward Elgar Publishing, 2004, p. 148-149.

Há ainda categorias de agências reguladoras que destoam dos moldes convencionais, que são as chamadas “armas grandes benignas” (*benign big guns*) e as denominadas “conciliadoras”¹²⁴. As agências conciliadoras são aquelas que resistem a impor sanções legais, procurando em vez disso estabelecer metas regulatórias mediante a composição de conflitos entre as partes envolvidas, seja entre fornecedores e consumidores ou entre os próprios fornecedores do setor. Já as denominadas “armas grandes benignas” são aquelas agências que andam suavemente, mas “carregando um porrete”¹²⁵. Agências classificadas dessa forma têm grande capacidade de intervenção e de sancionar os fornecedores do setor, mas raramente fazem uso dessa atribuição. O simples fato de essas agências possuírem poder quase draconiano faz com que haja *compliance* voluntário de boas práticas pelas empresas reguladas.

3.2 HISTÓRICO DO MODELO REGULATÓRIO BRASILEIRO

A construção do modelo regulatório brasileiro foi gradual e dependeu de outros institutos que o antecederam e pavimentaram o caminho para seu surgimento. A transferência de serviços públicos para a iniciativa privada foi o primeiro passo para que se desenvolvesse a ideia de um Estado que não monopolizasse a atividade econômica, mas que a regulasse para torná-la eficiente. Durante os períodos ditatoriais houve o arrefecimento desse processo, motivado por políticas nacionalistas e populistas que incharam a máquina estatal e tornaram a economia dependente da atividade estatal. A partir dos anos 1990 houve a retomada do processo de abertura econômica, culminando com a criação das primeiras agências reguladoras nos setores de infraestrutura. O teste de fogo da atuação regulatória brasileira foi a transição presidencial de 2003. Apesar de severas restrições à autonomia das agências reguladoras desde então, o modelo regulatório brasileiro ao final acabou sobrevivendo a mudanças governamentais e se consolidou como política de Estado.

¹²⁴ BRAITHWAITE, John; WALKER, John; GRABOSKY, Peter. An enforcement taxonomy of regulatory agencies. *Law & Policy*, v. 9, n. 3, p. 323–351, 1987, p. 343.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 333-336.

3.2.1 Exploração econômica estatal

A participação direta do Estado brasileiro na economia atingiu seu ápice nos anos 1940 com o projeto nacionalista ditatorial de Getúlio Vargas, em pleno Estado Novo. De modo a tentar substituir as importações e compensar a iniciativa privada fragilizada, a participação do Estado na economia foi vista como a alternativa para impulsionar o crescimento econômico¹²⁶. Nesse contexto, as primeiras grandes estatais surgiram, como a Companhia Siderúrgica Nacional, a Companhia Vale do Rio Doce, a Fábrica Nacional de Motores e a Companhia Hidrelétrica do São Francisco.

Já na década de 1950, a geopolítica mundial estava marcada pela bipolarização ideológica entre a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) e os EUA, que intensificavam as tensões da guerra fria, levando também a disputas sobre a melhor doutrina econômica a ser seguida. No contexto nacional, surgiram o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE, depois BNDES) e a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), criada simbolicamente na sequência de grande mobilização popular. A exploração econômica direta pelo Estado seria novamente intensificada por outro período ditatorial, iniciado em 1964. A intervenção estatal no domínio econômico continuou a expandir-se na década de 1970, de forma que mais de 300 empresas estatais foram criadas no período, que ficou conhecido como a era das empresas “brás”. Em 1981, levantamentos oficiais apontavam, unicamente no âmbito federal, 530 pessoas jurídicas de direito público cujas atividades permeavam a atuação na ordem econômica¹²⁷.

Há um problema pouco lembrado por aqueles que defendem a exploração de serviços públicos diretamente pelo poder público - o Estado não pode declarar falência. Caso uma empresa não tenha mais condições viáveis de realizar sua atividade comercial, ela pode simplesmente se retirar do mercado, sendo o espaço preenchido pelos seus concorrentes sem maiores complicações para os consumidores. De outro lado, conforme salienta Turczyn, quando o Estado é ineficiente na prestação de serviços o resultado é o *déficit*

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, v. 229, p. 285–312, 2002, p. 287.

¹²⁷ *Ibidem*.

público, que contribui para o recrudescimento do processo inflacionário, acarretando efeitos deletérios para toda a sociedade¹²⁸.

Quando o Estado presta serviços públicos diretamente não há preocupação com o lucro, ou até mesmo com a inexistência de prejuízo. Conforme afirma Coelho, quem arca com esse custo quando o poder público é deficitário é a sociedade, por meio de tributos, afinal a socialização dos custos transfere o ônus ao povo¹²⁹. Nesse processo, além de confiscar o patrimônio dos cidadãos, está-se desperdiçando recursos que poderiam ser destinados a outras transações econômicas que levariam à maximização da riqueza na sociedade.

3.2.2 Transferência de serviços públicos para a iniciativa privada

A origem do modelo regulatório no Brasil remete ao instituto da transferência de serviços públicos para a iniciativa privada. Embora tal prática seja frequentemente lembrada pelas políticas públicas adotadas nos anos 1990, tal recurso foi empregado no país durante boa parte do século XIX e no início do século XX. Após esse período, as concessões de bens e serviços públicos se estagnaram, principalmente devido ao nacionalismo populista de Getúlio Vargas. Durante a década de 1990, verificou-se o resgate dessa modalidade de prestação de serviços para atender às necessidades coletivas, tendo em vista a insuficiência do Estado de agir em determinadas áreas devido à crise fiscal¹³⁰.

O modelo mais popular de parceria público-privada (em sentido *lato*) é o modelo francês de *franchise*, recepcionado nacionalmente pelo termo concessão, pelo qual o Estado abdica do

¹²⁸ TURCZYN, Sidnei. O Direito da Concorrência e os serviços privatizados. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito Administrativo Econômico*. Malheiros, 2000, p. 208.

¹²⁹ COELHO, Fabio Ulhoa. Reforma do Estado e Direito Concorrencial. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito Administrativo Econômico*. Malheiros, 2000, p. 194.

¹³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de direito público da economia*, p. 95–136, 2003, p. 95.

gerenciamento da exploração de serviços públicos em favor de empresas privadas, embora mantendo a propriedade de certos bens¹³¹.

Apesar de o modelo regulatório brasileiro ter sido inspirado pela doutrina norte-americana, no que tange ao instituto da concessão de bens e serviços públicos, que precede em muito o surgimento das agências reguladoras, o ordenamento jurídico brasileiro foi influenciado principalmente pela doutrina francesa do início do século XX¹³². Ademais, apesar de o instituto da concessão de bens ou serviços públicos não ter surgido na França, foi naquele país que a doutrina sobre o tema se consolidou.

Como fator determinante para o advento da concorrência na prestação de serviços públicos no Brasil, Aragão lista a percepção de que o lucro privado e a liberdade de mercado não estão necessariamente contrapostos ao interesse público. Afinal, quando se está diante de um serviço prestado pela iniciativa privada os próprios consumidores são beneficiados, pois a esses cabe o poder de escolha, repercutindo sua decisão no preço dos bens e na sua qualidade¹³³.

Os fatores que antecederam o processo de privatização no Brasil dos setores de energia elétrica, telefonia e petróleo são abordados por Nusdeo. Para a autora, em comum estava a incapacidade do Estado em investir na infraestrutura para expandir e modernizar essas áreas, fazendo com que a transferência da exploração econômica para o setor privado fosse uma necessidade. Além disso, a autora defende que, para além da conotação pejorativa, a privatização não se resume à transferência de serviços públicos para mãos privadas, mas também implica na construção de um mercado aberto que estimule a concorrência¹³⁴.

¹³¹ NICKSON, Andrew; VARGAS, Claudia. The limitations of water regulation: the failure of the Cochabamba concession in Bolivia. *Bulletin of Latin American Research*, v. 21, n. 1, p. 128-149, 2002, p. 128.

¹³² JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de direito público da economia*, p. 95-136, 2003, p. 110.

¹³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos: Regulação para Concorrência. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Temas de Direito Regulatório*. Freitas Bastos Editora, 2004, p. 58.

¹³⁴ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. A Regulação e o Direito da Concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito Administrativo Econômico*. Malheiros, 2000, p. 160.

A transferência de serviços públicos para a iniciativa privada foi o prelúdio da função regulatória da Administração Pública no Brasil. A partir de então coube ao Estado a fiscalização da atividade econômica exercida por particulares em certas área que anteriormente estavam sob seu domínio.

3.2.3 Origem das agências reguladoras no Brasil

O modelo regulatório brasileiro desenhado na década de 1990 foi substancialmente influenciado pela experiência norte-americana que deu sequência ao *New Deal*, que nesse caso teve por característica o estabelecimento de agências com elevada autonomia em relação ao Poder Executivo e dotadas de estrutura que conferisse aos administradores públicos maior grau de neutralidade, decorrentes de seu isolamento político e qualificação técnica¹³⁵. Não somente o Brasil, mas toda a América Latina experimentou o movimento regulatório no final do século XX. Em 1979, existiam 43 agências reguladoras, a maioria limitada ao setor financeiro, enquanto que em 2002 eram 134. No mesmo período, o número de agências reguladoras independentes passou de 21 para 119¹³⁶.

A incorporação do modelo regulatório no Brasil foi necessária para a consecução o projeto econômico visado pelos gestores públicos da época. O processo de privatizações e desestatizações fez com que o surgimento de agências reguladoras nos setores afetados fosse um requisito primário. A atração de investimentos e participações privadas para a execução de serviços de interesse coletivo demandava garantias de estabilidade e previsibilidade das regras do jogo que regeriam as relações entre o Estado e a iniciativa privada. O mercado exigiu compromisso regulatório (*regulatory commitment*) que protegesse investidores dos movimentos nacionalistas autoritários, tanto de direita como de esquerda, que se alternavam no contexto latino-americano. Assim, surgiu a ideia de estabelecer um sistema blindado contra a volatilidade do contexto político-eleitoral, salvaguardando os

¹³⁵ BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Direito*, v. 1, n. 5, 2015, p. 227-228.

¹³⁶ LEVI-FAUR, David; JORDANA, Jacint. Toward a Latin American regulatory state? The diffusion of autonomous regulatory agencies across countries and sectors. *Intl Journal of Public Administration*, v. 29, n. 4-6, p. 335-366, 2006, p. 335.

investidores de ameaças como o risco de expropriação arbitrária e a quebra injustificada de contratos¹³⁷.

A gênese das agências reguladoras no Brasil remonta ao ano de 1995 com o programa de reformas proposto pelo governo federal no âmbito do então recém-criado Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (Mare). A principal peça da reforma foi o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), que, apesar de não compreender especificamente a criação de órgãos regulatórios, tinha por objetivo o fortalecimento das funções regulatórias e da coordenação das ações estatais¹³⁸. Apesar da omissão de menção expressa, o PDRAE compreendia proposta para a criação de “agências autônomas”, que pelo maior grau de independência tenderiam a apresentar melhores resultados e superar os excessos burocráticos, que desde a CRFB/1988 impuseram à administração indireta restrições semelhantes às existentes para a administração direta. Assim, no princípio do processo de elaboração do PDRAE no início de 1995, o debate sobre regulação se concentrava na discussão das Emendas Constitucionais que eliminariam o monopólio estatal sobre certos setores da economia¹³⁹.

Contudo, o advento do modelo regulatório brasileiro não foi proposto pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, apesar de o órgão ter facilitado o debate de modelos alternativos de atuação estatal na economia. Coube ao Congresso Nacional a discussão de como deveria ser a estrutura administrativa da agência reguladora no país, cujo objetivo era controlar o setor elétrico, a partir do projeto apresentado em 1995 pelo Poder Executivo, que culminaria na criação da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). Inicialmente, a proposta era de conferir ao órgão estrutura de autarquia convencional, o que desproveria a instituição da autonomia decisória característica das agências reguladoras. Foi o Congresso Nacional o responsável por trazer à discussão outros modelos que dotassem o órgão com maior grau de autonomia¹⁴⁰.

¹³⁷ BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Direito*, v. 1, n. 5, 2015, p. 232.

¹³⁸ MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, 1995.

¹³⁹ PACHECO, Regina Sílvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. *Revista de Administração Pública*, v. 40, n. 4, p. 523–543, 2006, p. 526.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 528.

Em termos de reformas jurídicas, a principal alteração ocorreu a partir das Emendas Constitucionais n. 8/95¹⁴¹ e 9/95¹⁴², que modificaram os artigos 21, XI, e 177, § 2º, III, da CRFB/1988; de modo a dispor que a exploração dos serviços de telecomunicações e de petróleo seria disciplinada por lei específica e que a gestão dos setores ficaria a cargo de agências reguladoras. Assim, surgiram a Anatel, criada pela Lei n. 9.472/96¹⁴³, e a ANP, instituída pela Lei n. 9.478/97¹⁴⁴. Após isso, outras agências reguladoras foram criadas, mas sem necessidade de alteração do texto constitucional. O modelo regulatório a partir de então se popularizou e levou ao surgimento de agências reguladoras estaduais e municipais.

Em relação à criação das primeiras agências reguladoras nas áreas de infraestrutura no Brasil, Pacheco critica que isso apenas ocorreu ao final da década de 1990, sendo, portanto, posterior ao processo de privatização e desestatização, o que teria provocado dificuldades para que o modelo regulatório fosse consolidado¹⁴⁵.

Contudo, precisa-se ter em mente que anteriormente à criação das agências reguladoras foram necessárias significativas modificações no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive no âmbito constitucional. Em 15 de agosto de 1995, diversas emendas constitucionais possibilitaram a participação privada no setor de infraestrutura. A abertura nacional a investimentos externos apenas ocorreu com a revogação do artigo 171 da Constituição pela Emenda

¹⁴¹ BRASIL. Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal.

¹⁴² BRASIL. Emenda Constitucional n. 9, de 15 de agosto de 1995. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos.

¹⁴³ BRASIL. Lei n. 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 nº 8, de 1995.

¹⁴⁴ BRASIL. Lei n. 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.

¹⁴⁵ PACHECO, Regina Sílvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. *Revista de Administração Pública*, v. 40, n. 4, p. 523–543, 2006, p. 527.

Constitucional n. 6/1995¹⁴⁶, removendo algumas restrições quanto ao capital estrangeiro no setor empresarial brasileiro. A mesma Emenda Constitucional também promoveu a abertura do setor de mineração. Por sua vez, a Emenda Constitucional n. 7/1995¹⁴⁷ possibilitou a operação do transporte aquático por empresas estrangeiras. Já a Emenda Constitucional n. 8/1995¹⁴⁸ permitiu a prestação de serviço de telecomunicações por empresas privadas, pois até então vigorava o monopólio estatal, prevendo inclusive a instituição de agência reguladora para disciplinar o setor, que futuramente seria a ANATEL. Em novembro do mesmo ano, a Emenda Constitucional n. 9/1995¹⁴⁹ possibilitou a participação externa no setor petrolífero. Todas essas alterações normativas foram imprescindíveis para o a instituição do modelo regulatório no Brasil. A criação de agências reguladoras anteriormente à dimensão do interesse privado nesses setores poderia causar discrepâncias no mercado que demorariam a ser sanadas, considerando o longo prazo das concessões e a dificuldade em adaptar a estrutura administrativa uma vez instituída. No Brasil, inclusive, entre a privatização do setor de telecomunicações e a abertura do mercado se passaram apenas dois anos, enquanto que em outros países da América Latina, como a Argentina e México, isso somente ocorreu após sete anos¹⁵⁰.

Para Bresser-Pereira, um dos idealizadores da reforma administrativa e econômica na década de 1990, o objetivo era de “o

¹⁴⁶ BRASIL. Emenda Constitucional n. 6, de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal.

¹⁴⁷ BRASIL. Emenda Constitucional n. 7, de 15 de agosto de 1995. Altera o art. 178 da Constituição Federal e dispõe sobre a adoção de Medidas Provisórias.

¹⁴⁸ BRASIL. Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal.

¹⁴⁹ BRASIL. Emenda Constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos.

¹⁵⁰ DOH, Jonathan P. Entrepreneurial privatization strategies: Order of entry and local partner collaboration as sources of competitive advantage. *Academy of Management Review*, v. 25, n. 3, p. 551–571, 2000, p. 557.

Estado se tornar mais forte embora menor”¹⁵¹, em diversas dimensões. Por exemplo, no aspecto financeiro, com a superação da crise da década de 1980; no âmbito estrutural, com a delimitação da ação estatal e a separação do núcleo estratégico em relação às unidades descentralizadas executivas; no escopo estratégico, com agentes políticos capazes de tomarem as decisões necessárias na área política e econômica; e no ramo administrativo, com a qualificação de aparato burocrático técnico e especializado¹⁵².

O exercício da função normativa pelas agências reguladoras não pode ser considerado novidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois, muito tempo antes da criação desses órgãos, já existiam autarquias que desempenhavam atividades semelhantes. Assim, a grande inovação das agências reguladoras não ocorreu em relação às atribuições por elas desempenhadas, mas pelo grau de autonomia que elas conquistaram na Administração Pública.

3.2.4 Peculiaridades do modelo regulatório brasileiro

Apesar de objetivos similares, o contexto brasileiro em que ocorreu a implementação do modelo regulatório diferiu substancialmente da experiência norte-americana e europeia. Além disso, as divergências nos campos político, econômico e ideológico dificultaram a assimilação na conjuntura nacional de certos institutos importados¹⁵³.

Em relação ao estabelecimento inicial do aparato regulatório nacional, Di Pietro considera problemática a incorporação de um modelo regulatório inspirado nos EUA ao ordenamento jurídico brasileiro. Menciona-se que a delegação legislativa não encontra guarida na CRFB/1988, a não ser nas situações expressamente previstas, diferentemente do que ocorre no Direito norte-americano¹⁵⁴.

¹⁵¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Lua Nova*, v. 45, p. 49–96, 1998, p. 82.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Direito*, v. 1, n. 5, 2015, p. 228.

¹⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função regulatória das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria

É preciso frisar uma diferença elementar entre a experiência regulatória nos EUA e aquela incorporada no Brasil. Nos EUA, a discussão sobre a criação de novas agências reguladoras estava centrada na ampliação da intervenção estatal, principalmente nas políticas que deram sequência ao *New Deal*. Era o Estado que reivindicava determinado espaço que até então era ocupado pelo mercado. Previamente à crise de 1929, as poucas tentativas de tomar essa posição da iniciativa privada fracassaram quando as questões eram judicializadas perante a Suprema Corte norte-americana da *era Lochner*, marcada pelo ativismo judicial. No Brasil, o debate esteve centrado na direção oposta – a descentralização do poder estatal, de modo a demonstrar o compromisso do governo com a liberdade econômica. Assim, pode-se dizer que nos EUA a polêmica girou em torno da questão de mais ou menos Estado; já no Brasil, a celeuma envolvia a criação de agências reguladoras que resultariam em mais ou menos governo, ou ainda, mais ou menos burocracia¹⁵⁵.

Contrario sensu, o movimento de agencificação, e por consequência a recepção da função regulatória, ocorreu no Brasil na mesma época em que estava no auge o processo de desregulação nos Estados Unidos. Nesse contexto, as agências reguladoras daquele país passavam por severa reestruturação, que acabou por reduzir sua independência frente aos Poderes da República¹⁵⁶.

Ademais, as agências regulatórias nos EUA têm função normativa significativamente maior do que as brasileiras, podendo àquelas ser conferido poder quase legislativo, mesmo não havendo previsão constitucional.

Orlando Celso da Silva Neto aponta que os estudos de Direito Regulatório no Brasil carecem de discussões sobre os limites das atividades de natureza legislativa e judicial exercidas pelas agências

Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 46-47.

¹⁵⁵ PACHECO, Regina Sílvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. *Revista de Administração Pública*, v. 40, n. 4, p. 523-543, 2006, p. 525.

¹⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função regulatória das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 36-37.

reguladoras¹⁵⁷. Ademais, a questão da *delegificação*, decorrente da delegação de funções legislativas e adjudicatórias às agências, não está superada, questão de suma importância em decorrência da CRFB/1988 não prever expressamente a possibilidade de delegação de poderes¹⁵⁸.

Outra diferença fundamental entre o modelo brasileiro e o estadunidense é que esse permite maior grau de *accountability*, sem que se comprometa a autonomia das agências reguladoras. Além disso, nos EUA as agências mantêm equidistância em relação aos demais poderes, enquanto que no Brasil sua dependência decorre principalmente do Poder Executivo¹⁵⁹.

A experiência regulatória nos EUA, pautada por mecanismos como a estipulação de metas, a exigência de resultados, o estabelecimento de procedimentos rígidos, a tutela judicial para garantir direitos, o escrutínio por pares, a transparência nas ações e a participação pública na gestão; mostrou ser possível existir modelo de regulação em que ninguém controle as agências reguladoras, embora elas estejam permanentemente “sob controle”¹⁶⁰.

Já o modelo regulatório europeu surgiu para reduzir a burocracia e estimular a integração transnacional, enquanto que no Brasil a regulação criou custos para as empresas de determinados setores, pois os fornecedores passaram a estar submetidos a mais uma instância no aparato burocrático. Contudo, ambos os sistemas tiveram em comum o intento de fomentar a economia por meio de agências reguladoras que promovessem a concorrência e conferissem a segurança jurídica necessária para investimentos em longo prazo, sobretudo nas áreas de infraestrutura.

As agências reguladoras têm ampla discricionariedade normativa, mas não parece que suas atribuições invadam a competência legislativa. Por consequência, é exagerado falar-se em reforma

¹⁵⁷ SILVA NETO, Orlando Celso da. Noções Gerais sobre o controle das agências regulatórias no Direito norte-americano. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 401.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 398.

¹⁵⁹ PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. *Revista de Administração Pública*, v. 40, n. 4, p. 523–543, 2006, p. 525.

¹⁶⁰ MAJONE, Giandomenico. The agency model: The growth of regulation and regulatory institutions in the European Union. *Eipiascope*, v. 1997, n. 3, p. 1–6, 1997, p. 6.

constitucional para assegurar a conformidade da função regulatória com o ordenamento jurídico brasileiro. Ocorre que a CRFB/1988 é tão extensa que por vezes se tem a falsa impressão de ser impossível realizar reformas administrativas desacompanhadas de Emenda Constitucional. O respeito ao texto constitucional também se demonstra pela sua incolumidade, evitando que se façam alterações desnecessárias que transformem o mais alto diploma do ordenamento jurídico em uma colcha de retalhos.

3.2.5 Distinção entre agências reguladoras e agências executivas

É preciso antes de qualquer aprofundamento frisar a diferença das agências reguladoras em relação às agências executivas. O instituto das agências executivas foi positivado pela Lei n. 9.649/1998¹⁶¹, que em seus artigos 51 e 52 dispôs que assim seriam qualificadas as autarquias ou fundações que firmassem contrato de gestão com o respectivo Ministério atinente à sua área, conferindo a esses órgãos supostamente maior autonomia e disponibilidade de recursos.

As agências executivas não representam nova organização na Administração Pública, constituindo-se apenas em qualificação conferida a autarquias e fundações públicas dotadas de suporte normativo estratégico e plano de desenvolvimento institucional¹⁶². Por exemplo, o Ibama e o Inmetro são agências executivas, apesar de não serem agências reguladoras.

Nada impede que as agências reguladoras busquem sua qualificação como agências executivas, mas nesse caso estariam ainda mais subordinadas ao Ministério da área, tendo em vista as obrigações que devem ser assumidas para tanto. Na realidade, a única vantagem aparente seria aquela trazida pelo diploma legal imediatamente anterior à criação da figura das agências executivas, a Lei n. 9.648/1998¹⁶³, que

¹⁶¹ BRASIL. Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.

¹⁶² MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro. *Revista de Direito PGE-GO*, v. 21, n. 0, 28 fev. 2013, p. 106.

¹⁶³ BRASIL. Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998. Altera dispositivos das Leis no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, no 8.666, de 21 de junho de

incluiu na Lei n. 8.666/1993¹⁶⁴ dispositivo que dobrou o limite de dispensa de licitação para essas entidades. Tal vantagem é aparente porque parece beneficiar apenas os órgãos assim qualificados em vez do interesse público pelo melhor preço de mercado para a contratação de produtos e serviços.

3.2.6 Consolidação do modelo regulatório brasileiro

No início de 2003, na sequência de profundas mudanças no governo federal em decorrência da posse do novo Presidente da República, o Poder Executivo anunciou a intenção de rever o modelo regulatório brasileiro, partindo da ideia de que as agências eram dotadas de autonomia excessiva, o que permitiria às agências reguladoras a formulação de ações públicas no seu âmbito de atuação, impedindo assim o controle desses setores pelo governo recém-empossado¹⁶⁵.

Dois dias antes da divulgação do resultado do segundo turno da eleição presidencial de 2002, o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso editou a Medida Provisória n. 76/2002, posteriormente convertida pelo Congresso Nacional na Lei n. 10.609/2002¹⁶⁶, criando cargos para uma equipe de transição a serem indicados por quem viesse a ser o candidato eleito, de modo a garantir à sociedade que não haveria paralisação de ações governamentais de interesse público. Conforme artigo 4º, §1º, da Lei n. 10.609/2002, os cargos poderiam ser providos a partir do segundo dia útil subsequente ao resultado das eleições, podendo ser ocupados até o décimo dia após a

1993, no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no 9.074, de 7 de julho de 1995, no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências.

¹⁶⁴ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

¹⁶⁵ PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. *Revista de Administração Pública*, v. 40, n. 4, p. 523–543, 2006, p. 533.

¹⁶⁶ BRASIL. Lei n. 10.609, de 20 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a instituição de equipe de transição pelo candidato eleito para o cargo de Presidente da República, cria cargos em comissão, e dá outras providências.

posse do Presidente da República eleito. No total, foram criados 50 Cargos Especiais de Transição Governamental (CETG), conforme Anexo da Lei n. 10.609 de 2002.

Após as eleições foram criados pelo candidato eleito Luís Inácio Lula da Silva cinco grupos de trabalho, sendo um deles dedicado exclusivamente a questões de infraestrutura, ficando esse time responsável pelo exame dos setores nos quais atuavam das agências reguladoras, nas áreas de energia, telecomunicações e petróleo¹⁶⁷.

Conforme análise empírica desenvolvida por Nunes *et al.*, durante o período de transição não existiram questionamentos pela equipe formada em relação ao papel desempenhado por esses órgãos, sendo que apenas a partir de janeiro de 2003 começou a ser divulgada pelos meios de comunicação de forma específica a visão da nova equipe do governo federal sobre o que vislumbravam como falhas no modelo regulatório brasileiro, marcando também o início de debates que defendiam a criação de novo marco regulatório para os setores de infraestrutura, revisando a atuação de agências reguladoras e ministérios¹⁶⁸.

Tão logo ocorreu a posse de Luiz Inácio Lula da Silva como Presidente da República em 2003 iniciaram-se divergências entre seu projeto de governo e a atuação das agências reguladoras. Não apenas a mudança na chefia do Poder Executivo federal foi a primeira desde a criação das agências reguladoras, mas também havia profunda divergência ideológica entre antecessor e sucessor, o que poderia colocar em xeque o modelo regulatório que ainda estava em consolidação. Quando o novo Presidente da República tomou posse, todos os dirigentes das agências reguladoras haviam sido indicados para seus cargos pelo antecessor, sendo que alguns deles teriam mandato inclusive superior ao do novo Presidente da República.

A principal medida proposta pelo novo governo era o de reformular a estrutura das agências reguladoras, incluindo a alteração do mandato de dirigentes já empossados. Contudo, em abril de 2003, o governo admitiu que a legislação do setor impedia alterações legislativas por medidas provisórias, o que dificultou a realização de uma reforma imediata¹⁶⁹.

¹⁶⁷ NUNES, Edson; RIBEIRO, Leandro Molhano; PEIXOTO, Vitor. *Agências reguladoras no Brasil*. Observatório Universitário, 2007, p. 7.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 8.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 9-10.

Ainda em março de 2003, o novo Presidente da República designou uma comissão para discutir proposta de alteração da estrutura administrativa das agências reguladoras. Concomitantemente, intensificaram-se embates entre o governo federal e duas agências de grande porte, no setor de telecomunicações (Anatel) e de energia elétrica (Aneel), que estavam em processo de revisão de tarifas, posteriormente repassadas ao consumidor¹⁷⁰. Evidentemente, não era de interesse de um governo populista que logo em início de mandato fossem aprovadas medidas impopulares, como reajuste de preços. O conflito perdurou e fez com que a questão fosse judicializada em relação à Anatel, tendo como desfecho a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) favorável à agência; já em relação à ANEEL, a resolução da celeuma foi consensual, culminando em acordo firmado entre o comando do governo federal e a agência, tendo as partes acordado em reescalonar o aumento das tarifas¹⁷¹.

Após relatório final de grupo de trabalho interministerial formado sob a coordenação da Casa Civil, dois anteprojetos de Lei foram apresentados para reformar a legislação regulatória, um deles para alterar a organização, gestão e controle das agências reguladoras, alterando a Lei n. 9.986/2000¹⁷²; e outro para modificar a legislação que criou a Aneel, Anatel, ANTT e ANP. As principais medidas propostas eram a criação de ouvidorias no âmbito de cada agência, a formalização de contratos de gestão envolvendo Ministérios e as agências reguladoras pertinentes e a transferência de poderes dessas para os primeiros¹⁷³.

Em meio a discussões paralelas envolvendo as reformas trabalhista e previdenciária, o debate sobre as agências reguladoras arrefeceu e só foi retomado com o envio pelo Presidente da República do Projeto de Lei n. 3.337/2004¹⁷⁴ ao Congresso Nacional. Em

¹⁷⁰ BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 147–167, p. 155.

¹⁷¹ Ibidem.

¹⁷² BRASIL. Lei n. 9.986, de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências.

¹⁷³ NUNES, Edson; RIBEIRO, Leandro Molhano; PEIXOTO, Vitor. *Agências reguladoras no Brasil*. Observatório Universitário, 2007, p. 11.

¹⁷⁴ BRASIL. Projeto de Lei n. 3.337, de 2004. Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e

decorrência de pressões de diversos segmentos da sociedade, o projeto apresentado continha algumas modificações em relação aos anteprojetos originais, como por exemplo a preservação dos mandatos dos dirigentes das agências reguladoras em períodos diversos do mandato do Presidente da República e a estabilidade dos seus diretores; mas também manteve propostas de alterações, como a criação de ouvidorias e a implementação de contratos de gestão entre agências reguladoras e Ministérios¹⁷⁵. Contudo, apesar de certas concessões, a visão inicial do governo não foi totalmente dissipada, considerando que o projeto original previa que o dirigente que descumprisse os termos dos contratos de gestão poderia perder o mandato¹⁷⁶.

A criação das ouvidorias veio a contribuir para maior *accountability* das agências reguladoras, além de estabelecer canal de participação popular com esses órgãos, frequentemente criticados pelo *déficit* democrático, tanto pela sua estrutura administrativa como pelo distanciamento político. De outro lado, a formalização de contratos de gestão entre Ministérios e agências reguladoras ampliou a dependência desses órgãos em relação ao Poder Executivo, mitigando ainda mais o papel de fiscalização exercido pelo Congresso Nacional com a entrada de um novo supervisor na equação regulatória.

Contudo, a ação concreta mais atentatória contra a autonomia das agências reguladoras ocorreu em 6 de janeiro de 2004, com a nomeação por Decreto presidencial de Pedro Jaime Ziller de Araújo, que havia sido empossado como diretor da Anatel no mesmo dia, como presidente da agência reguladora, destituindo por consequência Luiz Guilherme Schymura de Oliveira, que havia sido elevado ao cargo mediante eleição por seus pares¹⁷⁷. Devido à insustentabilidade de sua permanência e à ameaça contra a autonomia administrativa, o já então ex-presidente da agência renunciou do

altera dispositivos das Leis n. 9.472, de 16 de julho de 1997, n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, n. 9.984, de 17 de julho de 2000, n. 9.986, de 18 de julho de 2000, e n. 10.233, de 5 de junho de 2001, da Medida Provisória n. 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências.

¹⁷⁵ NUNES, Edson; RIBEIRO, Leandro Molhano; PEIXOTO, Vitor. *Agências reguladoras no Brasil*. Observatório Universitário, 2007, p. 12.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 19.

¹⁷⁷ BRASIL. Atos do Poder Executivo. Decretos de 6 de janeiro de 2004. DOU de 7 jan. 2004, Seção 2, p. 1.

mandato como diretor no dia seguinte¹⁷⁸. Esse foi o marco do fim da autonomia das agências reguladoras, tendo sido aceitado sem questionamento judicial que o Presidente da República detinha o poder de “nomear” os presidentes das agências reguladoras, “em substituição” (nas palavras do Decreto) ao presidente eleito por seus pares. Desse modo, se o presidente de determinada agência reguladora estivesse desalinhado politicamente com o ocupante do chefe do Poder Executivo, poder-se-ia considerar que seu mandato estaria com os dias contados. Assim, promoveu-se a politicização das agências reguladoras, cujo motivo de criação foi justamente o oposto.

Ademais, a tentativa do Poder Executivo Federal de controlar as agências reguladoras teve continuidade no mandato seguinte. O Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG) foi criado pelo Decreto n. 6.062/2007¹⁷⁹ a partir de convênio entre o governo federal, representado pela Casa Civil da Presidência da República, e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID)¹⁸⁰. Entre os objetivos do programa estava o intuito de “fortalecer o sistema regulatório” e promover o “desenvolvimento e aperfeiçoamento de mecanismos para o exercício do controle social” sobre a atividade regulatória¹⁸¹. De 2008 a 2013, o PRO-REG foi implementado em iniciativa conjunta com o BID, contando inclusive com seu financiamento durante o período¹⁸². Contudo, o PRO-REG ainda não trouxe resultados efetivos para o aperfeiçoamento do modelo brasileiro de regulação. O comitê gestor do programa é formado por uma tríplice de representantes da Casa Civil da Presidência da República, do Ministério da Fazenda e do Ministério do

¹⁷⁸ BRASIL. Atos do Poder Executivo. Decretos de 7 de janeiro de 2004. DOU de 8 jan. 2004, Seção 2, p. 2.

¹⁷⁹ BRASIL. Decreto n. 6.062, de 16 de março de 2007. Institui o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação - PRO-REG, e dá outras providências.

¹⁸⁰ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. PRO-REG - Perguntas frequentes. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes-1/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

¹⁸¹ BRASIL. Decreto Nº 6.062, de 16 de março de 2007. Institui o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação - PRO-REG, e dá outras providências. Art. 2º.

¹⁸² BRASIL. Diário Oficial da União. Extrato de Contrato Nº 1811/OC-BR. Seção 3, Página 75. Publicado em 26 nov. 2007.

Planejamento, Orçamento e Gestão. As agências reguladoras apenas possuem representantes no comitê consultivo, que, além de não ter poder de decisão, dividem representatividade com os respectivos Ministérios das áreas reguladas. Assim, o PRO-REG na realidade se manifesta como mais uma esfera de interferência do Poder Executivo sobre as agências reguladoras em vez de uma ferramenta de aprimoramento regulatório.

No governo de Dilma Rousseff houve novo intento de cerceamento das agências reguladoras, com enfoque específico nas relações de consumo. O Plano Nacional de Consumo e Cidadania foi criado pelo Decreto n. 7.963/2013 para “promover a proteção e defesa do consumidor” mediante a “integração e articulação de políticas, programas e ações”, sendo “regulação e fiscalização” um dos três eixos estabelecidos para o plano¹⁸³. O diploma legal também criou a Câmara Nacional das Relações de Consumo, composta pelo Conselho de Ministros e pelo Observatório Nacional das Relações de Consumo. O primeiro órgão é formado por representantes de cinco ministérios e tem função decisória, enquanto que o segundo tem caráter consultivo e é composto tanto por representantes ministeriais como pelas agências reguladoras - essas inclusive com emissários em menor número. Nesse sentido, se repete de forma muito similar a estrutura do PRO-REG, colocando as agências reguladoras em desvantagem numérica e sem voz de decisão, subjugando-as aos mandos e desmandos do Poder Executivo. Além disso, novamente se coloca como objetivo o agigantamento do aparelho burocrático do Estado, que na realidade serve aos interesses do governo.

As agências reguladoras, como estruturas autárquicas especiais, assumem funções que poderiam ser desempenhadas pela Administração Pública direta. O objetivo dessa dissociação é a tentativa de despolitizar os setores administrativos, reduzindo a incidência de volatilidades políticas e de entraves burocráticos. Além disso, a existência de órgão regulatório dedicado permite que se alcance maior grau de especialização e setorização em setores estratégicos da economia¹⁸⁴.

¹⁸³ BRASIL. Decreto Nº 7.963, de 15 de março de 2013. Institui o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e cria a Câmara Nacional das Relações de Consumo.

¹⁸⁴ MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro. *Revista de Direito PGE-GO*, v. 21, n. 0, 28 fev. 2013, p. 106.

O modelo regulatório brasileiro talvez não tenha resistido incolumemente, mas certamente sobreviveu a bruscas alterações governamentais, provando que as agências reguladoras consolidaram seu espaço na Administração Pública. Apesar das sucessivas tentativas de cercear a atuação das agências reguladoras, não houve comprometimento significativo de sua autonomia e nem o engrandecimento regulatório do Estado sobre as relações de consumo, ficando tais intenções mormente restritas ao discurso político ou às disposições abstratas dos diplomas legais.

O mercado é avesso a surpresas. Dessa forma, é importante que o posicionamento das agências reguladoras mantenha consistência ao longo do tempo¹⁸⁵. É necessário que existam mecanismos normativos para que haja continuidade na cultura regulatória, mesmo que haja ruptura de governo.

3.3 AGÊNCIAS REGULADORAS E A FUNÇÃO REGULATÓRIA

Com a consolidação do modelo regulatório brasileiro, nota-se a ampliação da competência normativa da Administração Pública por meio das agências que exercem a denominada função reguladora. Isso faz com que a atividade desses órgãos seja alvo de críticas e tentativas de limitar a sua atuação.

Bresser-Pereira, que comandou o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, órgão que promoveu as bases do modelo regulatório brasileiro, classifica a execução de atividades estatais exclusivas em três tipos de instituições. As secretarias formuladoras de políticas públicas seriam o núcleo estratégico do Estado, que juntamente aos Ministros e Presidente de República, seriam responsáveis pelas decisões estratégicas do governo. Além dessas, as agências executivas seriam responsáveis por garantir a efetividade das políticas públicas definidas pelo governo. Por fim, ter-se-iam as agências reguladoras, a quem seriam conferidos maior grau de

¹⁸⁵ NICKSON, Andrew; VARGAS, Claudia. The limitations of water regulation: the failure of the Cochabamba concession in Bolivia. *Bulletin of Latin American Research*, v. 21, n. 1, p. 128-149, 2002, p. 147.

autonomia justamente para que tomassem o lugar dos mercados competitivos, realizando funções alheias ao projeto de governo¹⁸⁶.

Assim, faz-se necessário examinar a posição das agências reguladoras na estrutura da Administração Pública federal, bem como as garantias existentes para que suas atividades sejam desempenhadas com o mínimo necessário de interferência política.

3.3.1 Autonomia das agências reguladoras

Quanto à função regulatória exercida pelas agências reguladoras, Di Pietro considera que essa se apresenta como função típica de polícia administrativa, mas cuja competência é motivo de controvérsias na doutrina brasileira¹⁸⁷. O debate sobre a autonomia das agências reguladoras no Brasil carece de aprofundamento das distinções entre o controle político, controle hierárquico e controle social. Inclusive, a autonomia desses órgãos é amplamente confundida com ausência de controle¹⁸⁸.

Há divergências doutrinárias a respeito da extensão da influência que as agências reguladoras podem receber do Poder Executivo, considerando que essa pode manifestar-se de diversos modos¹⁸⁹. Considerando que no contexto brasileiro todos os conselheiros/diretores das agências reguladoras são indicados pelo Presidente da República, essa é uma questão que merece destaque. Além disso, apesar de autarquias, as agências reguladoras mantêm vínculos com o Ministério da área correspondente por meio de contratos de gestão, o que potencializa a sua suscetibilidade a fatores extrínsecos.

¹⁸⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Lua Nova*, v. 45, p. 49–96, 1998, p. 82.

¹⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função regulatória das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 41.

¹⁸⁸ MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro. *Revista de Direito PGE-GO*, v. 21, n. 0, 28 fev. 2013, p. 106.

¹⁸⁹ MCGARITY, Thomas O. Presidential Control of Regulatory Agency Decisionmaking. *Am. UL Rev.*, v. 36, p. 443, 1986, p. 445.

Há também receios por possíveis abusos de autonomia que possam ocorrer no futuro pelas agências reguladoras em decorrência da recepção de institutos estrangeiros. Por exemplo, a teoria do privilégio executivo (*executive privilege*) defende que o Presidente da República e certos membros do Poder Executivo têm o direito de reter informações e documentos obtidos em decorrência do seu cargo não apenas do público, mas também do Poder Judiciário e do Poder Legislativo¹⁹⁰. Apesar dessa doutrina ter origem nos EUA, em tese ela poderia ser recepcionada interpretada pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois não decorre diretamente de normas positivadas, tendo por fundamentação poder implícito do Poder Executivo. Contudo, antes de qualquer especulação é preciso salientar que há movimento global pela transparência na gestão pública, tendo no Brasil como ícone a Lei n. 12.527/2011¹⁹¹, que disciplina o direito de acesso a informações de natureza pública.

A completa autonomia das agências reguladoras é uma ficção. Por sua própria estrutura no âmbito da Administração Pública, as agências reguladoras estão submetidas a diversas fontes de influência pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo. Contudo, é preciso reconhecer que as agências reguladoras atingiram determinado grau de autonomia e que suas atuações repercutem nas relações sociais, de modo que se faz necessário discutir o seu papel na implementação eficiente de políticas públicas, elaborar mecanismos que garantam a indicação de dirigentes mais qualificados e sobretudo reconhecer que as agências reguladoras adentraram o mundo da política¹⁹².

As agências reguladoras não têm tanta autonomia como usualmente se afirma em crítica, estando esses órgãos submetidos à fiscalização e até mesmo mais expostos ao controle pelo Congresso Nacional do que outros órgãos do Poder Executivo.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 485-486.

¹⁹¹ BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.

¹⁹² CARY, William Lucius. *Politics and the regulatory agencies*. McGraw-Hill, 1967, p. 13.

3.3.2 Dependência das agências reguladoras

A autonomia das agências reguladoras é comprometida pela exigência de que os recursos por elas auferidos sejam enviados ao caixa geral da União, fazendo com que os órgãos regulatórios precisem solicitar os recursos por eles mesmos arrecadados ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Desse modo, as agências reguladoras podem ter sua atuação embaraçada por influência do Poder Executivo caso esse deixe de destinar recursos mínimos para a execução eficiente de suas atribuições. Contudo, maior ameaça à independência das agências reguladoras é identificada na figura do contingenciamento das despesas da Administração Pública Federal para atender à Lei de Responsabilidade Fiscal em razão da queda da receita ou aumento da despesa¹⁹³. Inclusive, em algumas agências reguladoras o orçamento contingenciado para cumprir metas de *superávit* fiscal chega a ser inferior à metade do orçamento fixado pela Lei Orçamentária Anual (LOA)¹⁹⁴.

Ademais, as agências reguladoras têm sua autonomia ameaçada em decorrência das ingerências perpetradas pelo Poder Executivo e pelas propostas de alteração legislativa que buscam sua submissão política. Contudo, não se pode dizer que essas interferências estão presentes exclusivamente no sistema regulatório. A ação política frequentemente representa obstáculo para a instituição de novas regulamentações em geral, tanto nacionalmente como no exterior¹⁹⁵.

Em relação à crítica de que as agências regulatórias são voláteis aos caprichos do ocupante da Presidência da República, a resposta é que muito raramente o chefe do Poder Executivo manifesta suas preferências diretamente aos dirigentes desses órgãos, sendo que na maioria das vezes tal função é delegada a membros do segundo escalão

¹⁹³ XAVIER, Erison Honda. *Estudo sobre a autonomia financeira e orçamentária da Agência Nacional de Energia Elétrica, analisada a partir do contingenciamento e da vinculação de despesas no orçamento público federal no período compreendido entre 2000 e 2009*. Caderno de Finanças Públicas, p. 113–135, 2011, p. 119-120.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 132.

¹⁹⁵ VENTURIN, Eduardo Luiz. *The challenges for the implementation of the EU Anti-Money Laundering legislation in Ireland*. Dissertação. Master of Laws (LLM). Dublin: University College Dublin, Sutherland School of Law, 2016, p. 54.

do governo¹⁹⁶. Por exemplo, na doutrina norte-americana, afirma-se que o Presidente é uma pessoa, mas a Casa branca é um conjunto de pessoas¹⁹⁷. *Mutatis mutandis*, pode-se afirmar que no contexto brasileiro o Presidente da República é uma pessoa e o Palácio do Planalto é um conjunto de pessoas; ou ainda que esse coletivo seja formado pelos Ministérios, considerando a vinculação que as agências reguladoras apresentam frente a esses.

Pode-se afirmar que a Presidência da República influencia as agências reguladoras em três formas – pelas indicações para a diretoria das agências, pela elaboração da legislação orçamentária, que é submetida ao Congresso Nacional e fixa o caixa disponível para o ano seguinte, e pelo controle da legislação que é enviada ao Congresso Nacional, podendo alterar sua estrutura administrativa e atribuições¹⁹⁸.

As agências reguladoras são aptas a manter certo distanciamento de influências externas porque os reguladores não concorrem a eleições, assim, não haveria interesse político imediato, embora os diretores da maioria das agências reguladoras possam concorrer à “reindicação” para novo mandato. Contudo, apesar de não estarem tão vulneráveis a pressões das empresas do setor e dos cidadãos, ainda assim as agências são influenciadas por fatores externos de ordem política, pois os reguladores são indicados pelo Presidente da República e o Congresso Nacional tem o poder de decidir sobre seu orçamento¹⁹⁹. Além disso, o Poder Legislativo é o responsável por aprovar ou não a criação ou a extinção de agências reguladoras, bem como pela definição de suas atribuições legais.

Assim, no que tange à crítica de que o Congresso Nacional não tem controle suficiente sobre as agências reguladoras, é preciso lembrar que é o Poder Legislativo que decide sobre o orçamento desses órgãos, a aprovação ou rejeição de proposições legislativas pertinentes e ainda lhes cabe o poder de fiscalização por meio de convocações e até

¹⁹⁶ CARY, William Lucius. *Politics and the regulatory agencies*. McGraw-Hill, 1967, p. 7.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ WEINGAST, Barry R. The congressional-bureaucratic system: a principal agent perspective (with applications to the SEC). *Public Choice*, v. 44, n. 1, p. 147–191, 1984, p. 148.

mesmo a instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para apurar irregularidades na sua gestão²⁰⁰.

Se há receios quanto ao excesso de autonomia, a dependência das agências reguladoras do sistema político é ainda mais preocupante. O ideal é haver um balanço entre autonomia e controle. Contudo, na impossibilidade ou na incerteza da harmonia entre os dois institutos, deve-se privilegiar a autonomia, pois a regulação como domínio da classe política fatalmente é voltada para atender a interesses espúrios.

3.3.3 Legitimidade e democracia no âmbito regulatório

Uma vez estabelecidas, as agências reguladoras tornam-se atores centrais no processo de tomada de decisão, o que leva a questionamentos sobre legitimidade e *accountability*²⁰¹. Crítica recorrente contra as agências reguladoras é a própria natureza de sua arquitetura institucional. Como seus postos de comando são ocupados por dirigentes indicados e considerando o seu grau de autonomia frente aos Poderes da República, existe o debate sobre a legitimidade política de tais órgãos²⁰². Di Pietro considera que a carência de mecanismos de participação nas agências reguladoras ou, quando existentes, de característica discricionária, compromete a legitimidade democrática das agências reguladoras no exercício da função regulatória²⁰³.

Um dos objetivos com a criação das agências reguladoras foi a tentativa de separação dos interesses políticos dos atos necessários à regulação de mercado e aperfeiçoamento da máquina pública. Contudo, Ramos considera que essa pureza institucional seria

²⁰⁰ CARY, William Lucius. *Politics and the regulatory agencies*. McGraw-Hill, 1967, p. 48.

²⁰¹ THATCHER, Mark. Delegation to independent regulatory agencies: Pressures, functions and contextual mediation. *West European Politics*, v. 25, n. 1, p. 125–147, 2002, p. 1.

²⁰² BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, v. 229, p. 285–312, 2002, p. 309.

²⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função regulatória das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 35.

inatingível, cogitando como alternativa a construção de conceito ampliado de regulação que ultrapassasse a doutrina simplesmente econômica ou a abordagem meramente jurídica, cominando num diálogo harmônico entre os dois campos. Além disso, o autor defende a incorporação do elemento político como variável essencial dessa equação, de forma que a noção de regulação esteja vinculada ao Estado Democrático de Direito, privilegiando-se a participação popular nas decisões governamentais, no processo de implementação de políticas públicas e no controle da Administração Pública. Fala-se também em reconciliação das agências reguladoras com a política, defendendo-se que a regulação jurídico-econômica do neoliberalismo, que supostamente teria o objetivo de combater o comunismo e que seria responsável por uma “ditadura” da razão econômica, deveria dar lugar à regulação político-social por meio da economia política crítica²⁰⁴.

Entretanto, a crítica de *déficit* democrático perde força em razão dos mecanismos existentes para neutralizar possíveis excessos das agências reguladoras. Nesse sentido, Barroso considera que ao Poder Legislativo cabe criar e extinguir as agências, assim como determinar sua competência; enquanto que ao Poder Executivo cabe a indicação de dirigentes e a formulação de políticas públicas que podem influenciar o setor regulado; já ao Poder Judiciário cabe o julgamento da razoabilidade e do devido processo legal nas decisões das agências reguladoras²⁰⁵.

Nickson e Vargas defendem a participação dos consumidores por meio de consultas públicas antes mesmo da concessão, permissão ou autorização da exploração de serviços públicos, de modo a minimizar os conflitos sociais quando uma empresa privada passar a disponibilizar o serviço. Além disso, os autores aduzem que as agências reguladoras deveriam estimular a criação de associações consumeristas para acompanhar as atividades desenvolvidas no seu âmbito²⁰⁶. Considera-se que tais iniciativas, além de não serem

²⁰⁴ RAMOS, Murilo César. *Agências Reguladoras: a reconciliação com a política*. Latin American Studies Association, 2004, p. 38-39.

²⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, v. 229, p. 285-312, 2002, p. 309.

²⁰⁶ NICKSON, Andrew; VARGAS, Claudia. The limitations of water regulation: the failure of the Cochabamba concession in Bolivia. *Bulletin of Latin American Research*, v. 21, n. 1, p. 128-149, 2002, p. 147.

pertinentes às atividades-fim das agências reguladoras e acarretarem custos adicionais ao orçamento dos órgãos, têm o potencial de na prática serem maléficas ao consumidor. As agências reguladoras não são dotadas de recursos humanos, procedimentos e experiência em atender a demandas consumeristas. Nesse sentido, sua atuação pode manifestar-se contrariamente aos interesses do consumidor, além de desincentivá-lo a buscar outros meios eficientes para tutelar os seus direitos devido ao elevado custo de oportunidade em tentar múltiplos procedimentos para solucionar único problema.

É impróprio arguir que a mera existência de agências reguladoras independentes não comporte mecanismos de participação democrática. Regulação e democracia são conceitos que podem dialogar harmonicamente, embora seja certo que possa haver um descompasso decorrente de questões pontuais internas e externas. Ainda, caso se afirme que um Estado é mais ou menos democrático pelo simples fato de ter instituído agências reguladoras em seu ordenamento jurídico, deve-se reconhecer que regulação e democracia podem ser compatíveis ou não em diversos graus²⁰⁷.

Philip Pettit aponta que tão importante quanto participar diretamente do processo decisório é poder oferecer oposição às deliberações coletivas, ainda que majoritárias; o que o autor classifica como democracia contestatória (*contestatory democracy*)²⁰⁸. Ademais, a teoria cívica republicana moderna considera que a democracia somente resta assegurada quando estão satisfeitas tanto a dimensão eleitoral, manifestada pelo direito a voto; como a dimensão contestatória, que pode ser concretizada pela interpretação normativa no Estado regulatório moderno²⁰⁹. Nesse sentido, a legitimidade democrática está mais bem configurada nos cenários providos de um *locus* onde o indivíduo seja ouvido e tenha suas opiniões verdadeiramente apreciadas do que em situações em que ao cidadão seja apenas conferido o direito de depositar um voto vencido.

²⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na 'Regulação Independente'?. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, p. 301–332, 2006, p. 322.

²⁰⁸ PETTIT, Philip. *On the people's terms: a republican theory and model of democracy*. Cambridge University Press, 2012, p. 238.

²⁰⁹ STASZEWSKI, Glen. Contestatory Democracy and the Interpretation of Popular Initiatives. *Seton Hall L. Rev.*, v. 43, p. 1165, 2013, p. 1170.

É possível que as agências reguladoras sejam instituições democráticas mesmo desprovidas de mecanismos de participação popular direta. As agências reguladoras não devem interferir demasiadamente na economia e na vida social, afinal quando o fazem estão deturpando a sua própria natureza e usurpando funções do Poder Legislativo e da chefia do Poder Executivo. Sendo órgãos de natureza técnica, as agências reguladoras devem limitar sua atuação a tais aspectos. Assim, a ampla intervenção popular direta restaria prejudicada, considerando as especificidades e tecnologias de cada setor regulado que demandam conhecimento especializado. Além disso, considerando que já é difícil para os consumidores organizar grupos para defender seus interesses devido ao seu caráter quase difuso, dedicar recursos e esforços específicos para acompanhar as atividades das agências reguladoras prejudicaria o acompanhamento de órgãos mais relevantes para a defesa do consumidor. O que se pode e deve fazer é facilitar o acesso da população aos procedimentos das agências reguladoras por meio de mecanismos que promovam a transparência, tal qual no que diz respeito a informações sobre decisões administrativas e aumento de tarifas, que devem ser disponibilizadas em linguagem acessível ao público²¹⁰.

Ademais, pode-se considerar que as agências reguladoras estão submetidas a dois tipos de controle. Um deles é o controle concreto, que se manifesta pela atuação dos três Poderes da República em cumprimento a suas atribuições constitucionais. Entretanto, há também o controle difuso, que engloba o controle político e o controle comunitário²¹¹. No último, a sociedade civil, organizada em associações de consumidores, sindicatos e órgãos de classe; tem a possibilidade de influenciar os rumos não apenas de determinada agência reguladora, mas de todo o modelo regulatório.

A despolitização da Administração Pública é a maior virtude das agências reguladoras. Precisa-se lembrar ainda que a separação entre Administração Pública e a política não é absoluta, sendo que a interseção entre os dois meios continua ocorrendo pontualmente por meio do controle indireto exercido pelos Poderes da República. A

²¹⁰ NICKSON, Andrew; VARGAS, Claudia. The limitations of water regulation: the failure of the Cochabamba concession in Bolivia. *Bulletin of Latin American Research*, v. 21, n. 1, p. 128-149, 2002, p. 147.

²¹¹ GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 249.

desvinculação das agências reguladoras das ingerências políticas permite que os gestores desempenhem suas atribuições sem que precisem constantemente sujeitar-se à bênção dos agentes políticos.

3.3.4 Ideologia e regulação

A doutrina liberal é essencialmente contra a exacerbada discricionariedade estatal. Quanto maior for o leque decisório da Administração Pública, mais as pessoas, físicas e jurídicas, estarão expostas ao risco de terem suas liberdades tolhidas, inclusive a liberdade econômica. Do mesmo modo, a segurança jurídica é comprometida porque a regulação pode mudar de curso repentinamente, prejudicando negócios jurídicos pré-constituídos. O objetivo do liberalismo é frear o instinto do *Leviatã* de dominar a vida privada, não apenas de transferir os mecanismos de intervenção estatal do âmbito político para o regulatório.

Isaiah Berlin interpreta liberdade positiva e liberdade negativa não somente como conceitos diversos, mas também quase contrapostos, afirmando que a liberdade negativa é a única que pode ser igualmente atribuída a pessoas de diferentes origens e culturas, enquanto que a liberdade positiva, além de se confundir com conceitos como igualdade, justiça e felicidade; por vezes veste o disfarce de uma tirania brutal que aniquila o poder de escolha do indivíduo²¹². Desse modo, a liberdade do pobre e do rico, do caboclo e do cigano; é essencialmente a mesma - a liberdade de um jamais pode colidir com a de outro ou variar de acordo com paixões individuais.

De outro lado, Quentin Skinner critica a concepção liberal dominante de liberdade, cujas raízes o autor remete a Thomas Hobbes²¹³, John Locke²¹⁴ e Jeremy Bentham²¹⁵; defendendo em seu lugar o resgate da teoria neorromana de liberdade dos cidadãos e dos

²¹² BERLIN, Isaiah. *Two concepts of liberty: an inaugural lecture delivered before the University of Oxford on 31 October 1958*. Clarendon, 1959, p. 172-178.

²¹³ HOBBS, Thomas. *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil*. Andrew Crooke, 1651.

²¹⁴ LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Awnsham Churchill, 1689.

²¹⁵ BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Clarendon Press, 1907.

Estados, que enxerga o viver em condições de dependência como violação da liberdade, pois não haveria nesse caso possibilidades plenas de exercício dos direitos civis²¹⁶.

No Brasil, até mesmo as propostas de regulação estatal foram tachadas de neoliberais, apesar de o liberalismo pugnar justamente pelo oposto - a não intervenção e a autorregulação.

O modelo regulatório sofre resistências no Brasil não só devido às divergências sobre Teoria Econômica e preferências ideológicas, mas também é alvo de estranhamentos decorrentes da estrutura de poder consolidada em décadas na área política. Exemplo é a ingerência tradicionalmente praticada pelo Poder Executivo no âmbito da administração federal. Além disso, Barroso vislumbra abusos no exercício das competências normativas delegadas. Segundo o autor, o avanço do ativismo decisório, que teve sua origem no Poder Judiciário pela banalização do uso da doutrina principiológica, pode alcançar o Direito Administrativo²¹⁷.

Na realidade, o Brasil em plena pós-modernidade não conseguiu ser liberal nem social. Mesmo no período tachado de liberal, a onipresença do Estado ainda pairava sobre a sociedade, que continuou a gravitar em torno do oficialismo. A bênção do Estado sempre foi fator determinante para o sucesso ou fracasso projetos de qualquer natureza, sejam esses políticos, empresariais ou sociais. Esse é o caráter nacional, que remonta aos tempos de colônia, passando pelo Império, preservando-se durante a República Velha e exacerbado nos períodos ditatoriais; perdurando até a contemporaneidade²¹⁸.

Classificando o senso comum teórico dos juristas como a “voz ‘off’ do direito”, Warat ensina que esse leva à legitimação de um conjunto de crenças que ignora a investigação das suas próprias condições de existência²¹⁹. Nesse sentido, é facilmente percebido que, ao contrário do que o senso comum levaria a crer, a doutrina liberal não

²¹⁶ SKINNER, Quentin. *Liberty Before Liberalism*. Cambridge University Press, 2012, p. 84.

²¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, v. 229, p. 285–312, 2002, p. 310.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 286.

²¹⁹ WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Seqüência - Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 3, n. 5, p. 48-57, 1982, p. 53.

privilegia os interesses dos fornecedores sobre aqueles dos consumidores, mesmo em seus escritos clássicos.

3.4 O CONSUMIDOR PERANTE AS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras atualmente não apenas tratam de controvérsias entre as empresas dos setores regulados, mas também atuam diretamente na tutela dos direitos do consumidor, sobretudo por meio das ouvidorias, como ocorre com destaque na Anatel, que dedica inclusive canal de atendimento voltado exclusivamente aos consumidores²²⁰.

O consumidor enfrenta empecilhos adicionais para fazer valer seus direitos no âmbito das agências reguladoras. Até mesmo anteriormente à criação das agências reguladoras independentes no Brasil, o reconhecimento dos direitos do consumidor frente à prestação inadequada de serviços públicos demorou a ser reverberado pela doutrina e jurisprudência²²¹.

Contrariamente ao Poder Judiciário e a outros órgãos administrativos, como é o caso do Procon, as agências reguladoras não têm a *expertise* ou procedimentos adequados para apreciar reclamações consumeristas contra os fornecedores que atuam nos setores regulados. Assim, a vulnerabilidade do consumidor é potencializada perante as agências reguladoras, de modo que se faz necessária uma postura diferenciada dos agentes públicos quando se deparam diante de tais demandas. Possível alternativa defendida pela doutrina para compensar a vulnerabilidade do consumidor é a promoção pontual do paternalismo estatal em seu favor. Contudo, considera-se que intervenções dessa natureza, além de não resolverem o problema visado, acabam provocando maiores distorções no mercado e aumentando custos para consumidores e fornecedores.

²²⁰ ANATEL. *Quer reclamar? Saiba como!* - Portal do Consumidor. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/consumidor/quer-reclamar-saiba-como>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

²²¹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Nova regulação dos serviços públicos. *Revista de direito administrativo*, v. 228, p. 13–30, 2002, p. 13.

3.4.1 Conflito de interesses entre consumidores e fornecedores

Antes de o Estado regular as relações consumeristas, o consumidor dependia de dois recursos para defender seus interesses. O primeiro era sua própria inteligência, traduzindo-se pelo princípio do *caveat emptor*, em que o comprador era o único responsável por verificar as condições do produto, tendo o vendedor apenas o dever de indenizar se omitisse vício oculto. O segundo aspecto era a concorrência, sendo que a doutrina de Economia geralmente defende que quando determinado fornecedor oferecia produtos de qualidade inferior, a solução para os competidores seria reduzir a qualidade de seus produtos para ter condições de competir no mercado. Contudo, Stigler mostra que historicamente exatamente o oposto ocorreu, sendo mais lucrativo para os fornecedores competir melhorando a qualidade e segurança dos bens e serviços prestados²²². Por exemplo, com o decorrer do tempo os automóveis ficaram mais velozes e seguros, as cirurgias se tornaram mais técnicas e a energia elétrica ficou mais barata.

Adam Smith aduz que os criadores do sistema de mercado são facilmente identificados quando se pensa nos seus maiores beneficiários. Assim, certamente esses não são os consumidores, cujos interesses são tão negligenciados. Então resta concluir que são os fornecedores os arquitetos desse sistema, afinal seus interesses são rigorosamente atendidos em detrimento dos interesses dos consumidores e até mesmo de certos produtores²²³.

Mises dedica uma seção inteira de sua obra-prima aos consumidores, intitulando-a “a soberania dos consumidores”. Nesse tópico, o autor aduz que os consumidores não apenas são os responsáveis por determinar o preço dos bens, mas também de todos os fatores de produção em uma economia de mercado²²⁴. Esse cenário tornaria o mercado uma democracia em que cada centavo tem direito a voto. Assim, os detentores dos meios de produção e os investidores seriam virtualmente mandatários dos consumidores, cujos mandatos são revogados ou renovados por eles diariamente. Contudo, evidentemente o sistema não é perfeito. O autor aponta apenas uma operação do mercado

²²² STIGLER, George Joseph. *The Citizen and the State: Essays on Regulation*. University of Chicago Press, 1975, p. 178-179.

²²³ SMITH, Adam. *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Londres: W. Strahan e T. Cadell, 1776, p. 878.

²²⁴ MISES, Ludwig Von. *Human Action: A Treatise on Economics*. 4. ed. Literary Licensing LLC, 2013, p. 269.

em que a soberania dos consumidores não se impõe aos fornecedores - o monopólio²²⁵.

Conforme Adam Smith, o consumo deve ser a única finalidade e propósito de toda a produção, sendo que o interesse do fornecedor deve ser atendido apenas no limite que seja necessário para a promoção dos interesses do consumidor²²⁶. Contudo, o pensador faz a ressalva de que no sistema de mercado os interesses do consumidor são quase sempre sacrificados em proveito dos interesses do fornecedor, fazendo com que, em vez do consumo, a produção seja erroneamente o fim último de toda indústria e comércio²²⁷.

Reconhecidas as discrepâncias entre os interesses dos consumidores e aqueles dos fornecedores, devem-se proporcionar condições para que ambos possam estabelecer contratos consumeristas em regime de igualdade de armas. Nesse sentido, o CDC prevê os institutos da vulnerabilidade e da hipossuficiência, como mecanismos de defesa do consumidor. Ademais, há defensores da adoção de postura paternalista pelo Estado, acreditando que esse deve em determinadas ocasiões tomar decisões pelo consumidor. Contudo, ambas as soluções propostas apresentam problemas, além de questionavelmente restringir a liberdade do indivíduo.

3.4.2 Vulnerabilidade e hipossuficiência

O conceito de vulnerabilidade é fundamental para o Direito do Consumidor, pois sua interpretação define o alcance do CDC em relação aos contratos consumeristas. O CDC em seu artigo 4º, inciso I, dispõe categoricamente que a Política Nacional das Relações de Consumo deve ser orientada pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Sendo assim, todos os consumidores são vulneráveis, independentemente de suas características pessoais ou fatores externos. Já o artigo 6º, inciso VIII, disciplina que se identificada a condição de hipossuficiência do consumidor, esse terá direito à inversão do ônus da prova. Desse modo, a verificação do consumidor como hipossuficiente dá-se no caso concreto, individualmente. Se ambos os conceitos fossem sinônimos, a

²²⁵ Ibidem, p. 271-272.

²²⁶ SMITH, Adam. *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Londres: W. Strahan e T. Cadell, 1776, p. 877.

²²⁷ Ibidem.

inversão do ônus da prova seria aplicável em todas as lides consumeristas, caso em que os consumidores seriam sempre hipossuficientes.

A doutrina jurídica se divide quanto ao significado de vulnerabilidade do consumidor. Além das diversas definições, há variadas classificações acerca de sua aplicabilidade. Conforme levantamento elaborado por Freitas, existem autores que consideram a vulnerabilidade como um conceito monolítico que não admite divisões, já outros chegam a desmembrá-lo em onze dimensões²²⁸.

Na área de Administração, o conceito de vulnerabilidade também é controverso, havendo diversas perspectivas sob as quais o tema é analisado. Martinez traduz vulnerabilidade como um estado em que o sujeito se encontra impotente frente à desigualdade nas relações de mercado ou tendo em conta o direcionamento de ações de *marketing*, estando o consumidor dependente de fatores externos e sem poder de controle nas interações consumeristas²²⁹. Ainda na disciplina de Administração, Silva aduz que a vulnerabilidade do consumidor se constitui por características multidimensionais e se manifesta quando esse não detém o poder de comando na relação de consumo a que ele está submetido, enfraquecendo a sua situação de sujeito²³⁰.

Embora exista disputa na definição de vulnerabilidade no meio jurídico, a distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência nesse meio está consolidada, enquanto que outras disciplinas ainda classificam ambos os conceitos como sinônimos, ou até mesmo conferindo caráter subjetivo e relativo ao conceito de vulnerabilidade. Na área de Administração, Silva considera que o consumidor incorpora para si a situação de vulnerável quando esse está sujeito a uma relação de

²²⁸ FREITAS, Frederico Oliveira. *A caracterização da pessoa jurídica consumidora pelo critério da vulnerabilidade: análise da teoria do finalismo aprofundado à luz da origem e finalidade do direito do consumidor*. 2010. Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2010, p. 34.

²²⁹ MARTINEZ, João Roberto Lo Turco. *Influência do excesso de informações na vulnerabilidade do consumidor e em sua disposição a pagar*. 2012. Tese. Doutorado em Administração de Empresas. Fundação Getúlio Vargas, 2012, p. 36.

²³⁰ SILVA, Arielle Pinto. *Ser ou não ser? Eis a questão: uma investigação sobre a vulnerabilidade dos consumidores*. Dissertação. Mestrado em Administração. João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba, 2011, p. 39.

consumo em que ele figura como parte hipossuficiente, seja por sua condição particular ou por influências externas, tais como as práticas de mercado, a dinâmica econômica e o contexto social²³¹.

O termo inclusive provoca confusão em estudos de outras áreas quando se faz referência à sua significância para o Direito do Consumidor. Em estudo de Comunicação Social, além dos termos serem tratados como sinônimos, Piedras afirma que o CDC adota a noção de hipossuficiência para definir o consumidor na relação de consumo, argumentando ainda que as crianças seriam consideradas como duplamente vulneráveis por estarem dotadas concomitantemente de duas situações de hipossuficiência - uma em relação ao fornecedor e outra frente ao adulto²³².

Até mesmo em trabalhos jurídicos de pós-graduação encontra-se o equívoco quanto à diferenciação dos conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência. Nesse sentido, Borges afirma que a vulnerabilidade traduzir-se-ia como a sujeição do consumidor aos ditames do fornecedor, estando esse assim submetido por ser parte hipossuficiente²³³. Mais ainda, afirma que a hipossuficiência seria princípio decorrente do princípio da vulnerabilidade²³⁴.

Não se pode considerar conceitos distintos como sinônimos apenas porque semanticamente comungam de similar definição vernacular. Freitas aponta que o equívoco é recorrente na doutrina jurídica, em que vulnerabilidade e hipossuficiência são frequentemente descritas como se iguais fossem²³⁵.

O crescimento do comércio eletrônico trouxe nova problemática às relações de consumo efetivadas por meio eletrônico.

²³¹ Ibidem, p. 38.

²³² PIEDRAS, Elisa Reinhardt. Vulnerabilidade ou resistência? Um panorama da questão do consumo infantil de alimentos permeado pelo marketing e a mídia. *Comunicação Mídia e Consumo*, v. 10, n. 29, p. 143–159, 6 jan. 2014, p. 152.

²³³ BORGES, Luis Roberto. *A vulnerabilidade do consumidor e os contratos de relação de consumo*. Dissertação. 127 p. Mestrado em Direito. Universidade de Marília, 2010, p. 58.

²³⁴ Ibidem, p. 63.

²³⁵ FREITAS, Frederico Oliveira. *A caracterização da pessoa jurídica consumidora pelo critério da vulnerabilidade: análise da teoria do finalismo aprofundado à luz da origem e finalidade do direito do consumidor*. Dissertação. Mestrado em Direito. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2010, p. 36.

Fortaleza e Amorim defendem que a simples presença do elemento tecnológico na interação entre consumidor e fornecedor pode ensejar caracterização de hipossuficiência²³⁶. Apesar de o consumidor ter no ambiente virtual acesso facilitado a especificações técnicas e maior número de informações disponíveis sobre os produtos comercializados, essa aparente facilidade e acessibilidade pode constituir obstáculo para a tomada de decisão racional do consumidor. Quando a quantidade de informações ultrapassa a capacidade de processamento do consumidor, sua competência para decidir racionalmente se distancia do nível ótimo²³⁷. Inclusive, em estudo empírico Martinez demonstra que quanto maior a dissonância cognitiva causada ao consumidor pelo excesso de dados disponíveis, maior será a sua disposição a pagar pelo produto. Assim, uma vez estabelecido o estado de confusão, aumenta-se a tendência de o consumidor aceitar pagar mais por determinado produto, o que em condições convencionais não ocorreria²³⁸.

Nos Juizados Especiais e Turmas de Recursos do Rio Grande do Sul, surgiu o conceito de “litígios artificiais”. São assim classificadas as demandas estimuladas pelo sistema de justiça sem custos ao consumidor, permitindo que esse proponha ações para buscar o ressarcimento de valores pagos em razão obrigações regularmente constituídas, frequentemente acrescidas de supostos danos morais²³⁹. Silveira corrobora o conceito de “litígios artificiais” e a posição defendida em similares julgados, considerando essas lides como

²³⁶ FORTALEZA, Sheille de Oliveira; AMORIM, Fernando Sérgio Tenório De. O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor na Contratação Eletrônica. *Revista Semente*, v. 6, n. 6, 13 abr. 2013, p. 180.

²³⁷ MARTINEZ, João Roberto Lo Turco. *Influência do excesso de informações na vulnerabilidade do consumidor e em sua disposição a pagar*. 2012. Tese. Doutorado em Administração de Empresas. Fundação Getúlio Vargas, 2012, p. 25.

²³⁸ *Ibidem*, p. 92-94.

²³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Terceira Turma Recursal Cível. Recurso Cível n. 71004097283/RS. Porto Alegre, 8 de novembro de 2012; ²³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Terceira Turma Recursal Cível. Recurso Cível n. 71004631826/RS. Porto Alegre, 12 de dezembro de 2013; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Segunda Turma Recursal Cível. Recurso Cível n. 71003842408/RS. Porto Alegre, 21 de maio de 2013.

representantes da deturpação do conceito de vulnerabilidade²⁴⁰. Os chamados “litígios artificiais” não apresentam característica diversa do que se denomina mais comumente como “litigância frívola”, de origem estadunidense (*frivolous litigation*)²⁴¹. Inclusive, apenas na jurisprudência da Justiça Estadual do Rio Grande de Sul tal conceito é mencionado. A “litigância frívola” ocorre por ocasião da propositura de ações judiciais das quais se sabe de antemão que dificilmente haverá decisão pela procedência, mas que ainda assim são propostas em decorrência da gratuidade da justiça, constituindo-se verdadeiro abuso do direito de ação²⁴². Inclusive, os efeitos da litigância frívola são tais que podem alterar a paridade de armas entre os litigantes²⁴³. Assim, estaria o consumidor aproveitando-se de sua natureza *iuris et de iure* para tentar aventurar-se em demandas improváveis para, em alguma eventualidade, obter decisão judicial a seu favor que lhe trará vantagem financeira.

É necessário distinguir os papéis do indivíduo como cidadão e consumidor. O consumidor não é dotado de *ethos* de boa-fé por simplesmente apresentar-se como vulnerável na relação de consumo. Inclusive, conforme aponta Ciméa Bevilaqua, a doutrina majoritária de Sociologia considera que o consumo está ligado a ideais hedonistas e à busca de *status* social. Nesse sentido, a autora afirma que o consumerismo é no máximo “uma forma incipiente e ingênua do exercício da cidadania, de escopo limitado aos interesses econômicos individuais e à eficiência funcional dos bens”²⁴⁴.

²⁴⁰ SILVEIRA, Alessandra Francisco. Considerações sobre a presunção absoluta de vulnerabilidade do consumidor no contexto do direito privado brasileiro atual. *Novatio Iuris*, v. 6, n. 1, 2014, p. 21.

²⁴¹ WADE, John W. On Frivolous Litigation: A Study of Tort Liability and Procedural Sanctions. *Hofstra L. Rev.*, v. 14, p. 433, 1985, p. 1-2.

²⁴² MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. *O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: a maximização do acesso na busca pela efetividade*. 2014. Tese. Doutorado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014, p. 194.

²⁴³ GUTHRIE, Chris. Framing frivolous litigation: A psychological theory. *The University of Chicago Law Review*, p. 163–216, 2000, p. 206.

²⁴⁴ BEVILAQUA, Ciméa Barbato. *Consumidores e seus direitos: um estudo sobre conflitos no mercado de consumo*. Editora Humanitas, 2008, p. 23.

Infelizmente certas partes e advogados de má-fé buscam aventuras judiciais e deturpam os mecanismos de acesso à justiça. Entretanto, é inadmissível que a tentativa do consumidor de fazer valer o seu direito seja reprimida em função do montante financeiro que corresponda aos pedidos da ação. Jamais se pode considerar uma ação como frívola simplesmente em decorrência de seu correspondente valor pecuniário. A litigância frívola é realidade no sistema judicial brasileiro, mas ocorre quando advogados e litigantes reiteradamente buscam a tutela do Poder Judiciário de má-fé, criando teses para tentar auferir vantagens indevidas, o que congestionam ainda mais as varas e atenta contra a jurisdição e os direitos sendo pleiteados por outros litigantes. Contudo, esse é um dos custos de transação da gratuidade da justiça, que em contrapartida permite a pessoas hipossuficientes o acesso à jurisdição para a tutela de seus direitos.

Do mesmo modo que ocorre judicialmente, as reclamações dos consumidores precisam ser analisadas administrativamente pelas agências reguladoras, independentemente de seu valor financeiro. Ademais, na apreciação dos processos administrativos por iniciativa do consumidor, a vulnerabilidade consumerista deve ser considerada em todas as fases. Entretanto, as agências reguladoras não podem transformar-se em balcão de reclamações, sob pena de comprometer sua função regulatória e, além disso, exercer inadequadamente a defesa dos direitos do consumidor. Assim, casos não relacionados a problemas regulatórios e falhas de mercado devem ser remetidos ao Procon competente, para a melhor tutela dos interesses consumeristas.

3.4.3 Regulação como paternalismo estatal

O paternalismo estatal é definido como a ação coercitiva do Estado para proteger os indivíduos contra os males que eles podem causar a si próprios ou para criar condições para beneficiá-los, mesmo contra a vontade manifesta do indivíduo²⁴⁵. Tudo isso em teoria, é claro. Trata-se na realidade da tolhida do poder de decisão do sujeito e da restrição de sua liberdade pelo Estado, que o faz não em nome do bem comum, mas supostamente no interesse do próprio indivíduo, tal como um *Robin Hood* jurídico às avessas.

²⁴⁵ FEINBERG, Joel. Legal Paternalism. *Canadian Journal of Philosophy*, v. 1, n. 1, p. 105–124, 1971, p. 105.

O consumidor precisa ser identificado como sujeito na sociedade e não apenas como indivíduo tutelado. No ramo da Psicologia, Costa e Hennigen defendem que, apesar de sua presunção absoluta de vulnerabilidade, a proteção do consumidor não deve pautar-se pela vulnerabilização do vulnerável, rebaixando o sujeito a uma situação passiva e de inferioridade. Mesmo que a situação de vulnerabilidade seja permanente, é possível pensar políticas públicas para problematizar o ser vulnerável e conferir protagonismo à sua atuação social²⁴⁶.

Há intenso diálogo entre vulnerabilidade e paternalismo estatal. Nos EUA e Austrália, por exemplo, a oferta de crédito é restringida em relação a consumidores considerados vulneráveis, tais como estudantes e aqueles pertencentes a famílias de baixa renda²⁴⁷. Na disciplina de Economia, Sbicca *et al.* defendem a atuação estatal na área com o argumento de que a observação dos indicadores de crédito para as diversas faixas de renda aponta que as camadas de menor poder aquisitivo vêm apresentando notável aumento de inadimplência, decorrentes principalmente do crédito rotativo e de cartões de crédito. Além disso, a inexperiência na contratação de crédito, a expectativa infundada de crescimento da renda e o alto comprometimento do orçamento com dívidas são problemas mais frequentemente identificados na população de menor poder aquisitivo²⁴⁸. Inclusive, dados mostram que o público alvo visado pelas empresas emissoras de cartões de crédito no Brasil parte de pessoas com renda mensal de apenas R\$ 300,00²⁴⁹.

Havendo de um lado a oferta irresponsável de crédito pelas empresas e de outro índices elevados de inadimplência pelos consumidores, é incontestável que o Estado deve atuar para proteger não apenas o consumidor, mas também o Sistema Financeiro Nacional e a economia. Entretanto, a questão é até que ponto se pode interferir nas relações de consumo para proteger o consumidor de si próprio, quase o considerando como se fosse um ser incapaz. Além disso, a proteção

²⁴⁶ COSTA, Ângelo Brandelli; HENNIGEN, Inês. Processos de subjetivação nas políticas de defesa do consumidor: Vulnerabilidade e cidadania em questão. *Psico*, v. 41, n. 3, 2010, p. 410.

²⁴⁷ SBICCA, Adriana; FLORIANI, Vinícius; JUK, Yohanna. Expansão do crédito no Brasil e a vulnerabilidade do consumidor. *Revista Economia*, v. 6, p. 7, 2012, p. 12.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 13-14.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 12.

estatal ao consumidor deve ser efetivada de modo a não constituir óbice ao desenvolvimento econômico²⁵⁰. Afinal, o crescimento da economia beneficia o consumidor ao permitir a entrada de novos competidores no mercado e o advento de novas tecnologias.

É preciso ressaltar que mesmo órgãos administrativos que têm a função específica de defender os direitos consumeristas por vezes não cumprem o seu papel de informar devidamente o consumidor sobre os seus procedimentos administrativos, o que nem pode ser considerado como paternalismo estatal. Em pesquisa empírica conduzida no PROCON de Porto Alegre e do Rio Grande do Sul, Costa e Hennigen identificaram que nos canais de comunicação do PROCON com a população não há qualquer menção de que as demandas individuais dos consumidores podem resultar em ações coletivas, autuações, acordos ou regulamentações²⁵¹. Se o consumidor tivesse pleno conhecimento do alcance que sua ação individual pode tomar, possivelmente esse se sentiria incentivado a não apenas buscar o PROCON com maior frequência para a resolução de demandas consumeristas, mas também a privilegiar a atuação administrativa do órgão em vez de optar por alternativas, como a tutela judicial ou simplesmente a abdicação do direito.

O paternalismo estatal é em certos casos inevitável para disciplinar as relações de consumo, mas não pode ser absoluto. Assim como ocorre em relação a consumidores adultos, há limites até mesmo para o paternalismo relacionado à vulnerabilidade infantil. Conforme argumenta Piedras na área de Comunicação Social, as crianças não devem ser completamente tolhidas dos elementos que constituem o seu meio sob pena de suas faculdades mentais serem prejudicadas²⁵².

Não cabe às agências reguladoras a adoção de posturas paternalistas no seu âmbito de atuação, pois o paternalismo estatal tem natureza de política pública, sendo indevido aos reguladores decidirem por sua instituição, cabendo tal tarefa à Administração Pública direta. Os

²⁵⁰ KIRKPATRICK, Jeane J. Global Paternalism: The UN and the New International Regulatory Order. *Regulation*, v. 7, p. 17, 1983, p. 22.

²⁵¹ COSTA, Ângelo Brandelli; HENNIGEN, Inês. Processos de subjetivação nas políticas de defesa do consumidor: Vulnerabilidade e cidadania em questão. *Psico*, v. 41, n. 3, 2010, p. 410.

²⁵² PIEDRAS, Elisa Reinhardt. Vulnerabilidade ou resistência? Um panorama da questão do consumo infantil de alimentos permeado pelo marketing e a mídia. *Comunicação Mídia e Consumo*, v. 10, n. 29, p. 143–159, 6 jan. 2014, p. 158.

responsáveis por sua implementação devem ser agentes políticos eleitos, dotados, portanto, de legitimidade democrática enquanto membros do Poder Executivo ou do Poder Legislativo.

4 AGÊNCIAS REGULADORAS X INTERESSES DO CONSUMIDOR

Em países sem tradição de regulação independente é necessário certo período de tempo para que consumidores e fornecedores gradualmente passem a entender a importância e viabilidade do modelo regulatório. Analisando o retrospecto brasileiro, as agências reguladoras têm se mostrado ineficientes e ineficazes em defender os interesses do consumidor. Falta de transparência, decisões controversas, inexperiência dos reguladores, suscetibilidade a influências políticas e excesso de regulação são apenas alguns dos fatores que fazem das agências reguladoras aparatos caros e inócuos na atualidade.

O grande desafio das agências reguladoras é conciliar interesses inicialmente contrapostos entre o público e o privado. A motivação estatal com o envolvimento do setor privado na prestação de bens e serviços públicos tem por intenção trazer ganhos em melhorias e eficiência, enquanto que o intuito primário das empresas é recuperar investimentos e auferir lucros²⁵³.

Neste Capítulo serão analisados os problemas que se destacam no modelo regulatório brasileiro com impacto para o consumidor, bem como serão oferecidas sugestões no intento de resolver as questões elencadas para aperfeiçoar o funcionamento das agências reguladoras.

4.1 CAPTURA REGULATÓRIA

Faz-se imprescindível que as agências reguladoras sejam providas de das garantias necessárias para desempenhar suas atribuições com autonomia, evitando que agentes externos façam prevalecer seus interesses particulares sobre os interesses dos consumidores. Assim, o processo de captura regulatória merece ser estudado para minimizar tais ocorrências.

²⁵³ NICKSON, Andrew; VARGAS, Claudia. The limitations of water regulation: the failure of the Cochabamba concession in Bolivia. *Bulletin of Latin American Research*, v. 21, n. 1, p. 128-149, 2002, p. 147.

4.1.1 O processo de captura regulatória

Sabe-se que os agentes políticos, grupos de interesse e agências reguladoras interagem reciprocamente. Esse processo de influência e domínio sobre a agenda das agências reguladoras é conhecido como captura regulatória (*regulatory capture*)²⁵⁴. Entretanto, essa dinâmica nem sempre é identificável, podendo ser considerada uma “caixa-preta”, afinal cada órgão regulador pode possuir espaços de apropriação próprios²⁵⁵.

A captura regulatória é um dos riscos inerentes ao modelo de regulação, ocorrendo quando as políticas de uma agência reguladora coincidem com os interesses daqueles sendo regulados²⁵⁶. Assim, uma postura inicialmente favorável aos consumidores pode tornar-se autorregulatória pela influência dos fornecedores do setor²⁵⁷. Outra corrente defende que são os grupos populares, tais como organizações consumeristas e de proteção ao meio ambiente, os maiores influenciadores do comportamento das agências reguladoras, apesar da dificuldade de formar e manter tais grupos de interesse²⁵⁸. De uma forma ou de outra, o fato é que a captura regulatória inevitavelmente ocorre, seja para favorecer consumidores ou fornecedores.

Os fornecedores possuem em regra fartos recursos e podem criar iniciativas para influenciar a atuação legislativa mais facilmente do que em comparação com os consumidores, pois a natureza do processo político favorece os interesses de grupos concentrados em detrimento dos direitos quase difusos do consumidor. O consumidor apenas acaba sendo tutelado quando há outra indústria que por acaso comungue de seus interesses, mas não de sua impotência, ficando o consumidor sempre refém do sistema político²⁵⁹.

²⁵⁴ MARTIMORT, David. The life cycle of regulatory agencies: Dynamic capture and transaction costs. *The Review of Economic Studies*, v. 66, n. 4, p. 929–947, 1999, p. 929.

²⁵⁵ Ibidem.

²⁵⁶ SABATIER, Paul. Social Movements and Regulatory Agencies: Toward a More Adequate: And Less Pessimistic: Theory of “Clientele Capture”. *Policy Sciences*, v. 6, n. 3, p. 301–342, 1975, p. 310.

²⁵⁷ BERNSTEIN, Marver H. *Regulating business by independent commission*. Princeton University Press, 2015, p. 146.

²⁵⁸ SABATIER, Paul. Op. cit., p. 310.

²⁵⁹ STIGLER, George Joseph. *The Citizen and the State: Essays on Regulation*. University of Chicago Press, 1975, p. 187.

O grande problema do *lobbying* decorre da disparidade de recursos que indivíduos, ou até mesmo grupos estabelecidos, possuem para empreender na atividade se comparados com grandes agentes econômicos, havendo uma vantagem desses na estrutura de representação de interesses na Administração Pública²⁶⁰.

Friedman considera que os grupos de fornecedores tendem a ser mais concentrados que o de consumidores, facilitando sua coordenação política. Assim, estando o interesse público disperso, os interesses dos fornecedores tendem a prevalecer sobre os do consumidor, pois os grupos organizados e financiados pelas empresas têm muito mais influência sobre a ação regulatória²⁶¹.

Pequenos grupos organizados têm potencial de influenciar a regulação em desfavor do interesse da coletividade²⁶². Usualmente se pensa que esses grupos são financiados por grandes fornecedores que visam ao crescimento de sua atividade produtiva. Entretanto, por vezes esses grupos são compostos por particulares ou agentes públicos que, propositalmente ou não, acabam por mobilizar medidas que prejudicam tanto consumidores como fornecedores.

Além do *lobbying*, um dos fenômenos políticos mais estudados no âmbito da Escola da *Public Choice* da Análise Econômica do Direito é o chamado *logrolling*. O termo tem sua origem nos EUA, remetendo ao antigo costume de vizinhos ajudarem a rolar os troncos de madeira de uma árvore derrubada até a propriedade daquele que a cortou. No Brasil, a expressão popular mais próxima seria a de que “uma mão lava a outra”. Na acepção contemporânea do termo, significa a barganha por votos no meio político. A prática surge devido à incapacidade dos participantes do processo legislativo, tanto na democracia direta como indireta, de transformas suas preferências em normas jurídicas, considerando que numa sociedade democrática o processo legislativo é fruto da escolha coletiva resultante da transigência

²⁶⁰ OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. O lobbying institucional no Brasil: canal de comunicação entre Estado e sociedade civil?. *Revista Brasileira de Marketing*, e-ISSN: 2177-5184, v. 6, n. 1, p. 57–64, 2007, p. 63.

²⁶¹ FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. 40. ed. University of Chicago Press, 2002, p. 143.

²⁶² STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3–21, 1971, p. 3.

das escolhas individuais daqueles com poder de voto²⁶³. Embora a troca de votos no processo legislativo não seja considerada ilegal, é uma prática comumente rechaçada em decorrência de suas implicações éticas, sendo fenômeno comum em todos os níveis do Poder Legislativo. Normas oriundas da prática de *logrolling* não são aprovadas com base em seu mérito, mas simplesmente por negociações políticas, legais ou não, sendo que as proposições aprovadas mediante esse fenômeno afetam os consumidores como todas as outras.

Stigler expõe que a solução geralmente apontada para evitar a captura regulatória é pressionar e expor os diretores das agências reguladoras e aqueles que os nomeiam. Contudo, o autor aduz que a única forma de tornar uma agência reguladora verdadeiramente autônoma é mudar a sua base de apoio político, de modo que essa não seja vítima de grupos que fazem do Estado a extensão de seus interesses²⁶⁴.

Friedman aponta que uma das maiores críticas contra a economia livre é precisamente porque ela cumpre o seu propósito, oferecendo às pessoas o que elas querem, e não o que grupos de interesse pensam ser o melhor para elas. Assim, a maioria dos argumentos contra o livre mercado é fundamentada pela descrença quanto à própria liberdade²⁶⁵.

Nesse contexto, o modo eficiente de resolver o problema da captura regulatória é o fechamento dos espaços de apropriação política nas agências reguladoras por meio da desregulação. No âmbito político, o consumidor sozinho nunca fará prevalecer seus interesses sobre aqueles do fornecedor, estando sempre em desvantagem técnica. A desregulação, além de acabar com essa guerra perdida, devolve aos consumidores a capacidade de decidirem sobre os seus melhores interesses na contratação de produtos e serviços.

²⁶³ MERCURO, Nicholas. The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics. *Journal Jurisprudence*, Volume 2, p. 61-110. Sidney: Cengage Learning, 2009, p. 81.

²⁶⁴ STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971, p. 17-18

²⁶⁵ FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. 40. ed. University of Chicago Press, 2002, p. 15.

4.1.2 A inevitável captura regulatória: o caso da Anatel

A Anatel é perigosamente exposta a influências dos fornecedores do setor de telefonia em decorrência da concentração de mercado. Apenas quatro empresas - Claro, Oi, TIM e Vivo - são responsáveis por 98% da fatia do mercado de telefonia móvel no país²⁶⁶. Contudo, pode-se considerar o cenário melhor do que ocorre, por exemplo, no setor de aviação civil, pois, apesar da concentração, há um equilíbrio no *market share*, considerando que entre o líder de mercado e o quarto colocado há diferença de menos de 11% de participação, sendo que entre os três primeiros a variação de participação entre as empresas não ultrapassa 4% em termos de mercado. Assim, tem-se um número reduzido de empresas que dominam o mercado, mas que mantém equilíbrio entre si. Contudo, não necessariamente o cenário de equilíbrio de poder diminui a tendência de uma agência reguladora ser manipulada. Tendo as empresas semelhante participação no mercado, o conjunto de seus interesses tende a inclinar-se para objetivos comuns. O mais notável exemplo é a mobilização conjunta para impedir o acesso de novos competidores no mercado.

Demonstrando como se opera o processo de captura regulatória, segundo acusações formalizadas junto à Procuradoria da República em 2012 por José Roberto Melo da Silvada, então controlador da Unicel, empresa que fazia parte do setor de telefonia móvel em São Paulo com o nome fantasia Aeiou; a Anatel negociava o teor de pareceres e decisões com um cartel formado pelas quatro maiores empresas do setor²⁶⁷. A influência das companhias que dominam quase todo o mercado teria culminado na extinção das licenças de operação da Unicel, o que inviabilizou a venda da companhia à Nextel, empresa que também atua no ramo, mas que detinha menos de 1% de participação de mercado²⁶⁸. Se a compra se efetivasse, a Nextel teria a possibilidade de

²⁶⁶ ANATEL. *Quase 500 mil linhas móveis foram desativadas em agosto no país*. Publicado em 08 set. 2016. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/dados/destaque-1/283-movel-acessos-maio>>. Acesso em: 20 out. 2016.

²⁶⁷ FOLHA DE S.PAULO. *Anatel decide leiloar ainda em 2013 faixas de tele ligada a Erenice*. Publicado em 14/02/2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/95381-anatel-decide-leiloar-ainda-em-2013-faixas-de-tele-ligada-a-erenice.shtml>>. Acesso em 21 out. 2016.

²⁶⁸ *Ibidem*.

explorar a frequência licenciada à Unicel em São Paulo, o que poderia culminar com a ascensão de mais uma forte empresa no setor, o que evidentemente não era do interesse das grandes empresas já estabelecidas.

A própria Unicel esteve envolvida em possíveis irregularidades em relação à Anatel quando participou de uma licitação em 2005 para obter frequências de telefonia celular. A empresa depositou apenas 1% de garantias, sendo que a exigência era de 10%²⁶⁹. O impasse só teria sido solucionado por intervenção de Erenice Guerra, que posteriormente deixaria o cargo de Ministra-Chefe da Casa Civil em 2010 em meio a acusações de favorecer empresas, inclusive a Unicel²⁷⁰.

Outro caso de captura regulatória na Anatel culminou, em agosto de 2016, com a renúncia de João Rezende, então Presidente da agência reguladora, após polêmica provocada ao declarar que teria chegado ao fim “a era da internet ilimitada”, endossando a redução de velocidade de conexão e bloqueio de dados móveis que passaram a ser praticados pelas operadoras de telefonia móvel²⁷¹. A declaração do então Presidente da Anatel foi realizada no mesmo dia de publicação do despacho da Superintendência de Relações com Consumidores da agência reguladora, que impôs requisitos e condições para as operadoras exercerem a prática²⁷². O descompasso dentro da própria agência demonstrou o conflito de interesses entre os diversos níveis da organização e a possibilidade de que as grandes empresas do setor estivessem manipulando a presidência do órgão. Com a repercussão do

²⁶⁹ FOLHA DE S.PAULO. *Operadoras se armam contra a Nextel*. Publicado em 12/11/2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/77591-operadoras-se-armam-contra-a-nextel.shtml>>. Acesso em 21 out. 2016.

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ ESTADÃO. *Presidente da Anatel, João Rezende renuncia a mandato*. Publicado em 18/08/2016. Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,presidente-da-anatel-joao-rezende-renuncia-a-mandato,10000068468>>. Acesso em: 21 out. 2016.

²⁷² ANATEL. Superintendência de Relações com Consumidores. *Despacho do Superintendente, em 15 de abril de 2016*. DOU de 18 abr. 2014, Seção 1, p. 79-80.

caso, o Presidente da OAB nacional chegou a declarar que a “ANATEL não defende consumidor, atua como sindicato das telefonias”²⁷³.

Pesa ainda contra a Anatel e a gestão do ex-presidente da agência reguladora a proposta de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com a operadora Oi, que substituiu a dívida de mais de R\$ 1,2 bilhão em multas aplicadas pela agência pela prestação de serviços de melhoria no sistema de telefonia²⁷⁴. Dos cinco Conselheiros da Anatel, apenas Otavio Luiz Rodrigues Junior apresentou voto contrário à proposta de TAC, mostrando preocupação quanto à capacidade da empresa em honrar com os compromissos firmados, considerando que à época estava realizando processo de renegociação de dívidas²⁷⁵. Menos de um mês depois, a Oi proporia recuperação judicial junto à 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro²⁷⁶, elencando um total de R\$ 65,4 bilhões em dívidas, sendo o maior montante já apresentado para recuperação judicial na história do Direito brasileiro²⁷⁷.

Os casos mencionados demonstram a suscetibilidade das agências reguladoras brasileiras a influências externas, tanto de natureza política como particular, essa realizada pelos fornecedores do setor. No caso específico da Anatel, a captura regulatória é facilitada pela

²⁷³ OAB/RS. *Em coletiva na OAB/RS, Lamachia diz: “Anatel não defende consumidor, atua como sindicato das telefonias”*. Publicado em 22/04/2016. Disponível em: <<http://www.oabcaxias.org.br/web/noticias/ver/3940>>. Acesso em: 21 out. 2016.

²⁷⁴ ANATEL. Conselho Diretor. *Acórdão nº 202, de 30 de maio de 2016*. DOU de 03/06/2016, Seção 1, Página 7.

²⁷⁵ Idem. Processo n. 53500.015408/2015-04. Voto n. 4/2016/SEI/OR. Disponível em: <[²⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital. Processo n. 0203711-65.2016.8.19.0001.](https://sei.anatel.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?GTCIYr5xcaHHRyL1NgQTptXsCY38OAJa6alWtDgTO_nTJkdSiZFZA0-wYUdt4eaMHPwefdc0Am7cUFVuFmfmdA,,>>. Acesso em: 21 out. 2016</p>
</div>
<div data-bbox=)

²⁷⁷ VALOR ECONÔMICO. *Pedido de recuperação da Oi é mais que o triplo da Sete Brasil*. Publicado em 21/06/2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4609257/pedido-de-recuperacao-da-oi-e-mais-que-o-triplo-da-sete-brasil>>. Acesso em: 21 out. 2016.

concentração de mercado e pelo fenômeno da “vantagem do primeiro jogador” (*first-mover advantage*), que dificulta o ingresso de novos competidores no mercado devido aos altos custos de transação para se investir na área de infraestrutura de telecomunicações.

4.1.3 Constatações sobre a indicação de reguladores

Aspecto fundamental do qual dependem a autonomia e a eficiência das agências reguladoras é o procedimento de indicação dos respectivos reguladores. No Brasil, as decisões regulatórias são tomadas pela maioria absoluta do conselho diretor ou equivalente de cada agência, composto por cinco membros indicados pelo Presidente da República.

De acordo com levantamento realizado em dezoito agências reguladoras estaduais e federais, 48% das pessoas indicadas como diretores/conselheiros eram ocupantes de cargos comissionados anteriormente à respectiva nomeação²⁷⁸. Resta evidente o aparelhamento das agências reguladoras com a classe política, afinal não apenas o detentor do Poder Executivo indica os reguladores, mas também é por influência política que eles são alçados à vida pública por meio de cargos comissionados ocupados anteriormente à nomeação. Inclusive, apenas 10% dos diretores das agências reguladoras analisadas nunca ocuparam cargos comissionados. Segundo o mesmo levantamento, os indicados para a diretoria de agências reguladoras provenientes da iniciativa privada somavam apenas 6% do total²⁷⁹. Assim, os reguladores oriundos do setor privado representam ínfima parcela do total de indicados, podendo-se considerar inclusive que os fornecedores do setor estariam sub-representados. Portanto, não tem fundamento a crítica de que as agências reguladoras estariam aparelhadas pela iniciativa privada. As empresas do setor certamente fazem valer seus interesses mediante o uso de outros meios, mas não diretamente mediante reguladores por elas indicados.

²⁷⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. *Nomeação de Dirigentes de Agências Reguladoras: um estudo descritivo*. Berkeley Electronic Press Selected Works, 2016, p. 3. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/121/>. Acesso em: 20 fev. 2017.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 2.

O elevado índice de indicações de servidores comissionados para exercerem mandatos nas agências reguladoras não seria um problema tão grave se os nomeados tivessem usualmente qualificação e experiência compatível com o respectivo setor para o qual são indicados como reguladores. Contudo, análise curricular dos diretores de dezoito agências reguladoras estaduais e federais mostra que apenas 58% possuem experiência profissional atinente às funções exercidas pela respectiva agência²⁸⁰.

Para Stigler é ingênuo acreditar que os diretores das agências reguladoras agem em nome do interesse público, e apenas do interesse público, dado que detêm recursos para fazerem o que bem entender e com o suporte legal para criar normas, classificando-os como preguiçosos ou subservientes aos setores por eles regulados²⁸¹.

Não é apenas o aparelhamento político que compromete a atuação das agências reguladoras, mas até mesmo a inércia do governo em indicar pessoas para assumirem os mandatos das diretorias. Em estudo compreendendo seis agências federais (Anac, Anatel, Aneel, ANP, Antaq, e ANTT), foi identificado que a média de tempo para que o Presidente da República remeta Mensagem ao Senado Federal, proposição legislativa que submete os indicados ao crivo do Poder Legislativo, é de 188 dias; enquanto que da apresentação da Mensagem até a posse do regulador a média é de 77 dias, sendo que desses o processo se dá no âmbito do Poder Legislativo em apenas 36 dias, em média²⁸². Assim, tem-se que os vácuos regulatórios são causados quase em sua totalidade por responsabilidade de um único agente político - o Presidente da República, que detém o poder unilateral de realizar as indicações para a direção das agências reguladoras, mas que por razões obscuras simplesmente opta por retardar a escolha. A hipótese mais crível é que no ínterim haja um jogo de interesses políticos que impede a retomada da normalidade das atividades administrativas das agências reguladoras em privilégio de acordos partidários para a ocupação desses cargos.

²⁸⁰ Ibidem, p. 4.

²⁸¹ STIGLER, George Joseph. *The Citizen and the State: Essays on Regulation*. University of Chicago Press, 1975, p. 180.

²⁸² SALAMA, Bruno Meyerhof. *Nomeação de Dirigentes de Agências Reguladoras: um estudo descritivo*. Berkeley Electronic Press Selected Works, 2016, p. 7. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/121/>. Acesso em: 20 fev. 2017.

A indicação de conselheiros qualificados no âmbito das agências reguladoras é essencial para que os respectivos setores da economia sejam regulados de maneira efetiva. Para além do conhecimento técnico e jurídico, os reguladores e o corpo técnico das agências precisam também reunir habilidades em comunicação e relações públicas. Nickson e Vargas chegam a propor que na falta de recursos humanos qualificados para desempenharem a função, as agências regulatórias deveriam considerar a possibilidade de contratar mão de obra terceirizada para exercer a função regulatória²⁸³. Contudo, os autores também apontam que medidas mais simples podem se mostrar eficientes, tais como o fim de nomeações *ad hoc* e a proteção contra exonerações arbitrárias de dirigentes²⁸⁴.

Em média um em cada cinco diretores de agências reguladoras não completa o seu mandato, sendo que em metade dos casos a causa de renúncia pode ser atribuída à mudança de governo²⁸⁵. Assim, nota-se no caso concreto a dependência das agências reguladoras à volatilidade política, o que contraria o propósito histórico do modelo regulatório, que busca blindar a instância administrativa das interferências políticas. Além disso, o que é mais grave é que as renúncias causam vácuo regulatório e descontinuidade administrativa nas agências reguladoras. No primeiro caso, a falta da maioria absoluta de dirigentes impede que novas regulações sejam adotadas. No segundo evento, o término de mandatos em proximidade uns com os outros prejudica a consolidação da cultura regulatória e afeta a confiabilidade do mercado nos setores regulados, afinal não há previsibilidade da conduta dos novos dirigentes a serem empossados.

Apenas 24% dos mandatos dos dirigentes são alvos de recondução. A Aneel e a ANP apresentaram as maiores incidências de renovação, contando respectivamente com 38% e 33% de permanência, enquanto que a ANAC e a ANATEL apresentaram apenas 16% de permanência²⁸⁶. Percebe-se que a recondução de dirigentes a novo mandato está longe de ser a regra nas agências reguladoras, embora a discussão da conveniência de tal instituto deva ser abordada, pois pode

²⁸³ NICKSON, Andrew; VARGAS, Claudia. The limitations of water regulation: the failure of the Cochabamba concession in Bolivia. *Bulletin of Latin American Research*, v. 21, n. 1, p. 128-149, 2002, p. 148.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 146.

²⁸⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. *Op. cit.*, p. 8.

²⁸⁶ *Ibidem*.

fazer com que os reguladores atuem para o agrado do chefe do Poder Executivo, visando à permanência no cargo.

A ocorrência de renúncias e o baixo índice de renovações de mandato nas agências reguladoras ensejam algumas hipóteses. Primeiramente, por disciplinarem setores estratégicos da economia, os dirigentes estariam mais sujeitos a influências políticas. Em segundo lugar, considerando a sua relevância para a infraestrutura nacional, os nomeados podem nem sempre apresentar qualificação e experiência adequadas ao cargo, o que minaria suas possibilidades de permanência. Por fim, por regularem serviços em mercados concentrados e com elevado volume de conflitos consumeristas, os dirigentes estariam com seus mandatos mais expostos ao desempenho do setor.

A demora do Poder Executivo em suprir a vacância é a maior causa de vácuos regulatórios. Em 48% dos casos, o governo federal leva de dois meses a um ano para indicar novo dirigente para uma agência reguladora. Se somados o tempo em que cargos ficaram desocupados, a ANTT por si só contaria com 20,7 anos de vacância, a Anatel com 14,4 anos e a Anac com 10,6 anos²⁸⁷.

O atraso na indicação de nomes para ocuparem a diretoria das agências reguladoras levou em diversos casos à paralisia decisória, situação que ocorre quando determinado órgão regulatório não tem quórum para deliberação. Passaram por essa situação em algum momento Anac, Aneel, ANP, ANTT e Antaq. A ANTT, por exemplo, chegou a permanecer por 3 anos, 5 meses e 10 dias em completa paralisia decisória por ter concomitantemente três cargos vagos em sua diretoria²⁸⁸.

O senso comum levaria a crer que o maior problema das agências reguladoras seria a apropriação do público pelo privado. Contudo, a realidade é bem diversa do sofisma ideológico. A atuação do chefe do Poder Executivo é a principal causa das duas celeumas que acometem as agências reguladoras. A primeira é a inaptidão dos diretores/conselheiros para os cargos ocupados, seja por qualificação inadequada ou por dependência política. Em segundo lugar, a paralisia regulatória, causada pela inércia do Presidente da República em indicar novos reguladores para preencher cargos vagos.

²⁸⁷ Ibidem, p. 12.

²⁸⁸ Ibidem, p. 15-16.

4.1.4 Indeterminação do mandato dos reguladores

Questão essencial para a autonomia das agências reguladoras é o procedimento de nomeação de dirigentes para a sua diretoria. Em certas agências, é possível a realização de nomeações *ad hoc* pelo período em que houver vacância. Contudo, tal prática pode gerar discrepâncias na cultura regulatória e aumentar a interferência do Poder Executivo nas atividades administrativas.

A Anatel é dotada de uma lista de substituição em caso de vacância dos cargos de diretor, conforme artigo 27 do Decreto n. 2.338/1997²⁸⁹. Tal lista é formada por três servidores da agência designados por Decreto do Presidente da República. Contudo, embora a existência da lista de substituição proteja contra vácuos regulatórios, a sua mera previsão afronta as garantias que os reguladores devem ter em razão de seus mandatos. Afinal, tais substitutos podem ser indicados mediante negociações políticas para atender a interesses partidários, pois a qualquer tempo eles podem ser substituídos, seja pela edição de um Decreto com nova lista tríplice ou pelo envio de Mensagem ao Congresso Nacional contendo a indicação de dirigente efetivo. Além disso, o Decreto é inconstitucional por retirar do Congresso Nacional a incumbência de sabatar os indicados ao cargo, pois, embora sejam substitutos, gozam de plenos poderes, inclusive para decidir sobre nova regulação.

No caso da ANTT, havendo vacância de cargo de diretor que impeça a deliberação por falta de maioria absoluta, o Decreto n. 7.703/2012²⁹⁰ incluiu o §6º no artigo 8º do Anexo I do Decreto n. 4.130/2002²⁹¹, que regulamenta aquela agência; dispondo que em caso de vacância o Ministro dos Transportes pode apontar um servidor

²⁸⁹ BRASIL. Decreto n. 2.338, de 7 de outubro de 1997. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e dá outras providências.

²⁹⁰ BRASIL. Decreto n. 7.703, de 20 de março de 2012. Altera o Decreto nº 4.130, de 13 de fevereiro de 2002, que aprova o Regulamento e o Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados e dos Cargos Comissionados Técnicos da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT.

²⁹¹ BRASIL. Decreto n. 4.130, de 13 de fevereiro de 2002. Aprova o Regulamento e o Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados e dos Cargos Comissionados Técnicos da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT.

efetivo do órgão como diretor substituto. O mesmo ocorre em relação à Antaq, cujo Decreto n. 7.863/2012²⁹² introduziu o §6º no artigo 6º do Anexo I do Decreto 4.122/2002²⁹³, conferindo ao chefe da Secretaria de Portos a mesma incumbência. Em ambos os casos, a posição do diretor substituto é ainda mais fragilizada, pois não há sequer as salvaguardas previstas, por exemplo, no âmbito da Anatel, cujo Decreto estabelece períodos máximos de permanência no cargo e alternância entre os substitutos, além de exigir Decreto do Presidente da República para a investidura, e não mera indicação pelo Ministro de Estado da área atinente. Ademais, tal incumbência fere a autonomia das agências reguladoras, submetendo-as a controle quase hierárquico dos Ministérios.

O modelo ordinário de substituição simples dos diretores das agências reguladoras permite uma série de discrepâncias, tais como nomeações em massa, imprevisibilidade de regulação e vácuos regulatórios. É imprescindível que o procedimento de sucessão de dirigentes seja aperfeiçoado e uniformizado no âmbito das agências reguladoras, de modo que se mantenha a periodicidade dos mandatos de modo a consolidar a continuidade regulatória e o adequado desempenho das atividades desenvolvidas pelas agências. Essa medida dificultaria o uso de nomeações como instrumento de manobra política, além de coibir a prática das nomeações em bloco, em que mais de um dirigente para uma mesma agência reguladora é apontado concomitantemente, problemas que prejudicam a segurança jurídica e a previsibilidade regulatória.

²⁹² BRASIL. Decreto n. 7.863, de 8 de dezembro de 2012. Altera o Anexo I ao Decreto nº 4.122, de 13 de fevereiro de 2002, que aprova o Regulamento e o Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados e dos Cargos Comissionados Técnicos da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ.

²⁹³ BRASIL. Decreto n. 4.122, de 13 de fevereiro de 2002. Aprova o Regulamento e o Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados e dos Cargos Comissionados Técnicos da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ.

4.1.5 Autonomia e excesso de discricionariedade

Quando se critica a autonomia das agências reguladoras, costuma se esquecer de por que ela é fundamental tanto para a Administração Pública como para o mercado, afetando diretamente os consumidores.

Em estudo quantitativo em Economia, Tiryaki demonstra que em países onde a autonomia dos órgãos reguladores é assegurada os investidores tendem a identificar a confiabilidade necessária para participarem em projetos de infraestrutura. Nesse contexto, a estabilidade e a imparcialidade das agências reguladoras promovem as condições necessárias para a atração e retenção de investimentos privados nos países em desenvolvimento²⁹⁴.

O *lobbying* não é apenas a tentativa de um particular influenciar a tomada de decisão de competência de um órgão público. Embora menos conhecido, o *lobbying público* ocorre quando instituições estatais, inclusive empresas públicas, ministérios, autarquias e agências reguladoras, buscam influenciar o Poder Legislativo e o Poder Executivo para, por exemplo, reivindicar novas competências ou assegurar sua dotação orçamentária²⁹⁵. Assim, por vezes a autonomia das agências reguladoras é comprometida não pela atuação de particulares, mas pela interferência do próprio governo.

A independência das agências reguladoras em relação a pressões políticas é um princípio básico de regulação justa, mas esse ainda é um dos maiores desafios para a consolidação de modelos regulatórios em países emergentes. Em particular, a regulação de serviços de infraestrutura em países em desenvolvimento se mostra especialmente complexa porque, além de tratar de aspectos técnicos como fixação de preços e a qualidade dos serviços, os reguladores precisam ainda se atentar para as demandas sociais²⁹⁶. Nesse sentido,

²⁹⁴ TIRYAKI, Gisele Ferreira. A independência das agências reguladoras e o investimento privado no setor de energia de países em desenvolvimento. *Economia Aplicada*, v. 16, n. 4, p. 683–709, dez. 2012, p. 702.

²⁹⁵ OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. O lobbying institucional no Brasil: canal de comunicação entre Estado e sociedade civil?. *Revista Brasileira de Marketing*, e-ISSN: 2177-5184, v. 6, n. 1, p. 57–64, 2007, p. 58.

²⁹⁶ NICKSON, Andrew; VARGAS, Claudia. The limitations of water regulation: the failure of the Cochabamba concession in Bolivia.

nem sempre a garantia de autonomia é suficiente para que as agências reguladoras desempenhem seu papel.

Ocasionalmente, a autonomia das agências reguladoras pode ser fonte de problemas. Um deles é o agravamento do *problema do principal-agente*, que ocorre quando os mandatários exercem suas atribuições em benefício próprio. Assim, os reguladores, conhecendo o poder que têm de interferir no mercado, podem utilizar-se do cargo para concretizar seus interesses pessoais, sejam esses lícitos ou não.

A redução do poder discricionário pode ser mecanismo eficiente para evitar a captura regulatória no âmbito das agências reguladoras, o que também garante maior segurança jurídica aos fornecedores do setor. Contudo, tal medida diminui o grau de flexibilidade e adaptação da regulação ao contexto político, econômico e social²⁹⁷.

A questão a ser resolvida é encontrar um meio-termo que reduza o potencial de excesso regulatório e ao mesmo tempo assegure a dinamicidade necessária à atuação das agências reguladoras. Contudo, é preciso criar mecanismos para que o poder retirado das agências reguladoras seja devolvido à sociedade, evitando que a função regulatória seja reapropriada de qualquer forma pelo Poder Executivo ou pelo Poder Judiciário, caso contrário inevitavelmente a regulação potencializar-se-á como instrumento para a concretização de projetos políticos.

4.2 INEFICIÊNCIA REGULATÓRIA

A regulação, em vez de solucionar problemas de mercado, tem o potencial de criar custos e dificuldades para fornecedores e consumidores, principalmente caso sua instituição não seja precedida de minuciosa análise econométrica. A atuação das agências reguladoras deve ser sempre guiada por critérios técnicos, evitando o desperdício de recursos públicos e privados. Nesse sentido, faz-se necessário demonstrar o impacto do modelo regulatório no custo social.

Bulletin of Latin American Research, v. 21, n. 1, p. 128-149, 2002, p. 146.

²⁹⁷ Ibidem.

4.2.1 Agências reguladoras e custos de transação

Há quatro categorias de custos de transação decorrentes da delegação de poderes a agências reguladoras. Primeiramente, os custos de tomada de decisão (*decision-making costs*), que se originam quando o poder decisório passa do Poder Legislativo para as agências reguladoras por meio de legislação de conteúdo vago²⁹⁸. Assim, os reguladores ganham o poder de emanar normas específicas, fazendo com que as pessoas interessadas precisem defender seus interesses perante o âmbito administrativo além do órgão legislativo. Já os custos de comprometimento (*commitment costs*) decorrem da volatilidade das coalizões políticas e das suscetibilidades a que as agências reguladoras estão submetidas²⁹⁹. Se não houver garantias suficientes para que as agências reguladoras cumpram seu papel com independência, sua autonomia e atribuições podem sofrer restrições em razão de alterações legislativas; de outro lado, se for conferida autonomia demasiada, ocorrerão dificuldades para introduzir nova legislação aos setores e o posicionamento dos gestores das agências reguladoras pode demorar a entrar em consonância com os interesses do governo. Por sua vez, os custos de agência (*agency costs*) são oriundos da dúvida se o agente, entendido como aquele que age em favor de outrem, irá ou não atuar nos conformes do que foi pretendido pelo principal, entendido como aquele que o indicou³⁰⁰. Enquanto que no âmbito do Poder Legislativo os interesses individuais são dispersos, no escopo de atuação das agências reguladoras ele está mais concentrando, aumentando o potencial de influência dos agentes econômicos, o que pode fazer com que a “vontade do legislador” nem sempre coincida com a “vontade do regulador”. Por fim, os custos de incerteza (*uncertainty costs*) decorrem

²⁹⁸ MAJONE, Giandomenico. The regulatory state and its legitimacy problems. *West European Politics*, v. 22, n. 1, p. 1–24, 1999, p. 3.

²⁹⁹ YESILKAGIT, Kutsal. The design of public agencies: overcoming agency costs and commitment problems. *Public administration and development*, v. 24, n. 2, p. 119–127, 2004, p. 123.

³⁰⁰ MCCUBBINS, Mathew D. The legislative design of regulatory structure. *American Journal of Political Science*, p. 721–748, 1985, p. 723.

da dificuldade de prever os benefícios ou custos que particulares terão em virtude de determinada regulação³⁰¹.

Os custos de regulação são arcados pelos fornecedores, consumidores e governo; que devem cumprir com as determinações estabelecidas pelas agências reguladoras, o que pode causar inclusive descoordenação com políticas públicas estabelecidas pelo Poder Executivo. Assim, as agências reguladoras possuem o poder quase que ilimitado de criar custos a terceiros mediante normas regulatórias.

Uma das propostas de origem estadunidense para limitar a discricionariedade das agências reguladoras é instituir o chamado “orçamento regulatório” (*regulatory budget*). Por meio desse mecanismo, previamente à definição do orçamento para o ano seguinte, as agências reguladoras deveriam fixar o teto máximo de custos privados decorrentes de novas regulamentações a serem instituídas por elas no próximo ano. Além disso, haveria orçamento único destinado a todas as agências reguladoras, sendo que essas teriam que disputar os recursos disponíveis entre si. Desse modo, haveria maior participação da Presidência da República e do Congresso Nacional na gestão das agências, o que em parte sanaria o problema do déficit de legitimidade desses órgãos. Além disso, o orçamento regulatório obrigaria as agências a adotarem projetos de regulação que maximizassem o custo-benefício³⁰², desonerando os custos de produção e reduzindo o preço dos produtos e serviços para o consumidor.

Quanto mais as agências reguladoras tiverem competência para disciplinar matérias atinentes ao seu âmbito de atuação, menor serão os custos de incerteza. Em contrapartida, será mais fácil para determinadas pessoas influenciarem as regulamentações a serem adotadas em decorrência de o poder de decisão estar concentrado, o que pode gerar desequilíbrios de mercado. Porém, mesmo que ocorra a influência de particulares, se as agências reguladoras evitarem a criação ou o agravamento de custos de transação no processo produtivo por meio de novas regulamentações, o custo social não será tão oneroso.

³⁰¹ HORN, Murray J. *The Political Economy of Public Administration: Institutional Choice in the Public Sector*. Cambridge University Press, 1995, p. 21.

³⁰² WOOD, Lance D.; LAWS, Elliot P.; BREEN, Barry. Restraining the regulators: legal perspectives on a regulatory budget for federal agencies. *Harv. J. on Legis.*, v. 18, p. 1, 1981, p. 7

4.2.2 O problema do principal-agente nas agências reguladoras

Segundo Mises, a burocracia é a conduta atrelada a detalhadas normas e regulações emanadas por órgão superior³⁰³. Conforme a teoria do principal-agente (*principal-agent theory*) no que tange às agências reguladoras, o principal, nesse caso o chefe do Poder Executivo e os membros do Congresso Nacional, delegam funções a determinado órgão administrativo - uma agência reguladora -, visando ao cumprimento de certos objetivos, o que acarreta em custos de agência (*agency costs*). Assim, o maior desafio é encontrar a fórmula que maximize os resultados com os menores custos de transação possíveis³⁰⁴. Os benefícios mais notórios com a delegação são o aumento de credibilidade e tecnicidade, bem como a redução dos custos de decisão, afinal o *principal* não terá que empreender tempo ou conhecimento técnico com as matérias reguladas. De outro lado, a delegação também provoca o aumento na discricionariedade decisória pela Administração Pública, o que pode levar reguladores a perseguirem seus próprios interesses.

Na formulação burocrática do problema do principal-agente, políticos (principais) e burocratas (agentes) podem ter interesses distintos, afinal, como sujeitos racionais que buscam a satisfação da própria *utilidade*, os primeiros desejam maximizar a chance de serem reeleitos, enquanto que os últimos aspiram à maximização do orçamento do órgão ao qual pertencem. Como os políticos e as coligações mudam com o tempo e os burocratas desenvolvem projetos próprios por meio da institucionalização e interações externas, há conflito de interesses quando os objetivos desses dois grupos estão desalinhados³⁰⁵.

No âmbito regulatório, a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) reduziu a assimetria que existia entre as operadoras de planos de saúde e seus usuários, mas também criou *custos de agência* significativos que podem ter encarecido o acesso à saúde suplementar, considerando a multiplicidade de atores envolvidos no

³⁰³ MISES, Ludwig Von. *Human Action: A Treatise on Economics*. 4ª ed. Literary Licensing LLC, 2013, p. 310.

³⁰⁴ GROSSMAN, Sanford J; HART, Oliver D. An analysis of the principal-agent problem. *Econometrica: Journal of the Econometric Society*, p. 7-45, 1983, p. 7.

³⁰⁵ WATERMAN, Richard W.; MEIER, Kenneth J. Principal-agent models: an expansion?. *Journal of public administration research and theory*, v. 8, n. 2, p. 173–202, 1998, p. 176.

processo de regulação do setor que buscam a satisfação de seus próprios interesses³⁰⁶.

Uma das soluções para reduzir o *custo de agência* é colocar em prática procedimentos administrativos claros, transparência na gestão, participação pública no processo decisório e, quando necessária, a intervenção pontual do Poder Judiciário. Caso os custos de agência não possam ser reduzidos a níveis suficientemente adequados, a teoria do principal-agente prevê que determinada área deve ser regrada diretamente por autarquias convencionais em vez de agências reguladoras³⁰⁷. Isso se verifica na prática e serve de explicação do porquê de a atuação das agências reguladoras estar concentrada em áreas do domínio socioeconômico que demandam elevado conhecimento técnico, enquanto que políticas sociais continuam de competência de Ministérios ou da própria Presidência da República.

Custos de coordenação também fazem parte dos custos de agência e decorrem das demandas por recursos (financeiros, físicos e humanos) necessários para criar um aparato administrativo que execute atribuições anteriormente reservadas a um órgão centralizado³⁰⁸. Além disso, as empresas do setor regulado também arcam com custos de coordenação, de modo que os recursos empregados para aderir a novas regulamentações prejudicam a tomada de decisão empresarial e sua habilidade em responder às oportunidades de mercado³⁰⁹. Nesse caso, o custo de produção é elevado duplamente, afinal além de os fornecedores incorrerem em despesas para *compliance*, esses também estarão se

³⁰⁶ SATO, Fábio Ricardo Loureiro. A teoria da agência no setor da saúde: o caso do relacionamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar com as operadoras de planos de assistência supletiva no Brasil. *Revista de Administração Pública (RAP)*, p. 49–62, 2007, p. 60.

³⁰⁷ MAJONE, Giandomenico. The agency model: The growth of regulation and regulatory institutions in the European Union. *Eipascope*, v. 1997, n. 3, p. 1–6, 1997, p. 5.

³⁰⁸ FREEMAN, Jody; ROSSI, Jim. *Agency Coordination in Shared Regulatory Space*. SSRN Scholarly Paper, n° ID 1778363, p. 1155. Rochester, NY: Social Science Research Network, 4 mar. 2011. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=1778363>>. Acesso em: 3 fev. 2017.

³⁰⁹ DELMAS, Magali; MARCUS, Alfred Allen. *Firms' choice of regulatory instruments to reduce pollution: a transaction cost approach*. Graduate School of Business, Stanford University, 2003, p. 11.

distanciando de sua atividade produtiva, repassando posteriormente esses custos adicionais (*added costs*) ao consumidor.

No âmbito da *teoria do principal-agente* há um custo que raramente é lembrado, que é a potencial perda de legitimidade pela delegação, afinal a transferência de atribuições dos agentes políticos (principais) para os reguladores (agentes) não acarreta na passagem de legitimidade de um grupo para o outro. Assim, há a questão de como efetuar o controle democrático sobre a atuação de reguladores que, apesar de não terem sido eleitos pelo voto popular, detêm relevantes poderes no âmbito da Administração Pública³¹⁰. O desafio é criar mecanismos de participação democrática sem comprometer a autonomia administrativa das agências reguladoras.

O *problema do principal-agente* se manifesta de diversas formas no contexto das agências reguladoras, principalmente no tocante à falta de controle sobre a atuação dos agentes reguladores e na sua carência de legitimidade democrática. Contudo, essas questões podem também ser vistas como qualidades inerentes ao modelo regulatório. As garantias conferidas aos dirigentes das agências reguladoras permitem que esses ajam sem preocupação em agradar agentes políticos e que realizem as regulamentações ou desregulamentações necessárias, mesmo que impopulares.

4.2.3 A ineficiência do instituto da concessão: o caso da telefonia fixa

O novo Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU) da telefonia fixa foi aprovado pelo conselho diretor da Anatel em 15 de dezembro de 2016. Após passar pelo conselho consultivo do órgão, a proposta precisará ainda ser submetida à apreciação Ministério de Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações antes de ser publicado como Decreto presidencial. O PGMU disciplinará a assinatura dos novos contratos no período de 2016 a 2020 e deveria ter sido aprovado até o término de 2015. Após três prorrogações, o Plano antigo continuará vigendo até julho de 2017. As normas de universalização nele constantes são problemáticas, por exemplo, por demandar

³¹⁰ MAJONE, Giandomenico. The agency model: The growth of regulation and regulatory institutions in the European Union. *Eipascopes*, v. 1997, n. 3, p. 1–6, 1997, p. 5.

investimento e manutenção em orelhões em vez de priorizar áreas estratégicas, como a expansão da cobertura de internet.

O serviço de telefonia celular no Brasil sempre foi privado e fornecido mediante regime de autorização, diferentemente do serviço de telefonia fixa, que é exercido até os dias atuais mediante concessão. Se o Projeto de Lei da Câmara n. 79/2016³¹¹ (inicialmente Projeto de Lei n. 3453/2016), que emenda Lei Geral de Telecomunicações, for sancionado pelo Presidente da República, a telefonia fixa será disponibilizada da mesma forma como ocorre em relação à internet, telefonia celular e TV por assinatura. Se aprovada, a mudança do modelo de concessão para o de autorização será a maior mudança no setor de telecomunicações desde a privatização do setor no final dos anos 1990.

A alteração da Lei Geral de Telecomunicações pode ser uma alternativa para a modernização do setor. A partir de então, as concessionárias poderiam mudar seus contratos de concessão para autorização, o que reduzirá custos de universalização, incluindo a instalação de orelhões, em troca de investimentos em banda larga, por exemplo. Inclusive, contando com a aprovação da proposição, a Anatel aprovou ainda em dezembro de 2016 a proposta de consulta pública sobre o novo Plano Geral de Outorgas, que trará diretrizes e definirá o cronograma para o novo modelo de telecomunicações que seria estabelecido com a sanção da proposição legislativa. Contudo, parte dos Senadores impetrou Mandado de Segurança no STF questionando a decisão terminativa da Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional do Senado que encaminharia a proposição à Presidência da República sem sua apreciação pelo plenário do Senado. O relator, Ministro Luís Roberto Barroso, deferiu parcialmente a liminar requerida e determinou que o Projeto de Lei da Câmara n. 79/2016 retornasse ao Senado para análise dos recursos interpostos pelos Senadores que impetraram o Mandado de Segurança, bem como determinou que a proposição não fosse submetida à sanção presidencial antes do

³¹¹ BRASIL. Projeto de Lei da Câmara n. 79, de 2016. Altera as Leis n. 9.472, de 16 de julho de 1997, para permitir a adaptação da modalidade de outorga de serviço de telecomunicações de concessão para autorização, e n. 9.998, de 17 de agosto de 2000; e dá outras providências.

judgamento do *writ*³¹². O intuito de evitar a discussão e votação em plenário é óbvio – reduzir a politização da matéria. Contudo, apesar de pragmaticamente positiva e legalmente permitida, a medida é uma ponte de safena sobre o processo democrático.

O ponto mais polêmico da alteração proposta para a Lei Geral de Telecomunicações são os chamados bens reversíveis da telefonia fixa. Composto por imóveis e equipamentos, os bens foram cedidos às concessionárias por ocasião da privatização do setor, devendo ser devolvidos ao poder público ao término do prazo das concessões, em 2025. Se aprovada a mudança na Lei Geral de Telecomunicações, esses bens passariam a ser propriedade das concessionárias, que em troca realizariam investimentos no setor. O problema é que a lista que inclui de redes de cobre para o tráfego de sinal telefônico a centrais telefônicas e até mesmo imóveis, que nunca tinham sido avaliados desde o início da alienação dos bens reversíveis, sendo que para o Tribunal de Contas da União (TCU) a responsabilidade da Anatel não se iniciou a partir da regulamentação do controle sobre bens reversíveis, em 25 de janeiro de 2007, mas predata à aprovação da Lei Geral de Telecomunicações, em 1998³¹³.

Não seria a primeira vez que uma alteração normativa beneficiaria as concessionárias do serviço de telefonia fixa. O Decreto n. 6.654/2008³¹⁴, que aprovou o Plano Geral de Outorgas (PGO) do serviço de telecomunicações, possibilitou a fusão da Oi com a Brasil Telecom. Até então, o PGO vigente à época, instituído pelo Decreto n. 2.534/1998³¹⁵, vedava a exploração de serviços de telefonia fixa pela mesma concessionária em mais de uma região.

O TCU acompanha a qualidade da prestação do serviço de telefonia móvel pela Anatel, tendo feito mais de 20 recomendações à agência, inclusive a mudança na implementação do Regulamento Geral

³¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 34562 MC / DF. Relator: Luís Roberto Barroso. Julgamento em 04 fev. 2017.

³¹³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão do processo TC n. 024.646/2014-8. Julgamento em 13 jul. 2016.

³¹⁴ BRASIL. Decreto n. 6.654, de 20 de novembro de 2008. Aprova o Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público.

³¹⁵ BRASIL. Decreto n. 2.534, de 2 de abril de 1998. Aprova o Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público.

de Direitos do Consumidor (RGC). O TCU determinou ainda a apuração da responsabilidade pela Anatel não ter aplicado sanções às operadoras pelo descumprimento das metas constantes no Plano de Melhoria de Qualidade, que adveio após a suspensão da comercialização de novas linhas móveis em 2012³¹⁶.

Em 2013, o TCU avaliou que existiam mais de oito milhões de bens reversíveis no sistema de telefonia fixa, avaliados em R\$ 105 bilhões³¹⁷. Somente em 2016 a Anatel informou ao TCU, e apenas mediante requerimento desse órgão, o valor do patrimônio cedido às concessionárias³¹⁸, tendo a agência estimado em R\$ 108 bilhões o valor de aquisição, ou em R\$ 17 bilhões pelo valor contábil³¹⁹. Se aprovada a modificação da Lei Geral de Telecomunicações, esses bens passariam a ser propriedade das empresas que atualmente detêm as concessões. A contrapartida pelas concessionárias seria o investimento em infraestrutura de banda larga. Contudo, o Projeto de Lei da Câmara n. 79/2016 não prevê nem as diretrizes nem os valores dessa contraprestação. O presidente da Anatel, Juarez Quadros, defendeu a alteração e alegou que os cálculos do TCU não levam em conta a depreciação dos equipamentos e o advento de novas tecnologias, além de que a futura avaliação da infraestrutura existente teria que passar pelo crivo do TCU e da Advocacia Geral da União (AGU)³²⁰. Ainda,

³¹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão do processo TC 023.133/2015-5 [Apenso: TC 016.100/2016-6]. Julgamento em 13 jul. 2016.

³¹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *TCU fiscaliza acompanhamento da Anatel sobre bens reversíveis nas concessões de telefonia fixa*. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-fiscaliza-acompanhamento-da-anatel-sobre-bens-reversiveis-nas-concessoes-de-telefonia-fixa.htm>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

³¹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão do processo TC n. 024.646/2014-8. Julgamento em 13 jul. 2016.

³¹⁹ VALOR ECONÔMICO. *TCU dá prazo para Anatel informar valor dos bens reversíveis vendidos*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4635251/tcu-da-prazo-para-anatel-informar-valor-dos-bens-reversiveis-vendidos>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

³²⁰ ÉPOCA NEGÓCIOS. *Eventual fusão Oi-TIM não teria dificuldade de aprovação na Anatel, diz Quadros*. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2017/01/eventual->

segundo o presidente da agência, “Não existe presente. Tudo será feito a título oneroso para as teles. Primeiro, vamos trocar os valores dos bens reversíveis em investimentos em banda larga em locais onde os acessos ainda forem precários. Isso é defender o interesse do consumidor”,³²¹.

A experiência da Anatel com a concessão da exploração do serviço de telefonia fixa demonstra a fragilidade dessa modalidade de ato administrativo. Não se pode esquecer que os problemas enfrentados também decorrem do fato de o setor de telefonia fixa ser altamente concentrado, mas o monopólio territorial que as quatro grandes empresas detêm foi garantido pelo próprio contrato de concessão. Assim, faz-se necessário abordar os problemas decorrentes desse instituto.

4.2.4 Problemas inerentes à concessão de bens e serviços públicos

Os contratos de concessão geralmente preveem a exclusividade de exploração à parte ganhadora, o que a protege das forças de mercado por longo período. Quando as agências reguladoras assim o fazem, está-se conferindo poder a uma empresa privada como fornecedor único no mercado. Ademais, a exclusividade garantida em contratos de concessão desestimula a eficiência na prestação de serviços pela ausência de competidores. Por exemplo, quando o setor de telefonia foi privatizado no Brasil, a empresa ganhadora do leilão para operar chamadas interurbanas e internacionais garantiu monopólio de pelo menos três anos antes que novas licenças fossem ofertadas³²². Além de facilitar o processo de captura regulatória por agentes privados, a exclusividade na exploração privada de serviços públicos estimula a formação de monopólios e dificulta gradativamente a entrada de novos

fusao-oi-tim-nao-teria-dificuldade-de-aprovacao-na-anatel-diz-quadros.html>. Acesso em: 20 fev. 2017.

³²¹ FOLHA DE S.PAULO. *Telefonia fixa é um mico hoje para a União, diz presidente da Anatel*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/12/1844765-telefonia-fixa-e-um-mico-hoje-para-a-uniao-diz-presidente-da-anatel.shtml>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

³²² DOH, Jonathan P. Entrepreneurial privatization strategies: Order of entry and local partner collaboration as sources of competitive advantage. *Academy of Management Review*, v. 25, n. 3, p. 551–571, 2000, p. 557.

concorrentes no mercado. O direito à exclusividade na exploração pode ser justificado caso seja necessário garantir a receita para a execução de grandes projetos de infraestrutura, mas é preferível que tal prática seja temporária e fixada no início do contrato administrativo³²³.

A vantagem do primeiro jogador (*first mover advantage*) é mais um efeito deletério dos contratos de concessão, fazendo com que a parte que obteve o direito de exploração tenha vantagem em conseguir contratos futuros com o mesmo consumidor, nesse caso o governo³²⁴. A importância de ser o primeiro jogador no mercado foi demonstrada no setor de telefonia com a privatização da Embratel, que fez duas companhias norte-americanas - MCI e Sprint - travarem uma disputa intensa no leilão pelo serviço de chamadas interurbanas e internacionais, pois visavam posteriormente a alavancar sua atuação no mercado praticamente inexplorado de telefonia móvel no Brasil³²⁵.

Outro problema atinente à concessão da exploração de bens e serviços públicos é a informação assimétrica (*asymmetric information*), que ocorre quando uma das partes detém maiores detalhes sobre a qualidade dos bens e serviços explorados³²⁶. Isso faz com que empresas experientes ofereçam um preço para operar determinado serviço público abaixo do valor de mercado (*underbidding*), com o objetivo de renegociar o contrato no curto prazo - prática inclusive recorrente na América Latina³²⁷.

³²³ NICKSON, Andrew; VARGAS, Claudia. The limitations of water regulation: the failure of the Cochabamba concession in Bolivia. *Bulletin of Latin American Research*, v. 21, n. 1, p. 128-149, 2002, p. 147.

³²⁴ *Ibidem*, p. 129.

³²⁵ DOH, Jonathan P. Entrepreneurial privatization strategies: Order of entry and local partner collaboration as sources of competitive advantage. *Academy of Management Review*, v. 25, n. 3, p. 551-571, 2000, p. 564.

³²⁶ LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 106, n. 4, p. 1089-1127, 1991, p. 1109-1110.

³²⁷ GUASCH, J. Luis; LAFFONT, Jean-Jacques; STRAUB, Stephane. Renegotiation of concession contracts in Latin America: Evidence from the water and transport sectors. *International Journal of Industrial Organization*, v. 26, n. 2, p. 421-442, 2008, p. 423.

Contudo, é preciso frisar que o contrato de concessão é, por natureza, incompleto. Chega-se inclusive a considerar o contrato de concessão como sinônimo de contrato regulatório (*regulatory contract*)³²⁸. Contratos incompletos surgem porque os custos de transação seriam insuportáveis para as partes caso todas as contingências e as respectivas consequências constassem em cláusulas expressas³²⁹. Caso contrário, a consequência natural seria a quebra contratual ou então sequer seria concretizado o negócio jurídico, devido à onerosidade do instrumento contratual. Nesse sentido, é preferível um contrato que possa ser renegociado a um que seja inexecutável. Sendo as concessões usualmente outorgadas por longo período, é impraticável prever contratualmente todas as circunstâncias que podem alterar as obrigações inicialmente constituídas.

O comportamento dos agentes também pode afetar a concessão por meio do risco moral (*moral hazard*), que ocorre quando após a celebração do contrato de concessão o comportamento de uma das partes muda abruptamente, considerando que a outra parte tende a não pleitear a rescisão do contrato pelos altos custos de transação em fazê-lo³³⁰.

O alto custo para realizar-se uma proposta para a obtenção de determinada concessão ou permissão por si só dificulta a entrada de novos fornecedores no mercado; custo esse que é repassado ao consumidor³³¹. Portanto, as exigências demandadas dos pretendentes concessionários ou permissionários devem ser mínimas, somente o bastante para garantir que tenham condições técnicas de disponibilizar o bem ou serviço.

O instituto da concessão de bens e serviços públicos muitas vezes se mostra obsoleto, desprovido de mecanismos para

³²⁸ SANTANA, Edvaldo Alves de. Contrato satisfatório multidimensional e a teoria do incentivo. *Revista Brasileira de Economia*, v. 56, n. 4, p. 661–694, out. 2002, p. 668.

³²⁹ HART, Oliver D. Incomplete Contracts and the Theory of the Firm. *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 4, n. 1, p. 119–139, 1988, p. 123–124.

³³⁰ HÖLMSTROM, Bengt. Moral hazard and observability. *The Bell Journal of Economics*, p. 74–91, 1979, p. 74.

³³¹ NICKSON, Andrew; VARGAS, Claudia. The limitations of water regulation: the failure of the Cochabamba concession in Bolivia. *Bulletin of Latin American Research*, v. 21, n. 1, p. 128–149, 2002, p. 129.

acompanhar os avanços tecnológicos e as necessidades sociais durante a vigência do contrato administrativo. Mais grave, por regra confere ao concessionário o monopólio da exploração do bem ou serviço em determinada extensão territorial. Assim, as modalidades de permissão e autorização podem mostrar-se mais adequadas aos interesses do consumidor, por comportar maior dinamicidade. Justamente por serem atos administrativos de natureza precária, podem ser revogados sem o dever de indenizar, o que compele os fornecedores a ofertarem o bem ou serviço em consonância com o interesse público.

4.3 PATERNALISMO REGULATÓRIO

O paternalismo regulatório ocorre quando o Estado limita a soberania do consumidor pela obrigação ou proibição de o indivíduo consumir certos bens e serviços, ou ainda a sua forma de contratação e execução, tirando do consumidor o poder de decidir sobre o seu próprio interesse³³².

O problema é que o paternalismo regulatório pode atentar contra direito fundamental ao violar a liberdade individual. É sempre perigoso quando o Estado tolhe direitos dos seus súditos, mesmo que fundamentado em premissas como saúde e segurança. Princípios abstratos são facilmente manipulados para atender a interesses de governo, deturpando a ordem jurídica e comprometendo a liberdade negativa. Ademais, o paternalismo regulatório reduz a variedade de produtos e serviços, aumentando o preço de compra no mercado e, por consequência, reduzindo a possibilidade de acesso pela população vulnerável.

4.3.1 Agencificação

O fenômeno da agencificação se manifesta pela proliferação de agências reguladoras para regular as diversas esferas da

³³² CAMERER, Colin *et al.* Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for “Asymmetric Paternalism”. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 151, n. 3, p. 1211–1254, 2003, p. 1211.

vida privada, utilizando-se frequentemente como inspiração a doutrina estado-unidense³³³.

Stigler ironiza a proposta de criação de agências reguladoras como tentativa de resolver problemas nas relações de consumo, afirmando que para alguns “uma agência = um problema resolvido”³³⁴. No Brasil não é diferente. Chega-se ao ponto de existir uma agência reguladora exclusiva para disciplinar assuntos atinentes ao cinema nacional - a Agência Nacional do Cinema (Ancine). Não apenas a ideia de o Estado almejar regular a cultura causa espanto, mas também em virtude da sétima arte ser por alguma razão a única manifestação artística que seria merecedora de regulação. Nesse sentido, o fetiche provocado pelo instituto das agências reguladoras levou à criação de agências que não têm qualquer relação com a regulação de mercado, apenas aproveitando-se do poder de polícia decorrente da função regulatória³³⁵.

O Estado por vezes busca tutelar excessivamente a vida e negócios privados, a ponto de tratar o cidadão quase como se incapaz fosse. No âmbito regulatório a situação frequentemente se repete quanto às relações de consumo, de modo que as agências reguladoras impõem normas com o discurso de supostamente objetivarem o melhor interesse do consumidor. Porém, conforme expõe Foucault, não existe discurso sem ideologia³³⁶. Nesse sentido, o paternalismo estatal é nocivo ao consumidor não apenas por fragilizar sua condição de cidadão dotado de livre arbítrio, mas também porque entre o discurso paternalista e sua prática há um abismo ideológico.

³³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função regulatória das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 36.

³³⁴ STIGLER, George Joseph. *The Citizen and the State: Essays on Regulation*. University of Chicago Press, 1975, p. 180.

³³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função regulatória das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 38.

³³⁶ FOUCAULT, Michel. *L'archéologie du savoir*. Paris: Éditions Gallimard, 1969, p. 242.

4.3.2 Problemas do paternalismo regulatório

A origem da regulação paternalista para os consumidores pode ser remetida à revolução industrial e o conseqüente surgimento do que usualmente se denomina como classe trabalhadora - conceito inclusive rechaçado por Mill, por considerar que todas as classes deveriam dedicar-se ao trabalho, com exceção de pessoas incapacitadas ou inaptas ao trabalho³³⁷. No que tange à posição social que os trabalhadores manuais deveriam ter, havia duas correntes teóricas. A primeira era a teoria da dependência e proteção; a segunda, a teoria da autodependência. Conforme a primeira teoria, em todas as áreas em que os pobres fossem afetados coletivamente, a regulação deveria ser realizada para eles, e não por eles. Assim, segundo essa teoria, eles não precisariam e nem deveriam pensar sobre o seu destino, afinal esse seria o papel das classes mais abastadas, que tutelariam os pobres como se fossem seus pais, orientando e impondo limites a eles como se aqueles fossem seus filhos³³⁸. De outro lado, a teoria da autodependência, que também pode ser entendida como teoria de autogoverno, vertente defendida por Mill, defende que os indivíduos sejam os protagonistas em defender suas ideias e sugestões, inclusive levando-as ao Poder Legislativo para que suas demandas sejam convertidas em regulação, mesmo que na prática as reivindicações sejam contra os seus próprios interesses, afinal se trata da manifestação direta do povo em favor de sua emancipação, e não de normas impostas por outrem³³⁹. Afinal, é preferível uma regulação que seja reivindicada de baixo para cima a partir das demandas da sociedade a uma imposição estatal contra a vontade dos indivíduos, mesmo que essa supostamente seja mais benéfica. Os benefícios oriundos da regulação são transitórios, enquanto que a democracia é fundamento do Estado que não pode ser sacrificado.

Segundo Mises, a ordem contratual da sociedade é uma ordem do Direito e da Lei, na qual o governo está submetido à *rule of law*, diferentemente do que ocorre no estado paternalista ou no estado de bem-estar social³⁴⁰. Nesses estados, tidos pelo autor como hegemônicos,

³³⁷ MILL, John Stuart. *Principles of Political Economy: With Some of Their Applications to Social Philosophy*. C.C. Little & J. Brown, 1848, p. 192

³³⁸ Ibidem.

³³⁹ Ibidem, p. 195-196.

³⁴⁰ MISES, Ludwig Von. *Human Action: A Treatise on Economics*. 4. ed. Literary Licensing LLC, 2013, p. 198.

não haveria um âmbito para exercer a liberdade individual do agir, nem o Direito ou a Lei; mas apenas diretivas e regulações que podem ser alterados a bel-prazer do governo. Aos indivíduos caberia nesses contextos apenas o direito de obediência incondicional³⁴¹.

Friedman admite que a atuação paternalista do Estado é problemática para o liberalismo, pois implica na aceitação do princípio de que uns têm o poder de decidir sobre os direitos de outros - um corolário dos defensores do coletivismo, seja na forma comunista, socialista ou de bem-estar social. Contudo, o autor assume que em certas situações isso seja necessário, como no caso de doentes mentais. Sua ressalva está no fato de que não há “fórmula que diga onde parar”, não havendo limites para a intervenção do Estado nas liberdades individuais³⁴².

A maioria dos atos de intervenção estatal são classificados por Mises como confisco ou presente, dependendo de quem seja o alvo. Segundo o autor, não existe um modo justo de exercer o tremendo poder que o intervencionismo estatal confere ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo. Assim, a tentativa de substituir os supostos efeitos sociais deletérios da propriedade privada pela discricionariedade ilimitada do “perfeitamente sábio e desinteressado” legislador e seus “incansáveis servos”, os burocratas, é tratar o homem comum como uma criança incapacitada, carente de um guardião paterno para protegê-lo de um bando de trapaceiros³⁴³.

Friedman menciona que muitos economistas têm orgulho de mostrar em suas análises “o consumidor como uma criatura complexa que é influenciada por tudo sob o sol”, sendo considerado por esses que apenas uma análise que compreenda grande volume de variáveis seria capaz de extrair um padrão de comportamento do consumidor. Contudo, a necessidade de se incluir muitas variáveis no cálculo econométrico é considerada pelo autor sinal de derrota em vez de indicador de sucesso, pois significa que o analista não encontrou a maneira correta de interpretar ou entender o seu objeto de estudo³⁴⁴.

³⁴¹ Ibidem.

³⁴² FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. 40. ed. University of Chicago Press, 2002, p. 33-34.

³⁴³ MISES, Ludwig Von. *Human Action: A Treatise on Economics*. 4. ed. Literary Licensing LLC, 2013, p. 734, p. 734-735.

³⁴⁴ FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. 40. ed. University of Chicago Press, 2002, p. 231.

Mises aduz que nenhum governo paternalista, moderno ou antigo, encontrou freios para a tentativa de controlar as mentes, crenças e opiniões dos indivíduos. O autor vai além e considera que se a liberdade de o sujeito consumir o que lhe aprouver é abolida, estar-se-á eliminando todas as suas liberdades. Assim, os que defendem a interferência estatal no consumo ultimamente estariam corroborando com a censura, a intolerância religiosa, a inquisição e a perseguição a opositores³⁴⁵.

O paternalismo regulatório é problemático não apenas pela sua ineficiência, que pode onerar o consumidor sem em contrapartida beneficiá-lo de qualquer forma; mas também por tolher o poder de o consumidor decidir por si mesmo quais condições melhor o satisfaçam nas relações consumeristas. Ulteriormente, a liberdade do cidadão é aniquilada pela infinita pretensão de controle da vida privada pelo Estado.

4.3.3 Intervenção das agências reguladoras na economia

É característico dos modelos regulatórios de países emergentes que as agências reguladoras tenham poder significativo de determinar o aumento da disponibilidade dos serviços prestados, mas caso esteja também presente a intervenção política na fixação das tarifas abaixo do preço de mercado haverá desestímulo à atividade econômica pelos fornecedores, que leva à precarização do serviço e à redução de competidores no mercado³⁴⁶.

A presença da intervenção estatal raramente é discutida em certas áreas da regulação, tais como em relação ao meio ambiente, saúde, segurança e relações consumeristas. Esse tabu³⁴⁷ se deve ao fato de que tais áreas se tornaram cânones em que supostamente a regulação sempre emerge para beneficiar a sociedade, quando na realidade por vezes apenas aumenta os custos sociais e de produção.

³⁴⁵ MISES, Ludwig Von. *Human Action: A Treatise on Economics*. 4. ed. Literary Licensing LLC, 2013, p. 734.

³⁴⁶ NICKSON, Andrew; VARGAS, Claudia. The limitations of water regulation: the failure of the Cochabamba concession in Bolivia. *Bulletin of Latin American Research*, v. 21, n. 1, p. 128-149, 2002, p. 146.

³⁴⁷ FREUD, Sigmund. *Totem and Taboo*. Londres: Routledge, 2003, p. 83.

Nenhuma regulação comercial deve estimular o setor industrial para além do que o capital da sociedade civil seja capaz de sustentar, conforme aponta Adam Smith³⁴⁸. Para o autor, a única coisa que a regulação pode fazer é direcionar parte da produção para determinada área que seria de outra forma preterida, sendo ainda que não há qualquer segurança de que esse direcionamento artificial seja mais vantajoso para a sociedade do que seria o seu curso natural. Na perspectiva de Adam Smith, cada indivíduo ao buscar o emprego mais vantajoso do seu capital estaria visando ao seu próprio benefício em vez daquele da sociedade, mas, concomitantemente, ao alocá-lo em seu melhor interesse, estar-se-ia naturalmente e necessariamente empregando-o na maneira mais proveitosa para a sociedade, por maximizar a riqueza social³⁴⁹.

Friedman confessa preferir relutantemente um monopólio privado a um monopólio público ou até mesmo em lugar da regulação estatal, considerando que tal alternativa, se inevitável, seria a menos danosa das três opções. Para o autor, a dinâmica da sociedade tenderia a eliminar o monopólio privado mais facilmente do que se estivesse em seu lugar um monopólio público ou a regulação do Estado³⁵⁰. Inclusive, muitas das vezes as agências reguladoras, em vez de combater ou evitar a formação de monopólios, acabam por fortalecê-los - razão pela qual alguns grandes fornecedores defendem a regulação estatal³⁵¹.

No Brasil, o exemplo mais notável é o setor de telecomunicações, que de 1946 a 1995 esteve sujeito ao monopólio estatal nos níveis local, interestadual e internacional; mostrando-se ineficiente e incapaz de atender à demanda reprimida, com apenas onze linhas telefônicas por cem habitantes nos seus últimos anos de vigência³⁵². A privatização das telecomunicações, permitida pela

³⁴⁸ SMITH, Adam. *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Londres: W. Strahan e T. Cadell, 1776, p. 590.

³⁴⁹ Ibidem.

³⁵⁰ FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. 40. ed. University of Chicago Press, 2002, p. 28.

³⁵¹ HIGGS, Robert. *Crisis and Leviathan: Critical episodes in the growth of American government*. Oxford University Press, 1989, p. 8.

³⁵² DOH, Jonathan P. Entrepreneurial privatization strategies: Order of entry and local partner collaboration as sources of competitive advantage. *Academy of Management Review*, v. 25, n. 3, p. 551–571, 2000, p. 564.

Emenda Constitucional n. 8/1995³⁵³, e a atração de investimentos externos, possibilitada pela revogação do artigo 171 da Constituição pela Emenda Constitucional n. 6/1995³⁵⁴; permitiram o desenvolvimento do setor e a democratização dos serviços de telefonia. Nos EUA, Friedman cita como exemplo o caso das ferrovias, que por motivos técnicos fez o setor ferroviário tornar-se um monopólio no século XIX, motivando a criação de uma agência reguladora para remediar a questão, a *Interstate Commerce Commission* (ICC). Apesar de a dinâmica social ter mudado desde então com o advento do transporte rodoviário e aéreo, modalidades que encerrariam naturalmente o monopólio ferroviário privado no setor de transportes, a ICC, que começou como uma agência para proteger a população dos abusos das companhias ferroviárias, transformou-se em uma agência para proteger essas empresas contra a concorrência de outras modalidades de transporte³⁵⁵. Assim, a agência reguladora das ferrovias, que foi criada para proteger os consumidores, logo se transformou em instrumento pelo qual as companhias ferroviárias pudessem se proteger da competição de mercado³⁵⁶. Desse modo, restou configurada evidente ocorrência de captura regulatória, em detrimento dos interesses dos consumidores.

Para Mises a corrupção é consequência natural do estado interventor, mas o autor não se dedica extensivamente ao assunto, arguindo deixar aos historiadores e juristas a abordagem da questão³⁵⁷. Portanto, cabe aqui ser abordada a conduta criminosa no âmbito das agências reguladoras.

³⁵³ BRASIL. Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal.

³⁵⁴ BRASIL. Emenda Constitucional n. 6, de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal.

³⁵⁵ FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. 40. ed. University of Chicago Press, 2002, p. 29.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 197.

³⁵⁷ MISES, Ludwig Von. *Human Action: A Treatise on Economics*. 4. ed. Literary Licensing LLC, 2013, p. 736.

4.3.4 A regulação contra o consumidor: o caso da aviação civil

Em vez de posicionar-se como agência reguladora que deveria zelar pela regularidade do setor de transportes aéreos e pela conformidade das práticas comerciais das companhias aéreas à legislação nacional, em especial em relação ao Direito do Consumidor, a Anac se comporta quase como um sindicato patronal dessas empresas. Assim, é preciso desconstruir a fantasia de que a regulação estatal sempre é emanada visando à proteção do consumidor.

O posicionamento mais atentatório aos direitos do consumidor perpetrado pela Anac é a completa inaplicabilidade do artigo 49 do CDC, que estabelece que o consumidor possui até sete dias após a compra para arrepender-se da aquisição de produto se a compra for realizada à distância, seja por meio telefônico ou digital. O parágrafo único do artigo 49 do CDC prevê ainda o ressarcimento integral dos valores pagos a qualquer título, inclusive corrigidos monetariamente. Contudo, a Anac em seus materiais institucionais afirma categoricamente que se o consumidor desistir da compra de passagem aérea, mesmo se o meio de contratação houver sido eletrônico, não terá esse qualquer direito assegurado, estando o reembolso submetido a multas contratuais que não têm sequer teto estabelecido, deixando tal arbítrio (ou arbitrariedade) a livre critério das companhias aéreas³⁵⁸. Amparadas pela inépcia da Anac em reconhecer o direito de arrependimento do consumidor em compras efetuadas à distância, as companhias aéreas se oportunizam dessa interpretação que apenas as beneficiam para impor condições contratuais abusivas e multas exorbitantes para consumidores que queiram exercer seu direito de arrependimento³⁵⁹.

Em março de 2016, a Anac anunciou que iria realizar audiências públicas com o objetivo de “aprimorar direitos dos passageiros e incentivar a concorrência”³⁶⁰. Entre as medidas de suposto aprimoramento de direitos propostos pela agência está o “direito de

³⁵⁸ ANAC. *Dicas aos passageiros*. 1ª edição. Brasília: abril de 2016, p. 4-5.

³⁵⁹ IDEC. *Será que é bom negócio?*. São Paulo: Revista do IDEC, dezembro de 2011, p. 28.

³⁶⁰ ANAC. *ANAC coloca novas propostas em Audiência Pública*. Publicado em 10/03/2016. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/noticias/anac-coloca-novas-propostas-em-audiencia-publica>>. Acesso em: 19 out. 2016.

desistência”, classificado pela Anac como algo “novo”³⁶¹. Segundo a proposta da Anac, o passageiro passaria a ter o direito de desistir da compra de passagem em até 24 horas após a aquisição, cumulado ainda com a condição de que a data do voo seja pelo menos sete dias posterior à solicitação de cancelamento³⁶². Portanto, além de a proposta da Anac não visar à tutela dos direitos consumerista, essa se encontra em completa contrariedade ao artigo 49 do CDC. A agência pretende fazer prevalecer uma resolução de autarquia especial sobre texto de Lei federal. Não bastasse a interpretação *contra legem* da Anac em seus materiais institucionais, a agência reguladora pretende positivar uma violação expressa ao direito de arrependimento previsto no CDC. Ainda pior, se o intento prosperar, provavelmente servirá de modelo a ser seguido por outros setores do mercado.

Há fatos que podem esclarecer o porquê da flagrante interpretação *contra legem* da Anac, que prejudica direitos e transfere injustificadamente dinheiro do bolso do consumidor ao caixa das companhias aéreas.

O *market share* do setor de transporte aéreo de passageiros está distribuído entre poucos *players*, apresentando-se como um dos setores mais concentrados da economia nacional. Quatro empresas - Avianca, Azul, Gol e Latam - detêm o domínio de 99% do mercado doméstico, sendo que apenas duas delas, Gol e Latam, são responsáveis por mais de 70% da fatia do mercado³⁶³.

A concentração de mercado em setores regulados contribui substancialmente para a suscetibilidade das agências reguladoras a influências externas, sejam essas de natureza lícita, como o *lobbying* e a *captura regulatória*; ou ilícitas, como a corrupção e o tráfico de influência. É o que se verifica no caso concreto.

Em 2012, o Ministério Público Federal de São Paulo juntamente com a Polícia Federal deflagraram a Operação Porto Seguro, que investigava uma quadrilha de servidores públicos que favorecia

³⁶¹ Ibidem.

³⁶² Ibidem.

³⁶³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS AÉREAS. *Demanda por voos domésticos acumula 13 meses de retração em agosto*. Publicado em 27/09/2016. Disponível em: <<http://www.abear.com.br/imprensa/notas-e-releases/mostrar/demanda-por-voos-domesticos-acumula-13-meses-de-retracao-em-agosto>>. Acesso em: 19 out. 2016.

interesses de particulares na Administração Pública³⁶⁴. Entre os 24 denunciados, estão Rosemary Novoa de Noronha, que era a então Chefe do Gabinete Regional da Presidência da República em São Paulo; Paulo Rodrigues Vieira, até então Diretor de Hidrologia da Agência Nacional das Águas (ANA); seu irmão Marcelo Rodrigues Vieira, proprietário de um restaurante japonês que servia de local de encontro para reuniões e pagamento de propinas; e o também irmão Rubens Carlos Vieira, que ocupava o cargo de Diretor de Infraestrutura da Anac, uma das cinco diretorias da agência responsáveis por decidir por maioria as normas regulatórias de competência da Anac. Segundo o Ministério Público, Paulo e Rubens, os dois irmãos com mandato na direção de agências reguladoras, tinham como “principal atividade e meio de vida” o “trabalho de intermediação dos interesses particulares de grandes empresários”³⁶⁵. Além da Anac e da ANA, o esquema envolvia também a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e servidores públicos do Tribunal de Contas da União (TCU), da Secretaria de Patrimônio da União (SPU), do Ministério da Educação (MEC), da Advocacia-Geral da União (AGU), da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), entre outros³⁶⁶. Até o presente momento, as ações de

³⁶⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DE SÃO PAULO. *Operação Porto Seguro: MPF/SP denuncia 24 pessoas por envolvimento em esquema que favorecia interesses de particulares perante a Administração Pública*. Publicado em 14/12/2012. Disponível em: <http://www.prsp.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/noticias_prsp/14-12-12-operacao-porto-seguro-mpf-sp-denuncia-24-pessoas-por-envolvimento-em-esquema-que-favorecia-interesses-de-particulares-perante-a-administracao-publica/?searchterm=%22opera%C3%A7%C3%A3o%20porto%20seguro%22>. Acesso em: 19 out. 2016.

³⁶⁵ *Ibidem*.

³⁶⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DE SÃO PAULO. *Operação Porto Seguro – MPF protocola ação civil pública de improbidade e pede condenação dos réus em R\$ 38 milhões em favor dos cofres públicos*. Publicado em 10/05/2013. Disponível em: <http://www.prsp.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/noticias_prsp/10-05-13-2013-operacao-porto-seguro-2013-mpf-protocola-acao-civil-publica-de-improbidade-e-pede-condenacao-dos-reus-em-r-38-milhoes-em-favor-dos-cofres-publicos/?searchterm=%22opera%C3%A7%C3%A3o%20porto%20seguro%22>. Acesso em: 19 out. 2016.

improbidade administrativa e as ações penais referentes ao caso ainda aguardam julgamento em primeira instância³⁶⁷.

Há resistência na própria doutrina consumerista contra a aplicação do direito de arrependimento, previsto no artigo 49 no CDC, à compra de passagens aéreas por meios eletrônicos. Os Tribunais divergem quanto à matéria e existe inclusive proposição legislativa para disciplinar a questão. O Projeto de Lei do Senado n. 281/2012³⁶⁸ prevê a criação do artigo 49-A no CDC, que estabeleceria para o direito de arrependimento “prazo diferenciado, em virtude das peculiaridades do contrato, por norma fundamentada das agências reguladoras”. Parte da doutrina de Direito do Consumidor apoia essa iniciativa, como é o caso de Tartuce e Neves, sugerindo inclusive a fixação de prazo legal para seu exercício, de modo a impedir que a Anac decida sobre a matéria, pois isso “abriria um precedente perigoso no âmbito das relações do consumo”³⁶⁹.

A relativização do direito de arrependimento pode beneficiar o consumidor na compra de passagens aéreas, considerando que o custo pelo ressarcimento de compradores que desistem do bilhete na véspera da viagem, impossibilitando sua revenda, é inevitavelmente custeado pela coletividade de passageiros da respectiva companhia aérea. Contudo, eventuais restrições à regra geral do direito de arrependimento previsto no CDC somente podem ser efetuadas por meio de Lei, restando totalmente descabido à Anac impor qualquer limitação *contra legem* mediante resolução. Embora reconhecidamente a alteração trouxesse mais segurança jurídica à compra de passagens aéreas, a perda parcial do direito em decorrência da diminuição do prazo de arrependimento seria precedente perigoso de retrocesso de direitos consumeristas. Além disso, caso a proposição legislativa em tramitação seja levada adiante, discorda-se da opinião doutrinária que defende a fixação do prazo legal pelos legisladores, a não ser que seja para estabelecer prazos mínimos, afinal o mero arbítrio de determinado prazo

³⁶⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região). Ação Civil Pública n. 0007994-39.2013.403.61.00; BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região). Ação Penal 0002609-32.2011.4.03.6181.

³⁶⁸ BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 281, de 2012. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico.

³⁶⁹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. Método, 2016, p. 246.

sem qualquer análise econométrica e estudos de mercado teria o potencial de prejudicar ainda mais o consumidor, que atualmente já sofre a violação de direito positivado tanto pela agência reguladora do setor como pelos respectivos fornecedores.

4.3.5 A regulação como um mal necessário

Hayek aceita que a regulação até certo ponto seja necessária nos casos em que o proprietário do bem goze de todos os frutos de sua propriedade, enquanto que terceiros sofrem pelos consequentes danos causados. Nessas circunstâncias em que há divergência entre os ganhos privados e os prejuízos sociais, o método da concorrência não é o bastante para sua resolução e o sistema de preços se torna ineficaz³⁷⁰. Nesse sentido, por exemplo, seria inviável que a construção de rodovias fosse paga individualmente, assim como os danos oriundos do desmatamento, da agricultura, da fumaça e ruídos das fábricas não podem ser deixados a critério do seu causador e daqueles que concordam com sua ocorrência mediante compensação. Nesses casos, a denominada “regulação direta”, que ocorre espontaneamente no mercado, deve ser substituída pela “regulação da autoridade”, pois as condições para a competitividade ocorrer não podem ser criadas de outra forma³⁷¹.

Do mesmo modo, Friedman admite que em certos casos a regulação estatal possa ser a única alternativa viável. Isso ocorre quando há monopólio sobre um bem ou serviço considerado como essencial e cujos efeitos acarretem custos sociais insuportáveis³⁷². Contudo, uma vez findo o monopólio, a agência reguladora perderia sua razão de existir, o que muitas vezes não é aceito pelos burocratas, perpetuando a estrutura administrativa já obsoleta³⁷³. Igualmente, Hayek admite que regulação e competitividade possam coexistir no mesmo cenário, mas

³⁷⁰ HAYEK, Friedrich August. *The Road to Serfdom*. Routledge, 1944, p. 39-40.

³⁷¹ *Ibidem*.

³⁷² FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. 40. ed. University of Chicago Press, 2002, p. 29.

³⁷³ *Ibidem*.

refuta a ideia de que o planejamento centralizado da economia seja compatível com a competição de mercado³⁷⁴.

Em certos casos Mises considera que a regulação seja necessária. Por exemplo, normas referentes à prevenção de incêndio acarretam altos custos de transação, mas são justificáveis na medida em que servem para evitar desastres que trariam prejuízo maior. Portanto, o juízo sobre o que deve ou não ser regulado deve recair sobre o caso concreto, sempre pautado pelo cálculo de custo e benefício³⁷⁵.

Hayek admite certo grau de intervenção estatal na economia, mas apenas para criar condições para criar ou estimular a competitividade e para suprir serviços que não sejam supridos pela iniciativa privada, nesse último ponto tal como Adam Smith. Para Hayek, nenhum sistema racional de concorrência admitiria a completa abstenção do Estado³⁷⁶. Afinal, para haver competição no mercado, é preciso haver um sistema jurídico continuamente ajustado.

Como defensor da regulação estatal, John Maynard Keynes é cético quanto ao processo de ajuste decorrente da autorregulação sem intervenção do Estado³⁷⁷. Contudo, é preciso ter em mente que distorções de mercado podem ser provocadas tanto pela regulação estatal como pela autorregulação. Assim, cabe ao jurista-economista a escolha da alternativa menos onerosa à sociedade, interferindo na economia apenas quando estritamente necessário, de modo pontual e específico.

Apesar de suas críticas, Stigler considera que em certos casos a regulação possa beneficiar consumidor, como no caso da talidomida nos EUA, que por resistência da *Food and Drugs Administration* (FDA), agência reguladora responsável pela aprovação de novos medicamentos naquele país, nunca chegou a ser comercializada em solo estadunidense³⁷⁸. Contudo, o autor considera que o resultado do processo regulatório deve ser mensurado não por sucessos ou fracassos emblemáticos, mas por sua regularidade ao longo

³⁷⁴ HAYEK, Friedrich August. *The Road to Serfdom*. Routledge, 1944, p. 43.

³⁷⁵ MISES, Ludwig Von. *Human Action: A Treatise on Economics*. 4. ed. Literary Licensing LLC, 2013, p. 748.

³⁷⁶ HAYEK, Friedrich August. Op. cit., p. 40-41.

³⁷⁷ KEYNES, John Maynard. *The General Theory of Employment, Interest and Money*. Macmillan, 1936, p. 177.

³⁷⁸ STIGLER, George Joseph. *The Citizen and the State: Essays on Regulation*. University of Chicago Press, 1975, p. 185.

do tempo - aspecto em que a regulação quase sempre se mostra desvantajosa ao consumidor³⁷⁹.

Ocasionalmente, a regulação pode trazer vantagens a fornecedores e consumidores de forma concomitante. Por exemplo, como as informações sobre o setor regulado são disponibilizadas publicamente pelas agências reguladoras, há diminuição nos custos de informação e maior facilidade de participação nos processos de controle e participação da concorrência³⁸⁰. Quanto maior o número de competidores no mercado, mais escolhas e melhores possibilidades o consumidor tem à disposição.

Todos que obedecem às regulamentações são bem-vindos na sociedade de consumo³⁸¹. É essencial no Estado Democrático de Direito que os fornecedores cumpram com a regulação do setor a que estão submetidos, independentemente de sua concordância. Caso as medidas disciplinadoras sejam contrárias a seus interesses, pode-se pleitear a alteração normativa pelos meios cabíveis ou então abster-se da participação no mercado, mas a sua transgressão está fora de cogitação e merece sempre ser punida no rigor da Lei.

4.3.6 Desmitificando a regulação estatal

A regulação exacerbada frequentemente vai de encontro ao melhor interesse do consumidor. Nesse sentido, a desregulação, mesmo que parcial, pode ser mais benéfica, pois garante maior segurança jurídica aos fornecedores, reduzindo custos de *compliance* e, por consequência, tornando o produto ou serviço mais barato³⁸².

Para Stigler, a regulação estatal compromete as duas defesas que o consumidor possuía contra os fornecedores antes de ser tutelado pelo Estado - a sua própria inteligência e, principalmente, a

³⁷⁹ *Ibidem*.

³⁸⁰ THATCHER, Mark. Delegation to independent regulatory agencies: Pressures, functions and contextual mediation. *West European Politics*, v. 25, n. 1, p. 125-147, 2002, p. 4.

³⁸¹ OLSON, Mancur. *The logic of collective action: Public goods and the theory of groups*. 2. ed. Harvard Economic Studies, 1971, p. 100.

³⁸² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos: Regulação para Concorrência. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Temas de Direito Regulatório*. Freitas Bastos Editora, 2004, p. 57-58.

concorrência³⁸³. Além disso, a regulação acaba por enfraquecer ou aniquilar esses recursos sem oferecer novas proteções.

Nos EUA, o movimento regulatório surgiu no final do século XIX, atingindo o ponto máximo nas décadas de 1930 e 40, pela instituição das políticas do *New Deal*. Já a proposta de desregulação tomou força a partir dos anos 1960 e 70, acompanhada do processo de privatização naquele país³⁸⁴. A desregulação foi promovida nos EUA no final da década de 1970 pelo governo de Jimmy Carter, tendo continuidade ao longo dos anos 80 com Ronald Reagan. Os benefícios trazidos à economia norte-americana pelo estímulo à concorrência fez com que a política de desregulação fosse defendida em outros países, especialmente na América Latina, sendo inclusive um dos dez pontos do Consenso de Washington³⁸⁵.

Na Europa, o modelo de governança que se expandiu a partir dos anos 1970 foi o de liberalização - visando ao aumento de competitividade -, privatização, reforma de benefícios sociais e desregulação - sendo esse último aspecto considerado a principal característica dessa mudança de paradigma³⁸⁶. Há um aparente paradoxo porque no mesmo período houve o crescimento de políticas regulatórias tanto no âmbito nacional como no europeu, mas essa aparente contradição é explicada por novos métodos de regulação que surgiram em decorrência de mudanças econômicas, ideológicas e tecnológicas. Nesse sentido, não houve na Europa um processo de total eliminação da regulação do poder público, ou ainda o advento de uma política de

³⁸³ STIGLER, George Joseph. *The Citizen and the State: Essays on Regulation*. University of Chicago Press, 1975, p. 185.

³⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Limites da função regulatória das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 37.

³⁸⁵ WILLIAMSON, John. What Washington means by policy reform. *Latin American adjustment: How much has happened*, v. 7, p. 7-20, 1990, p. 7.

³⁸⁶ MAJONE, Giandomenico. The rise of statutory regulation in Europe. In: MAJONE, Giandomenico. *Regulating Europe*. Londres: Routledge, 1996, p. 52-54.

laissez-faire, mas apenas um processo de re-regulação em diferentes níveis e contextos³⁸⁷.

Diferentes teorias de regulação previram que o processo de desregulação traria ganhos em eficiência, o que se verificou em vários setores da economia³⁸⁸. Desregular não significa necessariamente abolir toda e qualquer forma de controle sobre a atividade econômica exercida pela iniciativa privada. Desregular pode também ser entendido como a instituição de regulações menos restritivas e rígidas.

Ademais, a desregulação pode ser praticada na forma de re-regulação, ou como um modo diverso de regular, e pode inclusive se apresentar mais limitativa que o modelo anterior, afinal as agências têm o poder de controlar o destino das concessionárias por meio da função regulatória, moldando os setores regulados conforme as necessidades sociais e visando ao interesse público³⁸⁹. Nesse processo, o Direito tem papel fundamental na reestruturação do mercado e no resgate da confiabilidade na economia³⁹⁰.

A Análise de Impacto Regulatório (AIR), ou *Regulatory Impact Assessment* (RIA), é uma ferramenta que pode embasar a análise custo-benefício previamente à criação de nova regulação. A AIR têm sido utilizada com sucesso por algumas agências reguladoras brasileiras³⁹¹, como é o caso da Anvisa³⁹², aumentando a probabilidade

³⁸⁷ Idem. From the positive to the regulatory state: causes and consequences of changes in the mode of governance. *Journal of public policy*, v. 17, n. 02, p. 139–167, 1997, p. 143.

³⁸⁸ WINSTON, Clifford. Economic Deregulation: Days of Reckoning for Microeconomists. *Journal of Economic Literature*, v. 31, n. 3, p. 1263–1289, 1993, p. 1284-1285.

³⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função regulatória das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 37.

³⁹⁰ BRESCIA, Raymond H. Trust in the Shadows: Law, Behavior, and Financial Re-Regulation. *Buff. L. Rev.*, v. 57, p. 1361, 2009, p. 1408.

³⁹¹ PECI, Alketa. Avaliação do impacto regulatório e sua difusão no contexto brasileiro. *Revista de Administração de Empresas (RAE)*, v. 51, n. 4, p. 336–348, p. 346-347.

³⁹² ALVES, Flávia Neves Rocha; PECI, Alketa. Análise de Impacto Regulatório: uma nova ferramenta para a melhoria da regulação na Anvisa. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 4, p. 802–805, 2011, p. 805.

do exercício eficaz e eficiente da função regulatória³⁹³. Entretanto, a utilização da AIR no Brasil ainda é incipiente e carece de embasamento técnico, sendo mormente um instrumento *pro forma*.

A análise custo-benefício deve fundamentar a tomada de decisão mesmo quando se tem por objeto regulações que afetam o meio ambiente, saúde e segurança³⁹⁴. A questão é encontrar o melhor custo-benefício no caso concreto para decidir se, por que e como a nova regulação deve ser instituída. Onde for necessária para evitar falhas de mercado, a regulação deve existir. No restante, a não ser para estabelecer padrões mínimos de segurança, deve prevalecer a livre concorrência, permitindo que o consumidor tenha o poder de exercer sua liberdade de escolha.

A regulação responsiva (*responsive regulation*) pode se apresentar como um meio-termo entre regulação e desregulação. Segundo essa teoria, o grau e modo de intervenção estatal, em vez de definido *a priori*, devem ser ajustados conforme a resposta dos agentes econômicos no mercado, manifestando-se de forma menos restritiva onde a regulação privada não levar a falhas de mercado³⁹⁵.

Segundo Adam Smith, o Poder Legislativo, caso esteja visando ao bem comum e não a interesses particulares, deve ser cauteloso em sua atividade normativa para não criar novos monopólios, bem como para não fortalecer os existentes³⁹⁶. Para o autor, cada regulação cria certo grau de distúrbio no ordenamento jurídico, que posteriormente será dificilmente sanado sem ocasionar outro distúrbio³⁹⁷.

Para Jean-Baptiste Say a atuação do Estado na economia apenas acarreta prejuízos para os indivíduos, tanto para consumidores

³⁹³ KIRKPATRICK, Colin H.; PARKER, David. *Regulatory Impact Assessment: Towards Better Regulation?* Edward Elgar Publishing, 2007, p. 2.

³⁹⁴ ARROW, Kenneth J. *et al.* Is there a role for benefit-cost analysis in environmental, health, and safety regulation? *Science*, v. 272, n. 5259, p. 221, 1996, p. 222.

³⁹⁵ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford University Press, 1995, p. 4.

³⁹⁶ SMITH, Adam. *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Londres: W. Strahan e T. Cadell, 1776, p. 616.

³⁹⁷ *Ibidem*.

como para competidores. Conforme vislumbra o autor, o Estado é um empresário com muito dinheiro na mão e insuficientemente interessado no sucesso dos seus negócios, de modo que por vezes admite vender bens abaixo do custo de produção simplesmente porque o prejuízo não sai de seu bolso³⁹⁸. Tendo o Estado o poder de consumir e produzir em quantidade enorme num curto espaço de tempo, o equilíbrio natural dos preços é violentamente afetado por sua ação. A intervenção do Estado inibe a competitividade e aumenta os custos de produção. Nesse cenário, ou os fornecedores perdem pela incerteza sobre os preços ou podem inclusive lucrar com essa interferência, mas à custa dos consumidores³⁹⁹.

A atuação dos agentes públicos não é pautada por cálculos de lucro ou perda, conforme lembra Mises. Assim, se o soberano, seja ele o povo ou um déspota, deixar a sua mão “livre”, estar-se-á renunciando a sua própria supremacia, fazendo com que os agentes públicos se comportem irresponsavelmente e tomem o seu poder⁴⁰⁰. Para evitar que isso ocorra seria preciso regular a conduta desses agentes em todos os âmbitos, de modo que sua liberdade de escolha de solução para as questões públicas seja limitada pelas normas⁴⁰¹.

Hayek demonstra que qualquer forma de planejamento centralizado da economia compromete a competição de mercado, seja tal iniciativa de esquerda ou de direita, levando a um cenário que desagrada tanto liberais como intervencionistas⁴⁰². Estando as pessoas unidas apenas pela aversão à competição, surgiria uma forma de mercado corporativo ou sindicalizado, em que a competição é desestimulada e o planejamento econômico é confiado a particulares que dominam os diversos setores da economia, fazendo com que o consumidor fique à mercê da ação de monopólios e dos trabalhadores melhores organizados⁴⁰³.

³⁹⁸ SAY, Jean-Baptiste. *Traité d'économie politique: ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent et se consomment les richesses*. 5. ed. Paris: Rapilly, 1826, p. 382-383.

³⁹⁹ Ibidem, p. 383-384.

⁴⁰⁰ MISES, Ludwig Von. *Human Action: A Treatise on Economics*. 4. ed. Literary Licensing LLC, 2013, p. 310.

⁴⁰¹ Ibidem.

⁴⁰² HAYEK, Friedrich August. *The Road to Serfdom*. Routledge, 1944, p. 41.

⁴⁰³ Ibidem.

Stigler dedica um capítulo inteiro em um de seus livros para discutir se as agências regulatórias são capazes de proteger o consumidor. A principal hipótese de Stigler no tema é de que a regulação enfraquece o consumidor nas relações de consumo e ainda impõe custos contra ele em virtude da inibição da concorrência⁴⁰⁴.

A questão que se coloca em discussão não é desregular por completo, mas de como atingir certos objetivos regulatórios a partir de métodos menos onerosos à sociedade. A regulação muitas vezes onera tanto consumidores como fornecedores sem, em contrapartida, oferecer vantagem a um ou outro, apenas aumentando os custos de produção, que são derradeiramente arcados pelo consumidor.

A função regulatória infundamentada economicamente gera normas falhas e inadequadas que inflacionam o ordenamento jurídico. Desse modo, as agências reguladoras devem pautar sua atuação para mitigar o *risco regulatório*, situação verificada quando os agentes regulados não têm confiabilidade na política regulatória das agências, provocando insegurança jurídica que prejudica tanto consumidores como fornecedores⁴⁰⁵. É fundamental que a regulação seja avaliada e atualizada constantemente, mas seu aprimoramento deve almejar o alcance dos resultados pretendidos com eficácia e eficiência.

Um mito existe para oferecer um processo lógico apto a superar determinada contradição, sendo sua repetição útil para firmar sua estrutura⁴⁰⁶. Claude Lévi-Strauss aponta que o pensamento mítico e o pensamento científico compartilham do mesmo processo lógico, diferenciando-se não pela qualidade intelectual, mas apenas pela natureza das coisas a que cada um se dedica⁴⁰⁷. Desse modo, o mito nada mais é do que uma explicação simplista para determinado problema, sendo aceito por certo grupo social pela repetição.

Detendo o poder de proibir ou permitir e de dar ou tirar dinheiro, o poder do Estado é uma potencial ameaça a qualquer força

⁴⁰⁴ STIGLER, George Joseph. *The Citizen and the State: Essays on Regulation*. University of Chicago Press, 1975, p. 181.

⁴⁰⁵ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 157-158.

⁴⁰⁶ LÉVI-STRAUSS, Claude. The structural study of myth. *The Journal of American Folklore*, v. 68, n. 270, p. 428-444, 1955, p. 436.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 444.

produtiva na sociedade⁴⁰⁸. Construiu-se um mito de que quanto maior a intervenção do Estado, mais os direitos dos consumidores estão garantidos. Na realidade, a regulação excessiva inibe a atividade econômica e prejudica diretamente o consumidor pela redução do número de fornecedores dispostos a permanecer no mercado pelo custo adicional para atender a novas regulamentações.

Todas as pessoas são produtores e consumidores na sociedade, em maior ou menor grau, conforme a atenção e tempo dedicados a cada atividade⁴⁰⁹. Consumidores e fornecedores são regularmente classificados pela doutrina como partes com interesses diametralmente opostos. Entretanto, embora haja interesses divergentes entre um e outro, sempre haverá interesses comuns nos dois polos da relação de consumo. O excesso de burocracia e o abuso da função regulatória prejudicam tanto fornecedores como consumidores, obstruindo o trabalho e freando o desenvolvimento econômico-social.

Por fim, independentemente do modelo regulatório, far-se-ia salutar a construção de consciência coletiva⁴¹⁰ hábil a frear o consumismo autodestrutivo, que corroí diuturnamente recursos naturais irrecuperáveis e aumenta a desigualdade social - tendo reflexos também para a regulação. Afinal, quanto mais consumista for a sociedade, maior será a intensidade do marco regulatório compensatório, de modo a corresponder à supervalorização dos bens de consumo e à hiperexpectativa do consumo como manifestação de identidade e como meio de legitimação social⁴¹¹.

O resultado do conflito entre diferentes vontades individuais é a disputa de recursos limitados numa sociedade em que o consumismo irracional é estimulado, tanto por valores morais ecoados por seus membros como por economistas intervencionistas que defendem o estímulo do consumo a qualquer custo. Conforme aponta

⁴⁰⁸ STIGLER, George J. *The Theory of Economic Regulation*. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3–21, 1971, p. 3.

⁴⁰⁹ FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. 40. ed. University of Chicago Press, 2002, p. 143.

⁴¹⁰ DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*. Paris: F. Alcan, 1893, p. 46-47.

⁴¹¹ AGUIAR, Jean Menezes de. Crítica ao marco regulatório do Brasil consumista: por uma regulação cidadã. In: ZANOTTA, PEDRO; BRANCHER, PAULO (Org.). *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 158.

Arnaldo Antunes *et al*, o sujeito confunde desejo, necessidade e vontade como se fossem sinônimos⁴¹², não havendo então limites para o (im)pulso humano.

⁴¹² ANTUNES, Arnaldo; FROMER, Marcelo; BRITTO, Sérgio. *Comida*. In: TITÃS (grupo musical). *Jesus Não Tem Dentes no país dos Banguelas* (álbum). WEA, 1987.

5 CONCLUSÃO

O surgimento da regulação estatal está intimamente relacionado à ineficiência do Estado em atender às necessidades sociais. Isso obrigou o poder público a transferir para a iniciativa privada a exploração de bens e serviços públicos. Entretanto, se de um lado o Estado é ineficiente mas não visa ao lucro, de outro as empresas privadas que sobrevivem no mercado são eficientes e almejam o lucro. Nesse contexto, os cidadãos-consumidores são beneficiados pelo ganho de eficiência no processo produtivo, mas podem ser excessivamente onerados pela pretensão lucrativa dos fornecedores. Quando esse custo-benefício desfavorece permanentemente o consumidor, surge a necessidade de regulação estatal. A questão é encontrar a forma de realizar tal intervenção com os menores *custos de transação* para consumidores e fornecedores e sem desestimular a concorrência de mercado.

A regulação estatal eficiente é aquela que reequilibra as forças econômicas, fazendo com que novos competidores emirjam para conseqüentemente sanar falhas de mercado. A concorrência estimula o desenvolvimento de produtos e serviços de melhor qualidade e reduz o seu preço final para o consumidor.

O processo de produção deve ser alterado pela regulação estatal apenas quando estritamente necessário para garantir a saúde e segurança de trabalhadores, consumidores e terceiros, bem como daqueles que tiverem seus bens desvalorizados pelo custo social. Ademais, admite-se o estabelecimento de padrões mínimos de qualidade quando os produtos e serviços disponíveis falharem em suprir as necessidades da sociedade.

Frequentemente a regulação não cumpre com os objetivos propostos, onerando o processo de produção e alongando procedimentos burocráticos - custos inevitavelmente repassados e arcados pelo consumidor. Assim se manifesta a *ineficiência regulatória*.

O Estado ao intervir no domínio econômico sempre desloca as curvas de oferta e demanda. Toda regulação adicional se converte em agregação aos custos de produção, desestimulando competidores a permanecerem no mercado e dificultando a entrada de novos concorrentes. Portanto, além do incremento dos custos de produção provocado diretamente pela ação estatal, a oferta tende a ser reduzida pelo potencial decréscimo no número de fornecedores. O resultado é o aumento de preços para o consumidor.

O *paternalismo regulatório* é ineficiente para corrigir falhas de mercado. Inclusive, a regulação estatal favorece as grandes empresas e os fornecedores já estabelecidos em detrimento da concorrência. A regulação acresce os custos de produção, pois incrementa ao processo produtivo despesas com assessorias e consultorias jurídica e contábil para seu conhecimento e cumprimento. As empresas de menor porte, por não terem em seu quadro de empregados profissionais qualificados para essas atribuições e sem recursos para realizar *outsourcing*, são praticamente forçadas a retirar-se do mercado. Quanto menor o número de fornecedores, menor é a oferta para o consumidor, encarecendo o preço dos produtos e serviços.

Há o mito de que o Estado é um ente desinteressado, cujo único objetivo é o bem-estar de seus cidadãos. Esquece-se que o Estado também pode pretender o seu próprio engrandecimento por meio do controle de seus súditos. Olvida-se que todo Estado é administrado mesmo que transitoriamente por um governo; e que todo governo é formado por pessoas; e que todas as pessoas são motivadas por interesses. Assim, é vital desfazer o encanto de que a regulação sempre surge no interesse do consumidor.

Quando agentes políticos defendem normas que digam respeito às relações consumeristas frequentemente existem interesses subjacentes à mera alteração normativa propriamente dita. Mediante o processo de *lobbying*, pode-se ter como intenção o fortalecimento de determinado setor da economia, o favorecimento de um setor sobre outro ou ainda a prevalência de um fornecedor específico sobre os seus concorrentes. Seria ingênuo pensar que um agente político não almeja algo em troca por sua atuação. O objetivo pode ser obter financiamento para suas campanhas eleitorais, seja licitamente ou mediante caixa dois; ou a corrupção pura e simplesmente. Mesmo quando a regulação proposta aparenta beneficiar exclusivamente o consumidor, o interesse político pode resumir-se apenas à conquista de eleitorado para obtenção de votos em futura eleição, conforme demonstra a abordagem da Escola da Escolha Pública (*Public Choice*). Por fim, seja para beneficiar um ou outro polo da relação consumerista, em ambos os casos o interesse pode estar restrito à seara política. Um agente político pode decidir apoiar as iniciativas de seus pares com o intuito de que eles futuramente retribuam o apoio político prestado em proposições de seus interesses, configurando a prática de *logrolling*.

No âmbito das agências reguladoras, os reguladores quando emanam novas regulamentações relacionadas à relação de consumo podem estar motivados por interesses particulares, fenômeno

denominado como *captura regulatória*. A intenção pode ser satisfazer vontades políticas, de modo que aumentem suas chances de recondução a novo mandato como regulador. Podem também objetivar o favorecimento das empresas do setor, planejando posterior carreira de consultoria ou simplesmente a expectativa ou promessa de recompensa ilícita.

Deve-se restringir a discricionariedade das agências reguladoras em nome da liberdade econômica e da não interferência do Estado na vida particular. Contudo, em verdade, se as agências reguladoras abandonarem a atividade normativa que vêm desempenhando, fatalmente esse espaço de poder será ocupado pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo, vindo a tornar-se instrumento para a realização de projetos políticos. O ideal é que o domínio econômico sofra o mínimo de interferência pelo Estado, devendo esse atuar apenas em casos de falha de mercado. Caso não seja possível impedir o abuso da função regulatória estatal de uma forma ou de outra, é preferível que essa fique a cargo das agências reguladoras, pois seus efeitos não são tão deletérios se comparados à exposição política da administração pública direta. O que de fato ocorre pela intervenção estatal é a apropriação do público pelo político; é a deturpação do Estado pelo governo.

É imprescindível que se desmitifique a ideia de que a regulação sempre está a favor do consumidor e de que quanto mais ampla essa for, melhor servirá à tutela de seus interesses. Toda regulação traz custos, seja qual for o discurso oficial, mesmo que na prática se mostre favorável ao consumidor. Afinal, quem estará custeando o cumprimento da regulação pelo fornecedor é o consumidor, pois o custo adicional reflete no preço final.

É necessário dissociar a correlação entre direitos e interesses. Nem todos os direitos consumeristas correspondem ao melhor interesse do consumidor. A cada nova obrigação que se impõe aos fornecedores, em última instância os consumidores são os verdadeiros responsáveis por seu custeio. Ao contrário de direitos garantidos pelo poder público, que geralmente são financiados por meio da arrecadação tributária, portanto prescindindo de vinculação entre receita e despesa; quando a prestação é exigida da iniciativa privada são os consumidores que arcam com seus custos. Um direito imposto ao cidadão mediante contraprestação exclusiva de sua parte é na realidade uma obrigação.

A proposta de desregulação é apresentada como alternativa à regulação estatal ineficiente. Desregular não significa retirar direitos

do consumidor. Pelo contrário, o objetivo é empoderá-lo, devolvendo a liberdade que lhe foi retirada e mal aproveitada pelo Estado para que cada indivíduo tenha o poder de celebrar contratos consumeristas que melhor satisfaçam seus interesses. Conforme evidencia a Escola da Economia Comportamental (*Behavioral Economics*), é impossível determinar as preferências individuais e fazer delas regra geral, pois o comportamento do sujeito nem sempre é racional.

O mundo sem regulação seria o caos. Desregulação não é anarquia mercadológica. A ideia de regulação é ordinariamente relacionada à intervenção estatal. Contudo, a regulação pode também surgir de baixo para cima, manifestando-se como autorregulação. Consumidores podem organizar-se em grupos e demandar melhores produtos e serviços ou condições de contratuais mais vantajosas; fornecedores podem igualmente estabelecer associações e criar certificações de qualidade. A autorregulação não tem caráter compulsório nem prevê sanção em caso de conduta contrária, mas estabelece padrões de comportamento que uma vez socialmente aceitos são determinantes para a participação no mercado. Ademais, a autorregulação confere dinamicidade às transações econômicas, apresentando maior poder de resposta para atender às necessidades dos contratantes e aos avanços tecnológicos.

A desregulação pode também ser interpretada como re-regulação, servindo de estágio preparatório para substituir regulação ineficiente. A desregulação pode ser utilizada como instrumento para analisar as reais forças econômicas no mercado em estado natural, sem a intervenção do Estado. A partir de então é possível verificar com maior fidedignidade as necessidades sociais e as falhas de mercado, instruindo o planejamento de nova regulação para corrigir tais problemas.

É preciso desrivalizar a relação de consumo. A doutrina consumerista em regra posiciona consumidor e fornecedor como adversários, tal como se fossem lutadores em lados opostos de um ringue, podendo haver apenas um vencedor ao final. Contudo, as regras desse jogo não foram criadas por um nem outro. A regulação, que inevitavelmente prejudica ambos em dado momento, tem sempre um beneficiário certo, que invariavelmente lucra por meio da arrecadação tributária, independentemente de quem ganhe ou perca - o Estado.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Jean Menezes de. Crítica ao marco regulatório do Brasil consumista: por uma regulação cidadã. In: ZANOTTA, PEDRO; BRANCHER, PAULO (Org.). *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

ALVES, Flávia Neves Rocha; PECI, Alketa. Análise de Impacto Regulatório: uma nova ferramenta para a melhoria da regulação na Anvisa. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 4, p. 802–805, 2011.

ANAC. *ANAC coloca novas propostas em Audiência Pública*. Publicado em 10/03/2016. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/noticias/anac-coloca-novas-propostas-em-audiencia-publica>>. Acesso em: 19 out. 2016.

_____. *Dicas aos passageiros*. 1ª edição. Brasília: abril de 2016.

ANATEL. Conselho Diretor. *Acórdão nº 202, de 30 de maio de 2016*. DOU de 03/06/2016, Seção 1, Página 7.

_____. *Quase 500 mil linhas móveis foram desativadas em agosto no país*. Publicado em 08 set. 2016. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/dados/destaque-1/283-movel-acessos-maio>>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. *Quer reclamar? Saiba como! - Portal do Consumidor*. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/consumidor/quer-reclamar-saiba-como>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

_____. Processo n. 53500.015408/2015-04. Voto n. 4/2016/SEI/OR. Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?GTCIYr5xcaHHRyL1NgQTptXsCY38OAJa6alWtDgTO nTJkdSiZFZA0-wYUdt4eaMHPwefdc0Am7cUFVuFmfmdA,,>>. Acesso em: 21 out. 2016

_____. Superintendência de Relações com Consumidores. *Despacho do Superintendente, em 15 de abril de 2016*. DOU de 18 abr. 2014, Seção 1, p. 79-80.

ANTUNES, Arnaldo; FROMER, Marcelo; BRITTO, Sérgio. *Comida*. In: TITÃS (grupo musical). *Jesus Não Tem Dentes no país dos Banguelas* (álbum). WEA, 1987.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Serviços Públicos: Regulação para Concorrência*. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Temas de Direito Regulatório*. Freitas Bastos Editora, 2004.

ARROW, Kenneth J. *et al.* Is there a role for benefit-cost analysis in environmental, health, and safety regulation? *Science*, v. 272, n. 5259, p. 221, 1996.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS AÉREAS. *Demanda por voos domésticos acumula 13 meses de retração em agosto*. Publicado em 27/09/2016. Disponível em: <<http://www.abear.com.br/imprensa/notas-e-releases/mostrar/demanda-por-voos-domesticos-acumula-13-meses-de-retracao-em-agosto>>. Acesso em: 19 out. 2016.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford University Press, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, v. 229, p. 285–312, 2002.

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Clarendon Press, 1907.

BERLIN, Isaiah. *Two concepts of liberty: an inaugural lecture delivered before the University of Oxford on 31 October 1958*. Clarendon, 1959.

BERNSTEIN, Marver H. *Regulating business by independent commission*. Princeton University Press, 2015.

BEVILAQUA, Ciméa Barbato. *Consumidores e seus direitos: um estudo sobre conflitos no mercado de consumo*. Editora Humanitas, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Direito*, v. 1, n. 5, 2015.

BORGES, Luis Roberto. *A vulnerabilidade do consumidor e os contratos de relação de consumo*. 2010. Dissertação. 127 p. Mestrado em Direito. Universidade de Marília, 2010.

BRAITHWAITE, John; WALKER, John; GRABOSKY, Peter. An enforcement taxonomy of regulatory agencies. *Law & Policy*, v. 9, n. 3, p. 323–351, 1987.

BRASIL. Atos do Poder Executivo. Decretos de 6 de janeiro de 2004. DOU de 7 jan. 2004, Seção 2, p. 1.

BRASIL. Atos do Poder Executivo. Decretos de 7 de janeiro de 2004. DOU de 8 jan. 2004, Seção 2, p. 2.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

BRASIL. Decreto n. 2.338, de 7 de outubro de 1997. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e dá outras providências.

BRASIL. Decreto n. 2.534, de 2 de abril de 1998. Aprova o Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público.

BRASIL. Decreto n. 4.122, de 13 de fevereiro de 2002. Aprova o Regulamento e o Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados e dos Cargos Comissionados Técnicos da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ.

BRASIL. Decreto n. 4.130, de 13 de fevereiro de 2002. Aprova o Regulamento e o Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados e dos Cargos Comissionados Técnicos da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT.

BRASIL. Decreto n. 6.062, de 16 de março de 2007. Institui o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação - PRO-REG, e dá outras providências.

BRASIL. Decreto n. 6.654, de 20 de novembro de 2008. Aprova o Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público.

BRASIL. Decreto n. 7.703, de 20 de março de 2012. Altera o Decreto nº 4.130, de 13 de fevereiro de 2002, que aprova o Regulamento e o Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados e dos Cargos Comissionados Técnicos da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT.

BRASIL. Decreto n. 7.863, de 8 de dezembro de 2012. Altera o Anexo I ao Decreto nº 4.122, de 13 de fevereiro de 2002, que aprova o Regulamento e o Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados e dos Cargos Comissionados Técnicos da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ.

BRASIL. Decreto n. 7.963, de 15 de março de 2013. Institui o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e cria a Câmara Nacional das Relações de Consumo.

BRASIL. Diário Oficial da União. Extrato de Contrato Nº 1811/OC-BR. Seção 3, Página 75. Publicado em 26 nov. 2007.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 6, de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 7, de 15 de agosto de 1995. Altera o art. 178 da Constituição Federal e dispõe sobre a adoção de Medidas Provisórias.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 9, de 15 de agosto de 1995. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 10.609, de 20 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a instituição de equipe de transição pelo candidato eleito para o cargo de Presidente da República, cria cargos em comissão, e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 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 nº 8, de 1995.

BRASIL. Lei n. 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.

BRASIL. Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998. Altera dispositivos das Leis no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, no 8.666, de 21 de junho de 1993, no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no 9.074, de 7 de julho de 1995, no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 9.986, de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.

BRASIL. Projeto de Lei da Câmara n. 79, de 2016. Altera a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, para permitir a adaptação da modalidade de outorga de serviço de telecomunicações de concessão para autorização, e a Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000; e revoga dispositivos da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 52/2013. Dispõe sobre as regras aplicáveis às Agências Reguladoras, relativamente à sua gestão, à organização e aos mecanismos de controle social.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 281, de 2012. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico.

BRASIL. Projeto de Lei n. 3.337, de 2004. Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis n. 9.472, de 16 de julho de 1997, n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, n. 9.984, de 17 de julho de 2000, n. 9.986, de 18 de julho de 2000, e n. 10.233, de 5 de junho de 2001, da Medida Provisória n. 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 34562 MC / DF. Relator: Luís Roberto Barroso. Julgamento em 04 fev. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão do processo TC 023.133/2015-5 [Apenso: TC 016.100/2016-6]. Julgamento em 13 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão do processo TC n. 024.646/2014-8. Julgamento em 13 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital. Processo n. 0203711-65.2016.8.19.0001.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Segunda Turma Recursal Cível. Recurso Cível n. 71003842408/RS. Porto Alegre, 21 de maio de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Terceira Turma Recursal Cível. Recurso Cível n. 71004097283/RS. Porto Alegre, 8 de novembro de 2012;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Terceira Turma Recursal Cível. Recurso Cível n. 71004631826/RS. Porto Alegre, 12 de dezembro de 2013;

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região). Ação Civil Pública n. 0007994-39.2013.403.61.00.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região). Ação Penal 0002609-32.2011.4.03.6181.

BRESCIA, Raymond H. Trust in the Shadows: Law, Behavior, and Financial Re-Regulation. *Buff. L. Rev.*, v. 57, p. 1361, 2009.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Lua Nova*, v. 45, p. 49–96, 1998.

BUCHANAN, James M. Positive economics, welfare economics, and political economy. *The Journal of Law and Economics*, v. 2, p. 124–138, 1959.

BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. In: The Collected Works of James M. Buchanan. Vol. 3. Indianapolis: Liberty Fund, 1999.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *Yale Law Journal*, Vol. 70. *New Haven*: Yale Law School, 1961.

CAMERER, Colin *et al.* Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for “Asymmetric Paternalism”. *University of Pennsylvania law review*, v. 151, n. 3, p. 1211–1254, 2003.

CARPINTÉRO, José Newton Cabral. *Custo Brasil e competitividade sistêmica*. Anais do Congresso Brasileiro de Custos-ABC, 1997.

CARY, William Lucius. *Politics and the regulatory agencies*. McGraw-Hill, 1967.

- CHAPMAN, Bruce. Economic Analysis of Law and the Value of Efficiency. In: HATZIS, Aristides N. (Editor). *Economic Analysis of Law: A European Perspective*. Inglaterra: Elgar, 2005.
- COASE, Ronald. The Nature of the Firm. *Economica*. Vol. 4. Oxford: Blackwell Publishing, novembro de 1937.
- _____. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*. Vol. 3. Charlottesville: University Of Virginia School of Law, 1960.
- COELHO, Fabio Ulhoa. Reforma do Estado e Direito Concorrencial. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito Administrativo Econômico*. Malheiros, 2000.
- COSTA, Ângelo Brandelli; HENNIGEN, Inês. Processos de subjetivação nas políticas de defesa do consumidor: Vulnerabilidade e cidadania em questão. *Psico*, v. 41, n. 3, 2010.
- DAHLMAN, Carl J. The Problem of Externality. *Journal of Law and Economics*, vol. 22, n. 1, p. 141-162. Chicago: The University of Chicago Press, 1979.
- DELMAS, Magali; MARCUS, Alfred Allen. *Firms' choice of regulatory instruments to reduce pollution: a transaction cost approach*. Graduate School of Business, Stanford University, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função regulatória das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- DOH, Jonathan P. Entrepreneurial privatization strategies: Order of entry and local partner collaboration as sources of competitive advantage. *Academy of Management Review*, v. 25, n. 3, p. 551-571, 2000.
- DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*. Paris: F. Alcan, 1893.

ÉPOCA NEGÓCIOS. *Eventual fusão Oi-TIM não teria dificuldade de aprovação na Anatel, diz Quadros*. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2017/01/eventual-fusao-oi-tim-nao-teria-dificuldade-de-aprovacao-na-anatel-diz-quadros.html>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

ESTADÃO. *Presidente da Anatel, João Rezende renuncia a mandato*. Publicado em 18/08/2016. Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,presidente-da-anatel-joao-rezende-renuncia-a-mandato,10000068468>>. Acesso em: 21 out. 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Second Circuit. *United States et al. v. Carroll Towing Co., Inc., et al.* Relator: Learned Hand. Data de julgamento: 9 jan 1947.

FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. *Law and Public Choice: A Critical Introduction*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.

FEINBERG, Joel. Legal Paternalism. *Canadian Journal of Philosophy*, v. 1, n. 1, p. 105–124, 1971.

FESLER, James William. The Independence of State Regulatory Agencies. *Public administration service*, v. 85, p. 935-947, 1942.

FRANCO, Gustavo H. B. Entre o horizontalismo e o privilégio - sobre a tensão na regulação da moeda. In: ITUASSU, Arthur; ALMEIDA, Rodrigo de (Org.). *O Brasil tem jeito?* Jorge Zahar Editor, 2006.

FREEMAN, Jody; ROSSI, Jim. *Agency Coordination in Shared Regulatory Space*. SSRN Scholarly Paper, n° ID 1778363. Rochester, NY: Social Science Research Network, 4 mar. 2011. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=1778363>>. Acesso em: 3 fev. 2017.

FREUD, Sigmund. *Totem and Taboo*. Londres: Routledge, 2003

FOLHA DE S.PAULO. *Anatel decide leiloar ainda em 2013 faixas de tele ligada a Erenice*. Publicado em 14/02/2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/95381-anatel-decide-leiloar-ainda-em-2013-faixas-de-tele-ligada-a-erenice.shtml>>. Acesso em 21 out. 2016.

_____. *Operadoras se armam contra a Nextel*. Publicado em 12/11/2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/77591-operadoras-se-armam-contra-a-nextel.shtml>>. Acesso em 21 out. 2016.

_____. *Telefonia fixa é um mico hoje para a União, diz presidente da Anatel*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/12/1844765-telefonia-fixa-e-um-mico-hoje-para-a-uniao-diz-presidente-da-anatel.shtml>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

FORTALEZA, Sheille de Oliveira; AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor na Contratação Eletrônica. *Revista Semente*, v. 6, n. 6, 13 abr. 2013.

FOUCAULT, Michel. *L'archéologie du savoir*. Paris: Éditions Gallimard, 1969.

FREITAS, Frederico Oliveira. *A caracterização da pessoa jurídica consumidora pelo critério da vulnerabilidade: análise da teoria do finalismo aprofundado à luz da origem e finalidade do direito do consumidor*. 2010. Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2010.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. 40. ed. University of Chicago Press, 2002.

_____. *Essays in positive economics*. Chicago: University of Chicago Press, 1953.

_____. *Theory of the Consumption Function*. Oxford & IBH Publishing Company, 1957.

GILARDI, Fabrizio. Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis. *Journal of European Public Policy*, v. 9, n. 6, p. 873–893, 2002.

_____. The Institutional Foundations of Regulatory Capitalism: The Diffusion of Independent Regulatory Agencies in Western Europe. *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, v. 598, n. 1, p. 84–101, 3 jan. 2005.

GONÇALVES, Everton das Neves. *A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988*. Dissertação. Mestrado em Direito. Florianópolis: UFSC, 1997.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e Direito: pecado ou virtude; uma incursão pela Análise Econômica do Direito. *Revista Jurídica*, vol. 1, n. 28, de 2012. Curitiba: Unicuritiba, 2012, p. 98.

_____. *O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito*. Berkeley: UC Berkeley Program in Law and Economics, 2007. Disponível em: <<http://www.escholarship.org/uc/item/39q6m55k>>. Acesso em: 24 de maio de 2013.

_____. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. *Sequência - Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 35, n. 68, p. 261–290, 2014.

GROSSMAN, Sanford J; HART, Oliver D. An analysis of the principal-agent problem. *Econometrica: Journal of the Econometric Society*, p. 7-45, 1983.

GUASCH, J. Luis; LAFFONT, Jean-Jacques; STRAUB, Stephane. Renegotiation of concession contracts in Latin America: Evidence from the water and transport sectors. *International Journal of Industrial Organization*, v. 26, n. 2, p. 421–442, 2008.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUL, Faruk; PESENDORFER, Wolfgang. The case for mindless Economics. In: CAPLIN, Andrew; SCHOTTER, Andrew (Org.). *The foundations of positive and normative economics: a handbook*. Oxford University Press, 2008.

GUTHRIE, Chris. Framing frivolous litigation: A psychological theory. *The University of Chicago Law Review*, p. 163–216, 2000.

HANDS, Wade. *The Positive-Normative Dichotomy and Economics*. Tacoma: University of Puget Sound, 2009.

- HANNAN, Michael T.; CARROLL, Glenn. *Dynamics of Organizational Populations: Density, Legitimation, and Competition*. Oxford University Press, 1992.
- HARRIS, Ron. The uses of history in law and economics. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 4, p. 659–696, 2003.
- HARSANYI, John C. Cardinal Welfare, Individualistic Ethics, and Interpersonal Comparisons of Utility. *Journal of Political Economy*, v. 63, n. 4, p. 309–321, 1955.
- HART, Oliver D. Incomplete Contracts and the Theory of the Firm. *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 4, n. 1, p. 119–139, 1988.
- HAYEK, Friedrich August. *The Road to Serfdom*. Routledge, 1944.
- HICKS, John R. The Foundations of Welfare Economics. *The Economic Journal*, v. 49, n. 196, p. 696–712, 1939.
- HIGGS, Robert. *Crisis and Leviathan: Critical episodes in the growth of American government*. Oxford University Press, 1989.
- HILL, Matthew D. *et al.* Determinants and effects of corporate lobbying. *Financial Management*, v. 42, n. 4, p. 931–957, 2013.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil*. Andrew Croke, 1651.
- HÖLMSTROM, Bengt. Moral hazard and observability. *The Bell journal of economics*, p. 74–91, 1979.
- HORN, Murray J. *The Political Economy of Public Administration: Institutional Choice in the Public Sector*. Cambridge University Press, 1995.
- IDEA. *Será que é bom negócio?*. São Paulo: Revista do IDEC, dezembro de 2011.
- JOLLS, Christine. *Behavioral law and economics*. National Bureau of Economic Research, 2007.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, volume 50, p. 1471-1550, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na 'Regulação Independente'?. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, p. 301–332, 2006.

_____. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de direito público da economia*, p. 95–136, 2003.

KALDOR, Nicholas. Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility. *The Economic Journal*, p. 549–552, 1939.

KELLEY, Patrick J. The Carroll Towing Company case and the teaching of Tort Law. *Saint Louis University Law Journal*, vol. 45, p. 731-758. EUA: Saint Louis University School of Law, 2001.

KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press, 1949.

KEYNES, John Maynard. *The General Theory of Employment, Interest and Money*. Macmillan, 1936.

KEYNES, John Neville. *The scope and method of political economy*. Macmillan, 1891.

KIRKPATRICK, Colin H.; PARKER, David. *Regulatory Impact Assessment: Towards Better Regulation?* Edward Elgar Publishing, 2007.

KIRKPATRICK, Jeane J. Global Paternalism: The UN and the New International Regulatory Order. *Regulation*, v. 7, p. 17, 1983.

KRUEGER, Anne O. The political economy of the rent-seeking society. *The American Economic Review*, v. 64, n. 3, p. 291–303, 1974.

KURAN, Timur; SUNSTEIN, Cass R. Controlling Availability Cascades. In: SUNSTEIN, Cass R. (Org.). *Behavioral Law and Economics*. Cambridge University Press, 2000. p. 374–394.

LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 106, n. 4, p. 1089–1127, 1991.

LEVI-FAUR, David; JORDANA, Jacint. Toward a Latin American regulatory state? The diffusion of autonomous regulatory agencies across countries and sectors. *Intl Journal of Public Administration*, v. 29, n. 4–6, p. 335–366, 2006.

LÉVI-STRAUSS, Claude. The structural study of myth. *The Journal of American Folklore*, v. 68, n. 270, p. 428–444, 1955.

LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Awnsham Churchill, 1689.

MAIO, Thiago. *Fontes de energias renováveis na matriz energética brasileira: legislação, políticas públicas e instrumentos econômicos*. Dissertação de Mestrado. 219 p. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014.

MAJONE, Giandomenico. From the positive to the regulatory state: causes and consequences of changes in the mode of governance. *Journal of public policy*, v. 17, n. 02, p. 139–167, 1997.

_____. The agency model: The growth of regulation and regulatory institutions in the European Union. *Eipascope*, v. 1997, n. 3, p. 1–6, 1997.

_____. The regulatory state and its legitimacy problems. *West European Politics*, v. 22, n. 1, p. 1–24, 1999.

_____. The rise of statutory regulation in Europe. In: MAJONE, Giandomenico. *Regulating Europe*. Londres: Routledge, 1996

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. *O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: a maximização do acesso na busca*

pela efetividade. 2014. Tese. Doutorado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Nova regulação dos serviços públicos. *Revista de direito administrativo*, v. 228, p. 13–30, 2002.

MARTIMORT, David. The life cycle of regulatory agencies: Dynamic capture and transaction costs. *The Review of Economic Studies*, v. 66, n. 4, p. 929–947, 1999.

MARTINEZ, João Roberto Lo Turco. *Influência do excesso de informações na vulnerabilidade do consumidor e em sua disposição a pagar*. 2012. Doutorado em Administração de Empresas – Fundação Getúlio Vargas, 2012.

MATTOS, Samuel da Silva. Notas sobre a natureza e espécies de propriedades. *Seqüência - Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 22, n. 43, p. 48-57, 2001.

MCCUBBINS, Mathew D. The legislative design of regulatory structure. *American Journal of Political Science*, p. 721–748, 1985.

MCGARITY, Thomas O. Presidential Control of Regulatory Agency Decisionmaking. *Am. UL Rev.*, v. 36, p. 443, 1986.

MENEZELLO, Maria D' Assunção Costa. *Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro. *Revista de Direito PGE-GO*, v. 21, n. 0, 28 fev. 2013.

MERCURO, Nicholas. *The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics*. Journal Jurisprudence, Volume 2, p. 61-110. Sidney: Cengage Learning, 2009.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: From Posner to Post-modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1998.

MEYER, John W.; ROWAN, Brian. Institutionalized organizations: Formal structure as myth and ceremony. *American Journal of Sociology*, p. 340–363, 1977.

MILL, John Stuart. *Principles of Political Economy: With Some of Their Applications to Social Philosophy*. C.C. Little & J. Brown, 1848.

MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, 1995.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DE SÃO PAULO. *Operação Porto Seguro – MPF protocola ação civil pública de improbidade e pede condenação dos réus em R\$ 38 milhões em favor dos cofres públicos*. Publicado em 10/05/2013. Disponível em: <http://www.prsp.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/noticias_prsp/10-05-13-2013-operacao-porto-seguro-2013-mpf-protocola-acao-civil-publica-de-improbidade-e-pede-condenacao-dos-reus-em-r-38-milhoes-em-favor-dos-cofres-publicos/?searchterm=%22opera%C3%A7%C3%A3o%20porto%20seguro%22>. Acesso em: 19 out. 2016.

———. *Operação Porto Seguro: MPF/SP denuncia 24 pessoas por envolvimento em esquema que favorecia interesses de particulares perante a Administração Pública*. Publicado em 14/12/2012. Disponível em: <http://www.prsp.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/noticias_prsp/14-12-12-operacao-porto-seguro-mpf-sp-denuncia-24-pessoas-por-envolvimento-em-esquema-que-favorecia-interesses-de-particulares-perante-a-administracao-publica/?searchterm=%22opera%C3%A7%C3%A3o%20porto%20seguro%22>. Acesso em: 19 out. 2016.

MISES, Ludwig Von. *Human Action: A Treatise on Economics*. 4. ed. Literary Licensing LLC, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

MORRISON, Alan B. How independent are independent regulatory agencies. *Duke LJ*, p. 252, 1988.

- NICKSON, Andrew; VARGAS, Claudia. The limitations of water regulation: the failure of the Cochabamba concession in Bolivia. *Bulletin of Latin American Research*, v. 21, n. 1, p. 128-149, 2002.
- NOURSE, Victoria; SHAFFER, Gregory. *Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory?* SSRN Scholarly Paper, nº ID 1405437. Rochester, NY: Social Science Research Network, 15 maio 2009. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=1405437>>. Acesso em: 3 fev. 2017
- NUNES, Edson; RIBEIRO, Leandro Molhano; PEIXOTO, Vitor. *Agências reguladoras no Brasil*. Observatório Universitário, 2007.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. A Regulação e o Direito da Concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito Administrativo Econômico*. Malheiros, 2000.
- OAB/RS. *Em coletiva na OAB/RS, Lamachia diz: “Anatel não defende consumidor, atua como sindicato das telefonias”*. Publicado em 22/04/2016. Disponível em: <<http://www.oabcaxias.org.br/web/noticias/ver/3940>>. Acesso em: 21 out. 2016.
- OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. O lobbying institucional no Brasil: canal de comunicação entre Estado e sociedade civil?. *Revista Brasileira de Marketing*, e-ISSN: 2177-5184, v. 6, n. 1, p. 57-64, 2007.
- OLSON, Mancur. *The logic of collective action: Public goods and the theory of groups*. 2. ed. Harvard Economic Studies, 1971.
- PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. *Revista de Administração Pública*, v. 40, n. 4, p. 523-543, 2006.
- PARETO, Vilfredo. *Considerations on the fundamental principles of pure political economy*. Routledge, 2007.

PARISI, Francesco. Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics. *European Journal of Law and Economics*, vol. 18, p. 259–272. Amsterdã: Kluwer Academic Publishers, 2004.

PARISI, Francesco; KLICK, Jonathan. Functional Law and Economics: The Search for Value-Neutral Principles of Lawmaking. *Chicago-Kent Law Review*, v. 79, p. 431, 2004.

PECI, Alketa. Avaliação do impacto regulatório e sua difusão no contexto brasileiro. *Revista de Administração de Empresas (RAE)*, v. 51, n. 4.

PETTIT, Philip. *On the people's terms: a republican theory and model of democracy*. Cambridge University Press, 2012.

PIEDRAS, Elisa Reinhardt. Vulnerabilidade ou resistência? Um panorama da questão do consumo infantil de alimentos permeado pelo marketing e a mídia. *Comunicação Mídia e Consumo*, v. 10, n. 29, p. 143–159, 6 jan. 2014.

PIGOU, Arthur Cecil. *The Economics of Welfare*. Macmillan, 1920.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Curso de Law & Economics*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1973.

_____. The new institutional economics meets Law and Economics. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, p. 73-87, 1993, p. 82.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. PRO-REG - Perguntas frequentes. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes-1/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

RAMOS, Murilo César. Agências Reguladoras: a reconciliação com a política. *Latin American Studies Association*, 2004.

SABATIER, Paul. Social Movements and Regulatory Agencies: Toward a More Adequate: And Less Pessimistic: Theory of “Clientele Capture”. *Policy Sciences*, v. 6, n. 3, p. 301–342, 1975.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *Nomeação de Dirigentes de Agências Reguladoras: um estudo descritivo*. Berkeley Electronic Press Selected Works, 2016, p. 3. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/121/>. Acesso em: 20 fev. 2017.

SANTANA, Edvaldo Alves de. Contrato satisfatório multidimensional e a teoria do incentivo. *Revista Brasileira de Economia*, v. 56, n. 4, p. 661–694, out. 2002.

SATO, Fábio Ricardo Loureiro. A teoria da agência no setor da saúde: o caso do relacionamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar com as operadoras de planos de assistência supletiva no Brasil. *Revista de Administração Pública (RAP)*, p. 49–62, 2007.

SAY, Jean-Baptiste. *Traité d'économie politique: ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent et se consomment les richesses*. 5. ed. Paris: Rاپilly, 1826.

SBICCA, Adriana; FLORIANI, Vinícius; JUK, Yohanna. Expansão do crédito no Brasil e a vulnerabilidade do consumidor. *Revista Economia*, v. 6, p. 7, 2012.

SILVA, Arielle Pinto. *Ser ou não ser? Eis a questão: uma investigação sobre a vulnerabilidade dos consumidores*. Dissertação. Mestrado em Administração. Universidade Federal da Paraíba, 2011.

SILVA NETO, Orlando Celso da. Noções Gerais sobre o controle das agências regulatórias no Direito norte-americano. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SILVEIRA, Alessandra Francisco. Considerações sobre a presunção absoluta de vulnerabilidade do consumidor no contexto do direito privado brasileiro atual. *Novatio Iuris*, v. 6, n. 1, 2014.

SKINNER, Quentin. *Liberty Before Liberalism*. Cambridge University Press, 2012.

SMITH, Adam. *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Londres: W. Strahan e T. Cadell, 1776.

STASZEWSKI, Glen. Contestatory Democracy and the Interpretation of Popular Initiatives. *Seton Hall L. Rev.*, v. 43, p. 1165, 2013.

STERN, Jon. What makes an independent regulator independent? *Business Strategy Review*, v. 8, n. 2, p. 67–74, 1997.

STIGLER, George Joseph. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3–21, 1971.

– _____. *The Citizen and the State: Essays on Regulation*. University of Chicago Press, 1975.

_____. *The Theory of Price*. 4. ed. New York: McMillan Publishing Co, 1987.

STRINGHAM, Edward Peter; ZYWICKI, Todd J. Common Law and Economic Efficiency. In: PARISI, Francesco; Posner, Richard (Org.). *Encyclopedia of Law and Economics*. 2ª edição. A ser publicado.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito Administrativo Econômico*. Malheiros, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. *Valuing Life: Humanizing the Regulatory State*. Chicago: University Of Chicago Press, 2014.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. Método, 2016.

THATCHER, Mark. Delegation to independent regulatory agencies: Pressures, functions and contextual mediation. *West European Politics*, v. 25, n. 1, p. 125–147, 2002.

TIRYAKI, Gisele Ferreira. A independência das agências reguladoras e o investimento privado no setor de energia de países em desenvolvimento. *Economia Aplicada*, v. 16, n. 4, p. 683–709, dez. 2012.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *TCU fiscaliza acompanhamento da Anatel sobre bens reversíveis nas concessões de telefonia fixa*. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-fiscaliza-acompanhamento-da-anatel-sobre-bens-reversiveis-nas-concessoes-de-telefonia-fixa.htm>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

TULLOCK, Gordon. The rent-seeking society. In: ROWLEY, Charles K (Editor). *The selected works of Gordon Tullock*, volume 5. Indianapolis: Liberty Fund, 2005.

TURCZYN, Sidnei. O Direito da Concorrência e os serviços privatizados. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito Administrativo Econômico*. Malheiros, 2000.

ULEN, Thomas S. Law and Economics: Settled Issues and Open Questions. In: MERCURO, Nicholas (Org.). *Law and Economics*. Springer Science & Business Media, p. 201–231, 2012.

VALOR ECONÔMICO. *Pedido de recuperação da Oi é mais que o triplo da Sete Brasil*. Publicado em 21/06/2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4609257/pedido-de-recuperacao-da-oi-e-mais-que-o-triplo-da-sete-brasil>>. Acesso em: 21 out. 2016.

- _____. *TCU dá prazo para Anatel informar valor dos bens reversíveis vendidos*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4635251/tcu-da-prazo-para-anatel-informar-valor-dos-bens-reversiveis-vendidos>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

VENTURIN, Eduardo Luiz. *A (in)eficiência dos Juizados Especiais para o Acesso à Justiça: uma crítica segundo a Análise Econômica do Direito*. Monografia. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, 2013.

_____. *The challenges for the implementation of the EU Anti-Money Laundering legislation in Ireland*. Dissertação. Master of Laws (LLM). Dublin: University College Dublin, Sutherland School of Law, 2016.

VERKUIL, Paul R. The Status of Independent Agencies After *Bowsher v. Synar*. *Duke Law Journal*, v. 1986, n. 5, p. 779–805, 1986.

WADE, John W. On Frivolous Litigation: A Study of Tort Liability and Procedural Sanctions. *Hofstra L. Rev.*, v. 14, p. 433, 1985.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Seqüência - Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 3, n. 5, p. 48-57, 1982.

WATERMAN, Richard W.; MEIER, Kenneth J. Principal-agent models: an expansion?. *Journal of public administration research and theory*, v. 8, n. 2, p. 173–202, 1998.

WEBER, Max. *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*. Los Angeles: University of California Press, 1978.

WEINGAST, Barry R. The congressional-bureaucratic system: a principal agent perspective (with applications to the SEC). *Public Choice*, v. 44, n. 1, p. 147–191, 1984.

WILLIAMSON, John. What Washington means by policy reform. *Latin American adjustment: How much has happened*, v. 7, p. 7–20, 1990.

WINSTON, Clifford. Economic Deregulation: Days of Reckoning for Microeconomists. *Journal of Economic Literature*, v. 31, n. 3, p. 1263–1289, 1993.

WOOD, Lance D.; LAWS, Elliot P.; BREEN, Barry. Restraining the regulators: legal perspectives on a regulatory budget for federal agencies. *Harv. J. on Legis.*, v. 18, p. 1, 1981.

XAVIER, Erison Honda. Estudo sobre a autonomia financeira e orçamentária da Agência Nacional de Energia Elétrica, analisada a partir do contingenciamento e da vinculação de despesas no orçamento público federal no período compreendido entre 2000 e 2009. *Caderno de Finanças Públicas*, p. 113–135, 2011.

YESILKAGIT, Kutsal. The design of public agencies: overcoming agency costs and commitment problems. *Public administration and development*, v. 24, n. 2, p. 119–127, 2004.