



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



MARINA DE SIQUEIRA CAMPOS REBOUÇAS

AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O RISCO DA CAPTURA:
os desafios para uma maior autonomia do sistema regulatório brasileiro

Recife
2021

MARINA DE SIQUEIRA CAMPOS REBOUÇAS

AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O RISCO DA CAPTURA:

os desafios para uma maior autonomia do sistema regulatório brasileiro

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Área de concentração: Transformações do Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior

Recife

2021

R292a

Rebouças, Marina de Siqueira Campos.
As agências reguladoras e o risco da captura: os desafios para uma maior autonomia do sistema regulatório brasileiro / Marina de Siqueira Campos Rebouças. – Recife, 2021.
153 f.

Orientador: Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2021.

Inclui referências.

1. Direito Econômico – Brasil. 2. Agência Reguladora. 3. Sistema Regulatório. I. Nobre Júnior, Edilson Pereira (Orientador). II. Título.

343.8107 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ 2021-18)

MARINA DE SIQUEIRA CAMPOS REBOUÇAS

AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O RISCO DA CAPTURA:

os desafios para uma maior autonomia do sistema regulatório brasileiro

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Área de concentração: Transformações do Direito Público.

Aprovada em: 12/03/2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^a. Dra. Luciana Grassano de Gouvêa Mélo (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Rafael Ramires Araujo Valim (Examinador externo)
Universidade de São Paulo

AGRADECIMENTOS

À minha família, pai, mãe e irmão, por todo amor e companheirismo, em todos os momentos.

Ao Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior, por ter sido o meu orientador e, nesse papel, compartilhado seus valiosos conhecimentos, com a preocupação de que esta dissertação viesse a ser o que é.

Aos Profs. Drs. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, Luciana Grassano de Gouvêa Melo e Rafael Ramires Araújo Valim, pela disponibilidade e atenção quando do exame de qualificação e da defesa.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE), pelos vastos ensinamentos que contribuíram para a minha formação acadêmica.

Ao corpo administrativo do PPGD/UFPE e aos colegas discentes, pela assistência e apoio na trajetória.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pelo incentivo ao desenvolvimento desta pesquisa.

Finalmente, à Hilda Torres, essencial a cada passo do percurso.

A todos vocês, a minha gratidão.

RESUMO

A presente pesquisa se propõe a estudar a captura das agências reguladoras. Pensados para representar inovações institucionais no ordenamento jurídico brasileiro, os órgãos reguladores assumiram a forma de autarquias especiais dotadas de autonomia suficiente para torná-las imunes a ingerências externas provenientes de mercados regulados e grupos partidários. Todavia, a realidade indica cenário diverso. Para discutir tais questões, são analisados os pressupostos históricos do Estado Regulador, as especificidades institucionais da regulação nacional, os referenciais teóricos das ciências política e econômica que explicam o problema da captura, assim como as relações estabelecidas entre os agentes envolvidos na atividade regulatória. Para robustecer a discussão, a experiência norte-americana, inspiração das agências brasileiras, é usada como comparativo, a fim de observar como lida com disfunções semelhantes e em que medida é possível importar suas soluções. A partir disso, busca-se construir uma reflexão sobre como a ocorrência do fenômeno interfere no adequado funcionamento do sistema regulatório brasileiro e, assim, apontar alternativas para minimizar o seu risco.

Palavras-chave: Agências reguladoras. Captura regulatória. Estado Regulador.

ABSTRACT

This research proposes to study the capture of regulatory agencies. Designed to represent an institutional innovation in Brazilian legal system, the regulatory bodies took the form of special autarchies, endowed with sufficient autonomy to make them immune to external interference from regulated markets and party groups. However, reality indicates a different scenario. To discuss such issues, historical assumptions of the Regulatory State, institutional specificities of national regulation, theoretical references of political and economic sciences that explain the problem of capture, as well as relationships established between agents involved in regulatory activity are analyzed. To strengthen the discussion, the North American experience, inspiration of Brazilian agencies, is used as a comparison on how it deals with similar dysfunctions and the extent to which it is possible to import its solutions. Based on that, it is sought to build a reflection on how the occurrence of the phenomenon interferes in proper functioning of the Brazilian regulatory system and, thus, point out alternatives to minimize its risk.

Keywords: Regulatory agencies. Regulatory capture. Regulatory State.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	O ESTADO REGULADOR	13
2.1	A reforma do Estado	13
2.2	O modelo de agências: características e competências	28
2.3	Os desafios da atividade regulatória contemporânea	40
3	AS TEORIAS DA REGULAÇÃO E O FENÔMENO DA CAPTURA	48
3.1	As teorias do interesse público, do interesse privado e institucionalista	48
3.2	O risco da captura regulatória à luz do modelo de agências	59
4	OS GRUPOS DE INTERESSE E A <i>PERFORMANCE</i> REGULATÓRIA	69
4.1	O ambiente institucional e a regulação	69
4.2	O contexto norte-americano	77
5	A CAPTURA REGULATÓRIA E O MODELO DE AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS	98
5.1	A atuação dos grupos de interesse e da cultura política no Brasil	98
5.2	A captura nas agências reguladoras federais brasileiras	108
5.3	Paradigmas de aperfeiçoamento para o sistema regulatório no Brasil	119
6	CONCLUSÃO	136
	REFERÊNCIAS	140

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o Brasil passou por uma série de transformações na relação entre Estado e sociedade, algumas delas marcadamente relevantes para a história do país. Diante de um cenário em constante globalização, as mudanças aconteceram em meio à intensificação do comércio e da competição mundial, dos financiamentos internacionais e dos investimentos diretos de multinacionais, os quais demandavam a revisão do papel exercido pelos Estados mediante a implantação de um diferente arranjo de intervenção estatal na economia. A gestão direta de importantes setores deixou de caber exclusivamente ao ente estatal, passando esse a assumir a função supervisora e reguladora, como forma de garantir o equilíbrio necessário ao desenvolvimento econômico nacional que a lógica de mercado, por si só, não asseguraria.

Uma das principais mudanças na organização do Estado brasileiro foi o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, ocorrido no governo de Fernando Henrique Cardoso, com o objetivo de alterar o modelo de regulação estatal, aperfeiçoar a estrutura do Estado brasileiro e coordenar as diversas atividades existentes. A eliminação de barreiras para investimentos estrangeiros em áreas antes restritas à atuação do Estado justificou a necessidade de um sistema que possibilitasse segurança jurídica a longo prazo, o cumprimento de regras predefinidas e decisões protegidas contra ingerências políticas ou corporativas.

A previsão de entes reguladores autônomos foi uma das medidas implementadas para concretizar os objetivos mencionados. Por meio deles, pretendia-se controlar e fiscalizar a execução dos contratos de concessão, regulamentar o comportamento dos agentes econômicos de determinados setores, além de repreender condutas abusivas e arbitrar conflitos entre os atores da regulação.

As agências reguladoras receberam a incumbência de normatizar, regular, fiscalizar e executar as políticas de incentivo e planejamento de setores relevantes da economia nacional. Como condição para o desempenho técnico de suas atividades, contaram com certa autonomia administrativa e competência decisória, a fim de torná-las aptas a administrar interesses de grupos antagônicos envolvidos na relação de regulação: o governo, os empresários e os usuários. O objetivo seria impedir o desvirtuamento dos atos regulatórios causados por influências políticas e

econômicas e criar condições favoráveis à captação de investimentos no país e em prol do bem comum.

Contudo, a realidade tem mostrado que as agências reguladoras não estão imunes às pressões exercidas pelo mercado regulado e por partidos políticos. Embora idealizada para estar pautada por critérios técnicos e isolada de intervenções políticas e econômicas, a atividade regulatória sofre constantes processos de captura pelos setores regulados e pelo poder político-partidário, com força capaz de ditar o conteúdo da regulação desenvolvida pelo Estado. Daí a estrutura regulatória, de forma contrária ao apregoado no período da Reforma do Aparelho do Estado, não estar sendo capaz de garantir uma regulação técnica, transparente e, acima de tudo, independente¹.

É possível encontrar na doutrina jurídica brasileira uma série de estudos sobre as agências reguladoras que mencionam o problema da captura e a gravidade de suas implicações para a autonomia do exercício da atividade regulatória. No entanto, são poucos os que se dedicam exclusivamente ao exame da questão, apontando suas causas, consequências e possíveis soluções. Por esse motivo, a presente pesquisa dedica-se a analisar, de maneira particular, a problemática da captura e elucidar os motivos pelos quais a regulação por meio de agências brasileiras funciona de forma tão diferente da idealizada quando de sua implementação.

Para tanto, realizou-se um estudo, recorrendo a procedimentos bibliográficos e documentais, acerca do Estado Regulador brasileiro e, mais especificamente, do que representa o problema da captura das agências reguladoras. Foram analisadas a formatação funcional e estrutural adotada pelo sistema regulatório do país, bem como os mecanismos voltados a torná-lo menos suscetível às ingerências político-

¹ Convém assinalar a desigualdade conceitual existente entre autonomia e independência dos entes reguladores. Enquanto a independência representa prerrogativa mais ampla para definir e orientar medidas estratégicas, táticas e operacionais próprias, a autonomia se atém à liberdade operacional, delimitada por parâmetros externos. Decerto, as agências reguladoras não são totalmente independentes, afinal sujeitam-se a mecanismos de controle, devem prestar contas e seguir as diretrizes políticas e econômicas para o setor de mercado em que atua. Não fosse assim, haveria a possibilidade de as ações setoriais desenvolvidas pelas agências reguladoras contrariarem os interesses do governo democraticamente eleito e, assim, violarem frontalmente o princípio da representatividade. A autonomia, portanto, é termo mais acurado para referir-se às prerrogativas atribuídas às agências, com o fito de proporcionar-lhes atuação técnica e livre de ingerências políticas e econômicas. No presente trabalho, malgrado a diferença conceitual apresentada, os conceitos são tratados como sinônimos e aludem a mecanismos de gestão que eliminam ou reduzem a possibilidade de interferências externas sobre a regulação desenvolvida pelas agências.

partidárias e econômicas; as características peculiares ao exercício da regulação por meio das agências que revelam a sensibilidade à ocorrência da captura; e as formas de interação entre grupos de interesse e o Estado existentes na sociedade brasileira. Assim, verificou-se em que medida o contexto político-institucional no qual as agências reguladoras foram inseridas pode incentivar a captura e como ela interfere no adequado funcionamento do sistema.

Realizada a investigação, ambicionou-se contribuir para o aperfeiçoamento da regulação praticada no Brasil mediante a apresentação de alternativas para minimizar as interferências partidárias e empresariais; estimular uma governança regulatória focada na qualidade e na credibilidade das decisões; e estimular a participação da sociedade no processo regulatório. A finalidade é dotar os entes reguladores de condições adequadas para auxiliá-los a cumprir o seu papel essencial, conforme discriminado no art. 3º da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Aliás, trata-se de uma problemática bastante atual no contexto pátrio, tendo em vista a promulgação da Lei nº 13.848, em 2019, conhecida como a Lei Geral das Agências, que traz medidas para fortalecer e aprimorar a governança das agências reguladoras federais, especialmente ao definir regras para a nomeação de cargos de direção; a tramitação do Projeto de Lei (PL) nº 1.202/2007, no Congresso Nacional, propondo a disciplina da atuação dos grupos de pressão no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal; e, por fim, as recentes nomeações para cargos de diretoria de diversas agências feitas pelo Presidente Jair Bolsonaro, as quais podem servir como objeto de verificação das premissas estabelecidas neste trabalho.

Para tratar desses aspectos, a dissertação está estruturada em quatro capítulos de desenvolvimento, além desta introdução e das considerações finais.

O primeiro capítulo, denominado “O Estado Regulador”, delineia o substrato fático que impulsionou o surgimento do Estado Regulador, a ocorrência da Reforma do Aparelho do Estado de 1995, no Brasil, e a inserção das agências reguladoras. Nele, são apontadas as principais funções exercidas pelos órgãos reguladores, a estrutura que os particulariza quando comparados a outras formas de organização estatal e algumas das dificuldades enfrentadas pela atividade regulatória contemporânea, como o déficit de legitimidade democrática nas competências normativas e a questão da captura.

No segundo capítulo, “As teorias da regulação e o fenômeno da captura”, dá-se ênfase ao exame das teorias elaboradas pelas ciências econômica e política, em especial as do interesse público, interesse privado e institucionalista, que explicam o comprometimento da autonomia dos responsáveis pela regulação. Além disso, são verificadas quais características peculiares ao exercício da regulação por meio de agências independentes possibilitam o risco da captura, a exemplo da assimetria informacional existente entre regulador e regulado.

Na sequência, chega-se ao terceiro capítulo, “Os grupos de interesse e a *performance* regulatória”, dedicado a analisar a influência exercida pela atuação dos grupos de interesse e do *lobby* sobre o processo de decisão governamental e, de modo geral, sobre a *performance* regulatória. Outra variável investigada é o funcionamento do sistema político-institucional e da cultura política local, a anunciar que a proximidade dos grupos econômicos com os partidos políticos e a institucionalização de relações personalistas e informais podem indicar um maior risco de ocorrência da captura.

Em um segundo momento, a análise mencionada é feita com o auxílio do estudo comparado. Além de proporcionar maior entendimento sobre os sistemas em comparação, o olhar sobre o direito estrangeiro, como adverte Clóvis Beviláqua (1903), revela as soluções encontradas por outros povos para problemas semelhantes aos enfrentados pelo direito nacional, muitas das quais esse último desconhece. Servindo-se do recurso comparativo, portanto, permite-se que deficiências do sistema jurídico pátrio sejam identificadas e corrigidas. Dentre elas, ilustra-se a problemática que envolve a captura regulatória no Brasil.

A opção pela análise comparada com o ambiente institucional dos Estados Unidos, especificamente, se deu pelas seguintes razões: a) a forte influência exercida pelo modelo norte-americano de *agencies* sobre o modelo de agências brasileiras; b) a experiência octogenária da regulamentação do *lobby* nesse país; c) as similaridades existentes nos respectivos sistemas de pressão desenvolvidos por grupos de interesse; e, por fim, d) a disponibilidade e a acessibilidade de dados sobre o tema naquele país.

Frisa-se, no entanto, as dificuldades relativas à importação de institutos jurídicos estadunidenses, haja vista os sistemas de fontes e o grau de amadurecimento das instituições de ambos os ordenamentos serem distintos. Dessa maneira, com base nas lições de Francisco Velasco Caballero (2019), realiza-se o

exame sob a égide da microcomparação², com vistas a verificar em que medida as soluções lá praticadas podem ser aqui adaptadas às particularidades de ordem cultural, política e institucional e utilizadas para reduzir o risco de captura regulatória.

No último capítulo, intitulado “A captura regulatória e o modelo de agências reguladoras brasileiras”, são explorados o ambiente institucional e a cultura política no Brasil. Nessa perspectiva, destaca-se o sistema presidencialista de coalizão, que exige do Executivo a negociação de apoio parlamentar para viabilizar suas iniciativas e, nesse esforço, o estreitamento das relações por meio do *lobby* pode ensejar a troca de favores e, por conseguinte, a captura. Igualmente, remete-se à cultura de relações personalistas vivenciadas no país, que, por muito tempo, conduz a política e propicia o surgimento de relações escusas também no campo da regulação. Por fim, são apresentadas alternativas para o aperfeiçoamento do sistema regulatório brasileiro focadas, sobretudo, nas ideias de *accountability* e participação social.

² Para o autor, uma distinção tradicional na comparação jurídica é aquela que aparta a macro e a microcomparação. De um lado, a macrocomparação realça ordenamentos estatais inteiros ou setores completos desses, marcando suas diferenças e similitudes globais. De outro, a microcomparação se dedica a comparar regulações, regras ou instituições específicas dos sistemas jurídicos selecionados, produzindo uma comparação de menor escala e de maior utilidade prática (CABALLERO, 2019).

2 O ESTADO REGULADOR

2.1 A reforma do Estado

A partir do final da década de 1970, vivenciou-se globalmente uma acentuada crise do Estado contemporâneo, que culminou com um intenso processo de reformas políticas e econômicas, impulsionado pela ideia de redefinição do papel estatal na economia, promoção do controle dos gastos públicos, eficiência do Estado e prestação de serviços públicos a contento. Pretendia-se reformular a organização burocrática pública, com o fim de culminar com o seu modelo gerencial³.

Vigia um movimento de retração da máquina pública, manifestada pelos esforços de privatização de empresas nacionalizadas no período posterior à guerra, de desregulamentação e de repasse de atividades governamentais à iniciativa privada e à sociedade civil, sem descuidar, ao mesmo tempo, da preservação da qualidade dos serviços prestados.

Em perspectiva ampla, Ciro Campos Christo Fernandes (1999) expõe que a crise do Estado se inseriu dentro de um movimento abrangente de transição em direção a novas formas de organização estatal, dos mercados e dos regimes políticos em todo o mundo. Nesse contexto, a globalização dos mercados conferiu inéditas possibilidades em termos de volume de oferta e de facilidade de acesso; produziu-se uma ampla desregulamentação do sistema financeiro internacional, impulsionada pelas novas tecnologias de comunicação e pela disponibilidade de recursos nas economias desenvolvidas; e o incremento do comércio e dos fluxos de investimento engendrou um cenário bastante atraente, que pareceu condenar à obsolescência as políticas de protecionismo nacional ou de desenvolvimento autarquizante.

³ Luiz Carlos Bresser Pereira (1996) aponta a existência de três formas de Administração Pública. A primeira corresponde à Administração Pública Patrimonialista, típica das monarquias absolutas, nas quais o nepotismo, o empreguismo e a corrupção são a regra. A segunda é a Administração Pública Burocrática, adotada na segunda metade do século XIX, no contexto do Estado liberal, para substituir a Administração patrimonialista, e que representa o poder racional-legal, partindo-se não apenas da clara distinção entre o público e o privado, mas também da separação entre o político e o administrador público. Por fim, a terceira forma, a Administração Pública Gerencial, que emerge na segunda metade do século XX, como resposta à expansão das funções econômicas e sociais do Estado, à legitimação da burocracia perante as demandas da cidadania e ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial.

Segundo Fernando Luiz Abrucio (1997), quatro fatores socioeconômicos contribuíram fortemente para esse cenário: a) a crise econômica mundial, iniciada em 1973, com a primeira crise do petróleo, e retomada em 1979, com a segunda crise do petróleo, quando a economia enfrentou grande recessão, tendo por principal prejudicado o Estado; b) a crise fiscal, que cresceu ao ponto de a maioria dos governos não terem como financiar seus déficits, agravados, sobretudo nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, pela revolta dos contribuintes contra o aumento da cobrança de tributos; c) a situação de ingovernabilidade, isto é, os governos estavam inaptos para resolver seus problemas; e d) por último, a globalização e as transformações tecnológicas, que transformaram a lógica do setor produtivo e aumentaram o poder das multinacionais e o dinamismo dos fluxos financeiros e comerciais, acarretando perda de parcela significativa do poder dos Estados nacionais de ditar políticas macroeconômicas.

Quer dizer, o Estado contemporâneo viu encolher o seu poder de ação e, como alternativa, surgiu a possibilidade de implantação de um aparato governamental eficiente, ágil e flexível, tanto interna como externamente, por meio da incorporação da lógica da produtividade existente no campo das relações privadas, classificada à época como o modelo ideal de gestão.

Nos Estados Unidos, por exemplo, diversos fatores históricos contribuíram para a adoção da atuação governamental denominada de *administrative state* ou *regulatory state*, organizada por meio de agências. O modelo de Estado administrativo manifestou-se com a inadequação da clássica tripartição dos Poderes do Estado em Legislativo, Executivo e Judiciário para enfrentar as adversidades geradas em uma sociedade cada vez mais complexa e pluralista, notadamente diante do processo de transformação social, industrial e econômica em andamento, que alterou drasticamente a estrutura da sociedade americana, acentuando taxas de urbanização e práticas predatórias em relação ao mercado.

No país, a instituição pelo Congresso da *Interstate Commerce Commission* (ICC)⁴, em 1887, marcou o início da fase de regulação⁵ de atividades econômicas

⁴ Embora a criação da agência mencionada seja comumente relacionada ao início da etapa regulatória do Estado, registra-se que já existia a intervenção estatal indireta sobre atividades econômicas desde meados do século XIX, como a regulação do transporte por barcos a vapor (*steamboat inspectors*).

⁵ Cumpre mencionar que, pela abrangência conceitual que o caracteriza, utiliza-se o termo “regulação” para designar o exercício mais alargado da atividade estatal, voltado à manutenção do

mediante a agencificação⁶, sob o contexto do movimento pela regulação federal do sistema ferroviário interestadual, numa tentativa de disciplinar disputas entre os Estados-membros da federação norte-americana atinentes ao comércio⁷, resolver problemas econômicos internos, em uma união entre economia e política, e constituir um controle democrático efetivo sobre a força econômica dominante.

Luis Alberto Pomed Sánchez (1993) indica que a Lei do Comércio Interestadual, que instituiu a ICC, representou um marco crítico na evolução do Direito Público americano por duas razões: a) em primeiro lugar, com ela, iniciou-se o desempoderamento dos Estados federados no âmbito das competências econômicas; b) em segundo lugar, a lei em questão inaugurou o processo de regulamentação pública das atividades privadas, dando origem ao ramo administrativo do ordenamento estadunidense⁸.

A proliferação dos entes reguladores, seguindo o modelo estrutural da ICC, coincidiu com os movimentos de questionamento da ideologia capitalista liberal e da

funcionamento do mercado e à implementação dos objetivos de ordem geral, em proveito da adequação da atividade econômica aos interesses da coletividade.

⁶ Nesse país, as agências reguladoras foram encarregadas de regulamentar a vida pública mediante o exercício de funções legislativas (*rulemaking*), executivas e adjudicatórias (*adjudication*), conferindo maior celeridade à efetivação do interesse social e à solução de disputas. Tais funções, sob a denominação de administrativas, encontraram fundamento na alegação de que, embora o texto constitucional não tenha previsto expressamente a criação de agências, fez menção, no Artigo I, Seção 8, à possibilidade de o Congresso editar as leis necessárias e adequadas para executar os poderes a ele conferidos pela Carta Magna. Não se confundiriam, portanto, com os três Poderes já estabelecidos, mas, ao contrário, decorreriam de uma mutação constitucional (*working in progress*), recebendo as denominações de competências *quasi-legislative*, *quasi-executive* e *quasi-judicial*. Por esse motivo, para os críticos, as agências reguladoras norte-americanas ocupariam a posição de um quarto Poder.

⁷ Lawrence Friedman (1973) explica que a aprovação da Lei do Comércio Interestadual, de 1887, refletiu a tentativa de pôr fim aos abusos cometidos por empresas privadas no campo das atividades empresariais de interesse público, especialmente as empresas ferroviárias e as grandes indústrias agrícolas do centro-oeste. No contexto de disputa, surgiu, entre os agricultores dessas áreas, o movimento conhecido como *Granger*, cujo objetivo principal era organizar as atividades de seus inimigos tradicionais e, principalmente, da ferrovia. Assim, para o autor, a lei visava a articular um grande mercado nacional e, ao mesmo tempo, satisfazer uma classe média que não se sentia representada.

⁸ O ramo administrativo do ordenamento jurídico estadunidense elegeu como objeto principal as agências, que, segundo a Seção 551 (1) do *Administrative Procedure Act* (APA), marco regulatório promulgado em 1946, abrangem qualquer autoridade governamental, distinta dos Poderes Legislativo e Judiciário, não incluídos o Congresso, as cortes, o Governo e outras autoridades excepcionadas, tendo por objetivo regulamentar e efetivar determinada legislação nas diversas áreas, setores e atividades governamentais, em proveito do interesse público. O Direito Administrativo norte-americano restringiu-se a estabelecer, de forma geral, normas e princípios que versam sobre criação, estrutura e funcionamento, poderes e obrigações, formalidades procedimentais, validade das decisões e controle da atuação dos entes reguladores por parte do Executivo, Legislativo e Judiciário, sem prejuízo de outras contidas nas normas instituidoras de cada agência. Confere primazia, contudo, aos aspectos atrelados à função normativa desempenhada pelas agências e ao controle jurisdicional exercido sobre a sua atuação.

maior intervenção do Estado nas atividades econômicas privadas na era do *New Deal*, em meados de 1930. A interligação entre intervenção estatal na vida econômica e o surgimento de agências reguladoras independentes derivou de uma forte reação aos parâmetros jurídicos conservadores da *common law*, que incorporava uma teoria social de atendimento a alguns interesses às custas de outros⁹.

Para Sánchez (1993), caberia às agências independentes transformar a sociedade americana recorrendo à implementação das prestações positivas sociais, objetivo esse propiciado por serem entes afastados da influência política, dotados de especialização técnica, bem como representativos de uma certa superação da divisão horizontal de Poderes, o que permitia ao governo federal concretizar um programa político de amplas dimensões.

Abrucio (1997) acrescenta que a crise estrutural fiscal do Estado somada ao aumento de exemplos de má gestão pública, em especial o da bancarrota da prefeitura de Nova Iorque, apontariam para a necessidade urgente de se reformular, em termos gerenciais, as finanças públicas.

Nesse contexto, o debate acerca da implementação de um Estado gerencial no país, como explicam Neil Carter, Rudolf Klein e Patricia Day (1992), despontou em meio à problemática orçamentária dos anos 1960 e 1970, sob a justificativa de controlar, de modo mais racional, os gastos públicos, notadamente com a introdução do *Planning, Programming, and Budgeting System* (PPBS)¹⁰ nas agências do governo federal¹¹ pelo então presidente Lyndon Johnson.

⁹ Conforme nota Cass Sustein (1987), essa reação se verificou na defesa dos direitos individuais. O catálogo de direitos da *common law* incluía uma proteção excessiva aos direitos de propriedade e uma proteção insuficiente aos mecanismos de integração dos grupos mais necessitados da sociedade, como os pobres, idosos e desempregados. A visão crítica dos *new dealers* levou à apresentação ao Congresso, pelo Presidente Franklin Roosevelt, da proposta de elaboração de uma segunda declaração de direitos sociais, disponível para todos independentemente da posição social, raça ou credo.

¹⁰ Como explica Jack Hooper (1968), em agosto de 1965, o Presidente Johnson emitiu um memorando orientando os chefes de todos os departamentos e agências governamentais a instalar um sistema de orçamento programado, mais conhecido como *Planning, Programming, and Budgeting System* (PPBS). O sistema PPBS foi projetado para fornecer informações e análises mais eficazes para a tomada de decisões em todos os níveis governamentais, ao colocar grande ênfase na identificação dos objetivos do programa e na mensuração dos resultados em termos quantitativos. Em síntese, o sistema geral foi projetado para permitir que cada agência a) disponibilizasse à alta gerência dados mais concretos e específicos; a) explicitasse mais concretamente os objetivos dos programas governamentais; c) analisasse sistematicamente e apresentasse, para análise e decisão presidencial, possíveis objetivos e programas alternativos para atingir os objetivos; d) avaliasse e comparasse benefícios e custos dos programas; e) produzisse estimativas de custos totais em vez de

Em síntese, conforme Jean-Jacques Chevallier (2009), a crise do Estado-providência ocorreu em duas vertentes: a) a primeira, por meio de uma crise das representações, resultou no desgaste da legitimidade do Estado e em críticas à ineficiência da máquina estatal e à opressão estatal sobre os cidadãos; b) a segunda, por meio de uma crise das políticas, acarretou as medidas de contenção do crescimento estatal.

Na Europa, de forma semelhante, Enrique García Llovet (1993) aduz que o aparecimento das agências independentes decorreu, sobretudo, da necessidade de adaptar os sistemas organizacionais da Administração às novas demandas sociais, além de incrementar a eficácia do sistema administrativo. Nesse sentido, a eficiência social da atividade, traduzida na reivindicação de novas formas de articulação do consenso social mediante a desideologização do exercício do poder, foi o elemento justificador para o surgimento dessas entidades.

No Reino Unido, as entidades ficaram conhecidas como *quasi autonomous non-governmental organisations (quangos)* ou *non-departmental public bodies (NDPBs)*¹², organizações públicas não estatais, que se multiplicaram a partir da década de 1980¹³, em meio à tendência de privatização de atividades não exclusivas do Estado pelo governo de Margaret Thatcher.

parciais; f) apresentasse em bases plurianuais os custos e realizações dos programas; e g) revisasse os programas continuamente, durante todo o ano, em vez de cumprir os prazos orçamentários com agendas lotadas.

¹¹ O modelo gerencial nos Estados Unidos já havia sido considerado quando Woodrow Wilson escreveu *The Study of Administration*, em 1887, defendendo a separação entre a política e a administração. Todavia, Abrucio (1997) elucida que ali o modelo gerencial não conseguiu se tornar hegemônico, visto que a burocracia americana foi edificada ao longo do século XX para evitar a interferência das políticas de patronagem comuns no final do século XIX. Por esse motivo, naquele momento, a opção preferencial foi por um modelo que preservasse a neutralidade e a impessoalidade do Estado, características centrais no tipo burocrático weberiano. No mesmo sentido, Michael Barzelay (1992) discorre que os movimentos em prol do modelo burocrático nos Estados Unidos surgiram como resposta aos problemas sociais criados pela transformação de uma sociedade agrária e altamente descentralizada para uma sociedade urbana, industrial e nacional. Para os apoiadores da reforma, a burocracia era sinônimo de eficiência e de governo impessoal.

¹² Oficialmente, são classificados em quatro grupos: a) NDPBs executivas: instituídas por lei, são encarregadas de realizar funções executivas, administrativas, regulatórias e/ou comerciais; b) NDPBs consultivas: fornecem conselhos independentes e técnicos a ministros; c) NDPBs tribunais: possuem jurisdição em um campo especializado do direito; e d) Conselhos independentes de monitoramento de estabelecimentos prisionais.

¹³ Embora tenham se multiplicado nessa época, o uso de *quangos* para a execução de políticas governamentais já podia ser verificado anteriormente. Como monarquia constitucional, o Reino Unido, há muito tempo, permite que os Ministros deleguem funções do governo por intermédio do uso da prerrogativa real. Funções e responsabilidades do Estado eram comumente atribuídas aos conselhos nomeados, por exemplo o *Commissioners of Bankruptcy* (1570), o *Bank of England* (1694) e o *British Museum* (1753) (REINO UNIDO, 2005).

Luiz Carlos Bresser Pereira (1997) cita que, na Grã-Bretanha, a reforma gerencial foi possível por duas razões: a) no final da década de 1970, a cúpula do funcionalismo e os principais consultores de administração pública já percebiam a necessidade de uma reforma gerencial¹⁴; e b) Margaret Thatcher estava decidida a reduzir os custos da Administração Pública. A junção dos fatores possibilitou uma espécie de coalizão, ainda que frágil, entre o governo e os escalões superiores do funcionalismo a favor da medida, cujo propósito maior seria conferir eficiência às operações departamentais e efetividade às políticas públicas, principalmente diante dos desafios impostos pela economia e sociedade contemporâneas.

Três fases foram identificadas por Christopher Pollitt (1996) no processo de reforma administrativa do governo Thatcher. A primeira fase (1979-1982) enfatiza a racionalização de gastos e eliminação de desperdícios, quando foram demitidos milhares de servidores e implantados mecanismos de controle de despesas departamentais. Nesse período, destaca-se o programa da *Efficiency Units*, encarregado de supervisionar e avaliar os custos de cada órgão do Estado, por meio de escrutínios periódicos.

A segunda fase (1982-1987) caracterizou-se pela eficiência, mediante a ampliação do sistema de informações administrativas e do processo de privatização dos serviços públicos, além da introdução de um sistema de avaliação dos funcionários, de remuneração proporcional ao rendimento individual. O programa *Next Steps* surgiu nesse momento, com os objetivos de intensificar as técnicas de contratação externa e interna para prestação de serviços e descentralizar as atividades do Estado em órgãos com autonomia gerencial, as agências executivas.

A última fase, iniciada em 1987, foi marcada pela utilização de práticas privadas na Administração Pública, a desconcentração na prestação de serviços e pelo direcionamento dos serviços para o consumidor, momento em que sobressai o programa *Citizens' Chart*, estendendo aos cidadãos a possibilidade de controle das decisões governamentais.

Vê-se que a privatização exerceu papel significativo para a implementação do *managerialism* na Administração Pública no Reino Unido, não somente mediante a

¹⁴ Em 1968, foi divulgado o relatório elaborado pelo comitê liderado por Lord Fulton, que diagnosticou uma deficiente qualidade e organização do serviço público no sistema administrativo inglês. O documento trazia fortes críticas aos funcionários ditos generalistas, isto é, aqueles capazes de desempenhar as tarefas de todas as áreas, apontando a necessidade de uma formação mais técnica e menos política, sob o risco de estagnar o desempenho das atividades estatais em níveis baixos.

venda de ativos, mas também da desregulação, contratação externa, supressão de serviços e investimentos públicos, que, inserida no contexto maior da reforma administrativa, tornou-se um dos parâmetros a partir dos quais diversos países modificaram as suas estruturas administrativas.

Não diferente, os países da América Latina também se envolveram no processo de aprimoramento da *performance* do aparelho administrativo estatal. Para tanto, considerou-se a implementação de reformas no setor público, com suporte na experiência dos países mais avançados¹⁵, aspirando reduzir a ineficiência e a inflexibilidade características do modelo tradicional e burocrático de Administração Pública.

Geoffrey Shepherd e Sofia Valencia (1996) esclarecem que algumas nações latino-americanas introduziram conceitos de mercado e competição em áreas tradicionais da Administração Pública, como forma de criar mecanismos associados aos conceitos e permitir aos gerentes maior liberdade para administrar. Outras exploraram o problema de uma maneira mais evolutiva, conservando uma parcela considerável da estrutura hierárquica tradicional. Em um ou outro caso, cruzaram-se as ideias convencionais da administração pública com as de outros campos, especialmente aquelas provenientes da *New Institutional Economics*, como a teoria da escolha pública, a análise agente-principal e a teoria do custo de transações.

Os esforços intentavam combater problemas clássicos de produção ineficiente de serviços monopolizados; o descompasso entre as necessidades dos eleitores e a atuação dos representantes políticos eleitos; e o monitoramento do desempenho dos funcionários públicos, tomando por base a referência do modelo de Administração Pública dos países desenvolvidos. Esses contavam com um sistema de freios e contrapesos atuante, organização dos trabalhos em unidades especializadas, funcionários qualificados, planejamento de receitas e gastos, bem como de procedimentos e registros.

¹⁵ Nesse sentido, David Guinard Hernández (2017) ressalta que o estabelecimento da noção jurídica de regulação consentânea à criação das agências reguladoras independentes nos Estados Unidos foi fundamental para a recepção e consolidação desse instrumento a nível global. O fato representou a conceituação jurídica de uma função estatal sob uma noção proveniente de disciplinas externas, a caracterização e a instrumentalização da regulação como função de direção dos mercados por meio de agências reguladoras independentes com fins de proteção do interesse público, que adquiriu o *nomen iuris* de regulação.

A propósito, Shepherd e Valencia (1996) anotam que as administrações latino-americanas possuíam regras formais e estruturas compatíveis com o modelo tradicional predominante nas nações mais avançadas. No entanto, o comportamento burocrático destoava de forma significativa, pois naquelas predominava a informalidade, o que significa dizer que o comportamento burocrático real não correspondia às regras formais. As regras eram facilmente quebradas ou burladas. O oportunismo e a ineficiência, presentes na corrupção, na fraude e no clientelismo, foram institucionalizados, enquanto os custos das transações burocráticas aumentavam. O primado da lei não existia e, ao mesmo tempo, o Estado não dispunha de autoridade coercitiva suficiente para impor tal observância.

Além disso, Bresser Pereira (1996) realça a influência da crise fiscal sobre o continente, que produziu seu maior impacto durante a década de 1980, provocando déficit público crônico e descontrolado, dívidas interna e externa excessivas e a falta de crédito dos Estados perante as agências multilaterais e organizações financeiras internacionais. Isso porque a estagnação econômica produzida pela segunda crise mundial do petróleo prejudicou as finanças públicas e a capacidade de poupança e investimento dos Estados da América Latina; o déficit público crescente derivado do desenvolvimento dependente das políticas e dos subsídios estatais passou a ser financiado com base no endividamento externo; e o financiamento do déficit público mediante emissão de moeda completou esse cenário, provocando um crescente processo inflacionário.

No mesmo sentido, Howard Wiarda e Harvey Kline (1990) expressam que, a partir da década de 1990, as economias latino-americanas começaram a se recuperar, ao implementar reformas no setor que abrangiam a alienação de empresas públicas ineficientes, a abertura ao mercado de setores econômicos até então monopolizados, a ênfase em exportações com uma variedade de parceiros comerciais, a redução da burocracia governamental e a diversificação da economia interna, a fim de tornarem-se competitivas no mercado global. Não obstante o esforço e a ocorrência de alguma recuperação econômica no período, em muitos países, o crescimento foi anêmico e a dívida continuou sendo um fardo, visto que persistiam as exigências do clientelismo político nas investidas para a redução do tamanho do Estado.

Apesar dessas dificuldades, o novo gerencialismo na América Latina objetivou flexibilizar a gestão e aprimorar os resultados da Administração Pública,

incrementando a eficiência e a transparência das tarefas estatais por meio da incorporação de métodos gerenciais do setor privado, tais como indicadores de desempenho e contratos transparentes e de curto prazo, além da elaboração de leis melhores, do desenvolvimento de agências autônomas e de investimentos em sistemas de controle.

Nesse sentido, Abrucio (1997) condensa as principais tendências de modificação do padrão burocrático pelo debate em torno do modelo gerencial: a) incentivo à adoção de parcerias com o setor privado e com as organizações não governamentais (ONGs); b) ampla introdução de mecanismos de avaliação de desempenho individual e de resultados organizacionais, baseados em indicadores de qualidade e produtividade; c) maior autonomia às agências governamentais e, dentro delas, aos vários setores, horizontalizando a estrutura hierárquica; d) descentralização política apoiada no princípio de que quanto mais perto estiver do cidadão o poder de decisão com relação às políticas públicas, melhor será a qualidade da prestação do serviço e maior será o grau de *accountability*; e) estabelecimento de coordenação entre as várias esferas administrativas e do conceito de planejamento estratégico, adequado às mudanças no mundo contemporâneo e atento às políticas de médio e longo prazo; f) flexibilização das regras que regem a burocracia pública, principalmente o Direito Administrativo; g) desenvolvimento das habilidades gerenciais dos funcionários, bem como a profissionalização do servidor público, a manutenção do conceito de carreira no serviço público e políticas de motivação, sem descuidar da valorização da questão da ética no serviço público.

No Brasil, a contar da década de 1990, a crescente globalização, a intensificação do comércio e da competição mundial, dos financiamentos internacionais e dos investimentos diretos de multinacionais, demandaram a revisão do papel exercido pelo Estado, conduzindo à inserção do gerencialismo na Administração Pública. Como consequência, a gestão direta de importantes setores deixaria de caber exclusivamente ao ente estatal, passando esse a assumir a função supervisora e reguladora, como forma de garantir o equilíbrio necessário ao desenvolvimento econômico nacional.

Também, a crescente política de privatização e de desburocratização da máquina estatal vivenciada internacionalmente, sob o signo da modernidade, exerceu forte influência em favor da mudança na estrutura estatal brasileira.

Caio Tácito (1995) acentua que, no período de 1979 a 1985, no plano federal, 20 empresas foram privatizadas, 3 transferidas a governos estaduais, outras 3 foram objeto de fusão, 14 incorporadas e 2 outras convertidas em órgãos da administração direta, no total de 42 transformações. O pêndulo que favorecia o domínio público sobre a economia, em áreas qualificadas, passou a reverter um benefício da exploração privada de atividades produtivas, ainda que sob a vigilância do poder de polícia administrativa, em manifesto fortalecimento da associação entre a iniciativa privada e o serviço público.

Para Bresser Pereira (1995), a crise econômica vivenciada pelo país na época, a qual manteve a renda por habitante estagnada e elevou as taxas de inflação para níveis altíssimos, foi causada fundamentalmente pela crise do Estado, desencadeada no início dos anos de 1980, ou, mais precisamente, em 1979, com o segundo choque do petróleo. A instabilidade pode ser definida pela crise fiscal do Estado, determinada pela perda do crédito público e por poupança pública negativa; pela crise do modo de intervenção da economia e do social, derivada do esgotamento do modelo protecionista de substituição de importações, bem-sucedido nos anos de 1930, 1940 e 1950, e do fracasso em criar um Estado do Bem-Estar no Brasil, nos moldes social-democratas europeus; e pela crise do aparelho do Estado, que já sofria com o clientelismo e a profissionalização incompleta, mas que, a partir da Constituição de 1988, passou a sofrer com o enrijecimento burocrático extremo, culminando com a ineficiência da Administração Pública central e dos serviços sociais do Estado.

Na visão de Nilson Holanda (1989), o contexto de crise econômica e transição política experimentada pelo Brasil, naquela ocasião, exigia uma abordagem profunda e abrangente que visava à reforma do Estado, tendo em vista particularmente uma avaliação crítica de suas funções básicas e formas de atuação, não apenas no que concerne à sua dinâmica interna, mas também no que diz respeito às relações entre o governo e a sociedade. Com base nisso, propunha uma reforma enfocada sob uma tríplice dimensão ¹⁶ : a) político-institucional; b) econômico-financeira; e c) administrativo-gerencial.

¹⁶ Similar é a subdivisão das linhas compreendidas pela reforma estatal brasileira proposta por Bresser Pereira (1998): a) a econômico-política, baseada na determinação do tamanho do Estado e, mais especialmente, a redefinição do seu papel regulador; b) a econômico-administrativa, fundada no resgate da governança ou da capacidade de implementar as decisões governamentais; e c) a política,

De acordo com o autor, a reforma, sob o panorama político-institucional, teria por objetivo: a) redefinir ou, pelo menos, explicitar de forma mais clara, o papel, o nível e o grau de intervenção governamental; b) reavaliar a natureza e as prioridades da ação do governo na órbita econômica e em suas relações com o setor privado; c) identificar as salvaguardas dos direitos do cidadão frente ao Poder Público, inclusive quanto a questões de democratização, transparência, participação e controle; d) descentralizar a ação administrativa, particularmente no que se refere à redistribuição de encargos e receitas entre União, Estados e Municípios; e e) criar condições para a restauração da credibilidade, da responsabilidade e da competência no exercício da função pública.

Do ponto de vista econômico-financeiro, a reforma buscaria compatibilizar os objetivos e os meios da ação do Estado, definindo prioridades que permitissem harmonizar encargos e recursos, de modo a eliminar a inflação, secular foco de instabilidade econômica e social do país, e o déficit do setor público, seu principal fator causal.

Por último, no quadro administrativo-gerencial, a meta básica seria elevar significativamente o nível de eficiência e eficácia da Administração Pública, como forma de possibilitar ao Estado a efetiva constituição de um instrumento para orientação, mobilização e apoio à sociedade, e para a formulação e implementação do projeto nacional de desenvolvimento.

As três dimensões, segundo Holanda (1989), abarcariam satisfatoriamente as principais questões a serem enfrentadas no processo de reforma: a) a excessiva intervenção do Estado na área econômica; b) o déficit orçamentário e a desorganização das finanças públicas; c) a insuficiência e baixa qualidade dos serviços públicos; d) o desequilíbrio estrutural entre administração direta e indireta, particularmente no que se refere a dotação de recursos humanos; e) o patrimonialismo, o corporativismo, o clientelismo, a cartorialização e a prevalência de interesses particulares sobre os interesses coletivos, em diferentes tipos de relações entre o Estado e segmentos específicos da sociedade; f) o formalismo, a burocratização, o casuísmo e a centralização do processo decisório; g) o esvaziamento do processo de planejamento e a ausência de uma sistemática

racional de formulação e avaliação de políticas públicas; e h) a ineficiência gerencial, baixa qualificação, desmotivação e abastecimento de vastos segmentos do funcionalismo público.

Nessa perspectiva, em 1995, mediante o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), elaborado pelo então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira, teve início no país a reforma mencionada, almejando a concretização da transição de uma administração burocrática para uma gerencial. Ressalva-se, nesse aspecto, as contribuições materializadas pelo Decreto-Lei nº 200/1967, sob o intento da superação da rigidez burocrática por meio da descentralização de diversas atividades estatais¹⁷, considerada por muitos como a primeira fase da transição do modelo de gestão utilizado no país.

O Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado buscou estabelecer uma diretriz específica para cada tipo de atividade estatal, que resultou na distinção de quatro setores: a) o núcleo estratégico, correspondendo ao governo em sentido lato, integrado por agentes e órgãos encarregados de planejar e elaborar políticas públicas, além de cobrar o seu cumprimento, tais como os Poderes Legislativo e Judiciário, o Ministério Público e, no Poder Executivo, o Presidente da República, os ministros e os seus auxiliares e assessores diretos; b) o núcleo de atividades exclusivas, responsável pela prestação dos serviços reservados do Estado, ligados à competência de regulamentar, fiscalizar e fomentar, a exemplo da cobrança e fiscalização dos impostos, da polícia, da previdência social básica, da fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, do serviço de trânsito, do controle do meio ambiente, do serviço de emissão de passaportes, dentre outros; c) o núcleo de serviços não exclusivos, correspondente à atuação estatal simultânea a outras organizações públicas não estatais em áreas de grande relevância social e desacompanhada das prerrogativas do Poder Público, como os serviços de educação, saúde, cultura e pesquisa científica; e d) o núcleo de produção de bens e serviços para o mercado, encarregado do exercício de atividades econômicas

¹⁷ Assim dispõe o Decreto-Lei nº 200/67: “Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I - Planejamento. II - Coordenação. III - Descentralização. IV - Delegação de Competência. V - Controle”. Calçada sob esses princípios, a execução das atividades da Administração Federal seria amplamente descentralizada em três planos principais: a) dentro dos quadros da Administração Federal; b) da Administração Federal para a das unidades federadas; e c) da Administração Federal para a órbita privada.

lucrativas, normalmente realizadas pelas empresas e subsidiariamente exercidas pelo Estado, a exemplo das pertencentes ao setor de infraestrutura.

Para executar as reformas mencionadas, Luís Roberto Barroso (2002) destaca que o Estado brasileiro passou por três transformações estruturais complementares: duas delas tiveram de ser precedidas de emendas à Constituição, quais sejam a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro e a flexibilização dos monopólios estatais, empreendidas com as Emendas Constitucionais (EC) nºs 5, 6, 7, 8 e 9¹⁸; ao passo que a terceira se fez mediante a edição de legislação infraconstitucional e a prática de atos administrativos, como a privatização, implementada sem alteração do texto constitucional, mas iniciada com a edição da Lei nº 8.031/1990¹⁹ no governo Collor, posteriormente substituída pela Lei nº 9.491/1997 (Programa Nacional de Desestatização), que tinha por objetivo a reordenação da posição estratégica do Estado na economia, privatizando as empresas estatais que atuavam em atividades econômicas não essenciais e, desse modo, contribuindo para a modernização industrial do país.

A ideia não era retirar o Estado da economia, mas fazer com que esse, por meio do seu poder de regulação e fiscalização, abrandasse as falhas de mercado e

¹⁸ A EC nº 5 alterou o § 2º do art. 25 para permitir, em âmbito estadual, a concessão dos serviços de gás canalizado a empresas privadas, além das estatais. Na mesma linha, a EC nº 6 revogou o art. 171 da Carga Magna, que conceituava as empresas brasileiras de capital nacional, e alterou a redação do art. 176, § 1º, para autorizar a exploração de recursos minerais mediante autorização ou concessão de União a brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país, não mais exclusivamente a empresas de capital nacional. A EC nº 7, por sua vez, alterou o parágrafo único do art. 178 para permitir a realização de transportes de mercadorias na cabotagem por navios estrangeiros. A EC nº 8 modificou o § XI do art. 21, passando a permitir a concessão de serviços de telecomunicações a empresas privadas. Por último, a EC nº 9 alterou a redação do art. 177, para autorizar a União a contratar com empresas estatais ou privadas a realização das suas atividades de monopólio com relação ao petróleo, ao gás natural e aos outros hidrocarbonetos.

¹⁹ Para Bresser Pereira (1997), a primeira tentativa no sentido de uma administração gerencial ocorreu em 1967, antes de se aflorarem as ideias neoliberais em consequência da crise do Estado. A reforma foi lançada durante a administração Castelo Branco, pelo Decreto-Lei nº 200, que promovia uma radical descentralização da Administração Pública brasileira, incluindo as empresas de propriedade estatal. Porém, com a transição para a democracia, em 1985, a reforma foi abandonada. Nessa toada, também é o entender Caio Tácito (1995), para quem o primeiro passo de inversão da tendência expansionista da Administração Pública brasileira, ainda que modesto, se manifesta com o Decreto nº 83.740, de 1979, que adota o Programa Nacional de Desburocratização, e que, a partir de 1981, define a política restritiva na criação de novas entidades paraestatais e estabelece as primeiras diretrizes de transferência de empresas públicas para o setor privado. Em 1985, o Decreto nº 91.991 aperfeiçoou o programa com a criação do Conselho Interministerial de Privatização, ao qual sucedeu, em 1988, o Conselho Federal de Desestatização, nos termos do Decreto nº 95.886. Uma terceira etapa se instaurou com o advento do governo Collor, que regulou o Programa Nacional de Desestatização mediante a Medida Provisória nº 155/1990, convertida na Lei nº 8.031/1990, que subsiste como padrão da política de privatização.

impusesse regras para garantir o bom funcionamento do setor. Buscou-se, de uma maneira geral, planejar um ambiente regulatório confiável e propício à modernização dos setores, além de solucionar problemas econômicos e políticos existentes, como forma de conferir segurança jurídica aos contratos governamentais, facilitar a entrada de capital estrangeiro e proteger as decisões técnicas de ingerências políticas ou corporativas.

Em setores econômicos e sociais, a substituição da atuação direta do Estado por uma função regulatória se mostrou uma estratégia de manutenção de um controle estatal indireto sobre o mercado frente as novas tendências globais, notadamente os fenômenos da desestatização, da modernização dos setores econômicos, da delegação da prestação de serviços públicos a entidades privadas e da flexibilização de monopólios estatais.

Convém ressaltar as três fases na relação entre o Estado e a economia identificadas por Vital Moreira (2001): a) a do modelo do Estado liberal, marcado pelo regime econômico de empresa privada e liberdade econômica e pelo exercício do Estado do papel de polícia econômica não interventora, restando inexistente a administração econômica em sentido próprio; b) a do modelo do Estado intervencionista, marcado pela coexistência da economia privada regulada e um forte setor público, onde o Estado desempenha, em extensa intervenção no setor, o papel de empresário, planejador de serviços públicos, representativo da sua dimensão social; e c) a do modelo do Estado regulador pós-intervencionista, constituído pela regulação estatal do mercado, pela garantia de serviços públicos e pela redução da interação direta entre o Estado e a economia, em representação à notável alteração das formas de administração econômica.

É no contexto dessa última fase, a do Estado regulador pós-intervencionista, que se desenvolve o atual modelo regulatório brasileiro, marcado pelos fenômenos da privatização, liberalização e desregulação de determinadas atividades econômicas não essenciais. Verifica-se um assinalável enxugamento da presença do Estado na execução direta dos serviços públicos, transferindo-se a atribuição ao setor privado, por meio das concessões, em prol de tornar a produção mais eficiente.

Todavia, isso não quer dizer que tenha havido uma diminuição da atividade reguladora do Estado. O amplo processo de privatizações e desestatizações foi acompanhado da necessidade de se defender o interesse público frente aos

interesses econômicos em determinados setores de serviços e infraestrutura recém-privatizados, de forma a garantir a concorrência, a proteção dos consumidores, a continuidade do fornecimento dos serviços públicos delegados e reduzir as falhas de mercado, tais como as externalidades negativas, assimetrias de informações e custos de transação.

Uma das medidas adotadas pelo sistema político brasileiro voltadas à concretização dos objetivos esposados foi a instalação de entes reguladores autônomos, encarregados de controlar e fiscalizar a execução dos contratos de concessão, regulamentar o comportamento dos agentes econômicos de determinados setores, especialmente o de infraestrutura, bem como repreender condutas abusivas e arbitrar conflitos entre os agentes envolvidos: os usuários de serviços públicos e os concessionários.

Há de se reconhecer que entes descentralizados e regulatórios já existiam no ordenamento jurídico brasileiro²⁰ anteriormente à reforma, a exemplo da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), do Banco Central do Brasil (BACEN) e do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), para citar alguns. Daí aduzir Sérgio Guerra (2015) que o Plano Diretor pretendeu transformar as preexistentes autarquias e fundações que exerciam atividades exclusivas de Estado em agências autônomas, sob a forma das *agencies* norte-americanas, obtendo êxito no que diz respeito ao mandato fixo dos seus dirigentes e à independência decisória em relação ao Presidente.

O modelo institucional das três primeiras agências, criadas em meados dos anos 1990, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP), foi amplamente difundido, de modo que outras oito agências federais foram posteriormente instituídas, quais sejam, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a Agência Nacional de Saúde Complementar (ANS), a Agência Nacional de Águas (ANA), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Cinema (ANCINE), a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e, a mais recente, a Agência Nacional de Mineração (ANM).

²⁰ O art. 174 da CF/88 já fazia a previsão da intervenção do Estado sobre a ordem econômica, atribuindo-lhe as funções de normatizar e regular a atividade econômica desenvolvida em seu território, por meio do exercício da fiscalização, incentivo e planejamento.

Ressalta-se que a inserção das agências não teve por base uma ampla discussão quanto ao modelo de regulação, visto que a Constituição e a legislação infraconstitucional não sistematizaram uma densidade normativa necessária e geral como marco regulatório a ser seguido pelas agências. A princípio, a definição do regime jurídico e da função regulatória ficou a cargo da lei instituidora de cada uma delas.

Modificando esse panorama, no dia 25 de junho de 2019, foi publicada a Lei nº 13.848, dispondo sobre a gestão, organização, processo decisório e controle social das agências reguladoras, além da indicação de dirigentes, uniformização do número de diretores, prazos de mandato, normas de recondução e requisitos técnicos a serem cumpridos por todos os indicados aos conselhos diretores. A Lei Geral das Agências Reguladoras Federais, como ficou conhecida, se propõe a aprimorar a governança dos entes reguladores e a minimizar parcela das fragilidades que contornam a temática.

2.2 O modelo de agências: características e competências

Em nações de língua inglesa, *regulation* traduz o conjunto de normas vinculativas impostas pelo Estado com a pretensão de moldar a conduta de indivíduos e empresas, tradicionalmente associado aos diferentes sistemas de organização político-econômica. No território brasileiro, o termo corresponde à “regulação”²¹.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003), a regulação pode referir-se a qualquer objeto social, como família, educação, saúde e trabalho, porém, de forma mais frequente, reporta-se ao conjunto de regras de conduta e de controle da atividade privada pelo Estado, com o propósito de estabelecer o funcionamento

²¹ No Brasil, o vocábulo regulação é, especialmente no plano da Economia, empregado como sinônimo de regulamentação em seu sentido amplo de formulação de regras, culminando numa confusão terminológica. A regulação não se confunde com regulamentação. Essa última decorre da competência regulamentar da Administração Pública, correspondendo à prerrogativa de editar atos gerais complementares às leis, com o fito de permitir sua efetiva aplicação. A regulamentação, dessa forma, é o ato da Administração ligado ao exercício do poder normativo. A função regulatória, por sua vez, diz respeito à intervenção realizada pelo Estado, por meio da Administração direta ou de pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração indireta, na atividade econômica, pública e privada, para controlar e orientar o mercado, bem como para proteger o interesse público. Embora também envolva a atividade normativa, a essa não se limita. A regulação, portanto, é termo mais amplo quando comparado à regulamentação.

equilibrado do mercado. Nesse último caso, envolve as atividades administrativas de fomento, polícia e intervenção estatal no domínio econômico.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003) sugere que a regulação reflete um conceito ainda em construção no contexto das relações setoriais no Estado Democrático, mas que carrega atribuições de variadas naturezas: informativas, planejadoras, fiscalizadoras e negociadoras, assim como normativas, ordinatórias, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras. A regulação alia as vantagens da flexibilidade negocial ao rigor da coercitividade estatal, prenunciando a emergência de um novo modelo de Estado e uma nova concepção do Direito, à luz da democracia material, da consensualidade, da subsidiariedade e da participação.

Já Odete Medauar (2002) analisa o fenômeno da regulação sob a perspectiva da transferência para o setor privado, tanto em países mais desenvolvidos como em países menos desenvolvidos, de atividades tradicionalmente desempenhadas pelo ente público. Nessa linha, a autora compreende que a regulação, no contexto atual, abrange a edição de normas; a fiscalização do seu cumprimento; a atribuição de habilitações, por exemplo, autorização, permissão e concessão; a imposição de sanções; e, especialmente, a mediação de conflitos, para preveni-los ou resolvê-los, utilizando variadas técnicas consensuais e democráticas, a exemplo da consulta pública, da audiência pública, da celebração de compromisso de cessação e compromisso de ajustamento; não se incluindo necessariamente na atividade regulatória a fixação de políticas para o setor.

Carlos Ari Sundfeld (2000), por sua vez, propõe o exame da regulação à luz da reestruturação dos serviços públicos, no contexto de uma sociedade cada vez mais complexa. Sustenta o gerenciamento estatal em áreas como controle sobre a concorrência prejudicial, a democratização do acesso a serviços e a proteção do consumidor, ao mesmo tempo em que questiona os limites do Poder Legislativo e de órgãos administrativos para normatizar e controlar tais atividades e as balizas do Judiciário para sanar os conflitos com alta especificidade técnica. Daí porque, no entender do autor, surgiram as agências reguladoras.

Em que pese a ausência de precisão teórica na delimitação do significado de regulação na doutrina administrativista nacional²², Vital Moreira (1997) destaca

²² Calixto Salomão Filho (2001) atenta para o fato de que no sistema brasileiro jamais se verificou tentativa de formulação de uma teoria geral da regulação, por uma simples razão jurídica que leva em

sucintamente três linhas de concepções aplicáveis ao vocábulo que norteiam o entendimento de autores brasileiros e estrangeiros: a) no sentido amplo, corresponde a toda forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos instrumentos e finalidades; b) no sentido menos abrangente, corresponde à intervenção estatal na economia por formas distintas de participação direta na atividade econômica, equivalendo ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada; e c) no sentido restrito, corresponde ao condicionamento normativo da atividade privada, por lei ou qualquer outro instrumento normativo.

À conclusão aproximada chegou Juan Miguel de la Cuétara Martínez (1997), para quem a regulação pode ser entendida de duas formas: em sentido amplo, abrangente tanto do intervencionismo simples (mera atividade de polícia) como da totalidade dos serviços públicos, monopolizados ou não; ou em sua acepção de regulação econômica, em sentido mais estrito, que se centra na regulação do livre mercado em benefício de valores coletivos que vão mais além da segurança de pessoas e bens.

No Brasil, o tema da regulação ganhou especial relevância com a Reforma do Aparelho do Estado, ocorrida na década de 1990. O Plano Diretor pôs em pauta a reformulação dos papéis desempenhados pelo Estado no que diz respeito à sociedade, à propriedade e à gestão, com vistas a ampliar a gestão eficiente e o controle social do setor público.

A revisão possibilitaria a transferência aos particulares das atividades que pudessem ser executadas de forma mais eficiente no setor não estatal, enquanto as que não pudessem, isto é, as atividades cuja prestação permanecesse sob a responsabilidade do Estado seriam igualmente reorganizadas, dissociando a formulação de políticas, regulação e controle e a execução dos serviços, sob a forma de agências²³ e organizações sociais.

conta a tradicional concepção do Estado como agente de duas funções diametralmente opostas: a ingerência direta na vida econômica e a mera fiscalização dos particulares. A prestação dos serviços públicos, de um lado, e a vigilância do mercado por meio do poder de polícia, de outro, sempre representaram para os administrativistas a totalidade das funções que o Estado poderia exercer.

²³ Imperioso fazer a distinção entre as agências reguladoras e as agências executivas. As primeiras são autarquias em regime especial, regidas pela Lei nº 13.848/2019, destinadas à intervenção em mercados específicos e à regulação, controle e fiscalização de serviços públicos prestados sob a execução da iniciativa privada, de modo a garantir a viabilidade da competição, a acessibilidade de preços e a qualidade dos serviços prestados. As últimas, por seu turno, são espécies de autarquias

Nesse ponto, a reforma administrativa inspirou-se no modelo norte-americano de agências²⁴, conduzindo ao surgimento de órgãos descentralizados que combinavam funções administrativas, de julgamento e, novidade no Direito Administrativo nacional, de criação de normas em sua esfera de atuação, em caráter complementar às editadas pelo Poder Legislativo.

Pedro Dutra (1998) elenca quatro fatores contributivos para a definição do modelo moderno: a) a necessidade de decisões em tempo econômico, dirimindo conflitos entre prestadores e entre esses e usuários, tendo em vista que setores como os de serviços públicos demandam altos investimentos de instalação e de manutenção e a solução tardia de conflitos vulnera investimentos e compromete o devido atendimento ao consumidor; b) a habilitação técnica da agência, que permite o enfrentamento da complexidade inerente aos serviços regulados, inclusive exigindo dos prestadores obediência às inovações tecnológicas; c) a tensão entre a tendência ao monopólio natural, inerente a esses serviços, e o fato de deverem ser prestados em um regime constitucional de livre mercado; e, por último, d) a tensão existente na conciliação do interesse público, simbolizada pelo conjunto dos consumidores, e o interesse privado, manifestado nas empresas prestadoras dos serviços.

Assim, muitas atividades a cargo do Estado deveriam ser remodeladas sob a forma institucional das agências reguladoras, dotadas de autonomia administrativa ampliada e de controle de resultados, que ficariam responsáveis por executar tarefas como as enumeradas por Sérgio Nelson Mannheim (1997): a) controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; b)

ou fundações públicas responsáveis por implementar as políticas formuladas pelo núcleo estratégico da Administração Pública, conforme o disposto no art. 37, § 8º, da Constituição Federal e, no âmbito da União, no art. 51 da Lei nº 9.649/1998 e do Decreto nº 2.487/1998.

²⁴ Gustavo Binenbojm (2005) esclarece que a introdução do modelo de agência reguladora norte-americana serviu a propósitos distintos, senão diametralmente opostos, do brasileiro. Nos Estados Unidos, as agências foram projetadas para incentivar mudanças e relativizar as liberdades econômicas básicas. Já no Brasil, foram implementadas visando à manutenção do *status quo* e das mesmas liberdades econômicas, evitando sua mitigação por governos futuros. Assim, o processo regulatório norte-americano foi motivado pela insatisfação para com o modelo abstencionista de Estado, enquanto, no Brasil, a ineficiência do intervencionismo vigente criou circunstâncias sociais, políticas e jurídicas propícias para a implementação de um novo perfil estatal, preponderantemente normativo e regulador, calcado em ideias econômicas liberalizantes. Por isso, apesar de ter servido de inspiração à implementação e regulamentação das agências brasileiras, não é possível recepcionar, de forma absolutamente idêntica, o modelo americano das agências em âmbito nacional, tendo em vista a falta de compatibilidade plena entre os sistemas jurídicos e os distintos momentos e cenários políticos, jurídicos, ideológicos e econômicos em que se deram a implantação das agências reguladoras em ambos os países.

universalização do serviço, estendendo-os a parcelas da população que deles não se beneficiavam por força da escassez de recursos; c) fomento da competitividade nas áreas nas quais não haja monopólio natural; d) fiscalização do cumprimento de contratos de concessão; e) arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, os investidores potenciais, dentre outros.

Nesse sentido, Barroso (2002) classifica as atividades das agências reguladoras em executivas, decisórias e normativas. A atividade executiva, de parte a própria autoadministração da agência, envolve a implementação das políticas públicas e diretrizes ditadas pelo legislador, bem como a concretização e individualização das normas relativamente ao setor público ou privado regulado, compreendidos os atos de fiscalização bem como os de natureza sancionatória, em caso de descumprimento do regramento aplicável. Ao lado do exercício de funções puramente administrativas, as agências reguladoras exercem competências decisórias, resolvendo conflitos em âmbito administrativo entre os agentes econômicos que atuam no setor e entre eles e os consumidores. Por fim, além de funções executivas e decisórias, as agências reguladoras possuem funções normativas de largo alcance, diante da necessidade moderna de agilidade nas ações estatais e pela relação cada vez mais próxima entre ação estatal e conhecimentos técnicos especializados.

Para desempenhar tais funções, às agências foi conferida a qualificação de autarquias de regime jurídico especial, com autonomia reforçada, quer dizer, com maior independência quando comparada ao modelo das autarquias já existentes. Encontram-se guarnecidas por atuação técnica e conhecimento especializado, com o propósito de disseminar maior eficiência, racionalidade e legitimidade na persecução do interesse público²⁵.

²⁵ Salienta-se que os entes reguladores, na persecução do interesse público, podem ter como objeto de tutela a política econômica, cenário mais comum, e a proteção de direitos fundamentais. No primeiro caso, as entidades almejam a ordenação e o equilíbrio do mercado e da concorrência e, por conseguinte, influem fortemente na vida econômica do Estado. No segundo caso, as entidades desempenham funções públicas de interesse geral, que repercutem diretamente sobre a política e o regime dos direitos fundamentais. Exemplos dessas últimas podem ser encontrados na Constituição da República Portuguesa de 1976, que faz a previsão, no artigo 35º, nº 2, da entidade competente para a proteção de dados pessoais, e, no art. 39º, da entidade competente para regular a comunicação social. No Brasil, menciona-se a previsão, pela Lei nº 13.853/2019, da instituição e designação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), responsável por uniformizar práticas, fiscalizar o uso e assegurar a proteção dos dados, nos termos da Lei nº 13.709/2018,

É o que dispõe o art. 3º da Lei nº 13.848/19, a Lei Geral das Agências, ao reforçar a natureza especial conferida às agências reguladoras, caracterizadas pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, além das autonomias funcional, decisória, administrativa e financeira.

De modo similar, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2000) aponta alguns atributos das agências no que tange à independência: a) política dos gestores; b) técnica decisional; c) normativa; e d) gerencial, orçamentária e financeira²⁶.

A independência política compreende a nomeação dos dirigentes pelo chefe do Poder Executivo, após aprovação do Poder Legislativo, a mandatos fixos, impossibilitada a exoneração *ad nutum*. Logo, os diretores das agências sujeitam-se à perda do cargo somente em caso de condenação judicial transitada em julgado ou de condenação em processo administrativo disciplinar, por infringência das vedações funcionais ou renúncia.

Em adição, aos dirigentes é defeso manter quaisquer vínculos com o concedente, concessionário ou associação de usuários durante o mandato e o período da quarentena, como meio de conferir maior credibilidade à sua atuação e garantir que sejam autônomos, isentos e imparciais em relação a indesejáveis influências políticas e do setor regulado.

conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Nesse aspecto, Pedro Costa Gonçalves (2019) frisa que, por terem o propósito de proteger os administrados contra a própria Administração ou a proteção de bens constitucionais, é fundamental a garantia de uma independência mais ampla, livre de qualquer influência do governo ou da administração. Por essa razão, o autor inclui, junto aos demais tipos de independência (funcional, orgânica e financeira), aquela existente perante os destinatários, visto que a independência deve projetar-se também em face do conjunto dos destinatários da ação da entidade (independência para baixo).

²⁶ A opção neste trabalho por essa classificação não exclui outras de igual relevância, como a elaborada por Gonçalves (2019): a) independência funcional, que se traduz no desenvolvimento de competências de que dispõem apenas em observância da lei e ao direito e independente de qualquer forma de ingerência ou controle do governo ou de qualquer instância política ou administrativa, a exemplo da independência técnica para execução de funções específicas da entidade, que abrange medidas, decisões e opções de caráter técnico e operacional; b) independência orgânica, que se projeta na configuração do estatuto pessoal dos titulares dos órgãos, quanto ao respectivo modo de designação e ao regime jurídico dos respectivos mandatos, como o afastamento do poder governamental de demissão livre ou discricionária dos titulares dos órgãos, proibição de renovação de mandatos e não coincidência entre os mandatos do governo e dos titulares dos órgãos; c) independência financeira, que constitui uma garantia da independência funcional e passa pela consagração de um regime legal que reconheça às entidades independentes uma capacidade de assegurar condições de cobrança de receitas próprias que permitam custear o regular desempenho das suas atribuições; e d) independência perante os destinatários, em relação ao governo – independência para cima ou vertical –, a outras entidades – independência horizontal –, e ao conjunto dos destinatários da ação da entidade – independência para baixo.

Disso decorre o tratamento cauteloso dispensado pelo art. 8º-A da Lei Geral das Agências, que determina a vedação da indicação para o Conselho Diretor ou a Diretoria Colegiada de Ministro de Estado, Secretário de Estado, Secretário Municipal, dirigente estatutário de partido político e titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados dos cargos, e seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau; de pessoa que tenha atuado, nos últimos 36 meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral; de pessoa que exerça cargo em organização sindical; de pessoa que tenha participação, direta ou indireta, em empresa ou entidade que atue no setor sujeito à regulação exercida pela agência reguladora em que atuaria, ou que tenha matéria ou ato submetido à apreciação dessa agência reguladora; de pessoa que se enquadre nas hipóteses de inelegibilidade da Lei Complementar nº 64/1990; e de membro de conselho ou de diretoria de associação, regional ou nacional, representativa de interesses patronais ou trabalhistas ligados às atividades reguladas pela respectiva agência.

A legislação examinada também veda ao membro do conselho diretor ou da diretoria colegiada: a) o recebimento, a qualquer título e sob qualquer pretexto, de honorários, percentagens ou custas; b) o exercício de qualquer outra atividade profissional, ressalvado o exercício do magistério, observada a compatibilidade de horários; c) a participação em sociedade simples ou empresária ou de empresa de qualquer espécie, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, membro de conselho de administração ou conselho fiscal, preposto ou mandatário; d) a emissão de parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou atuar como consultor de qualquer tipo de empresa; e) o exercício de atividade sindical e político-partidária; e f) estar em situação de conflito de interesse, nos termos da Lei nº 12.813/2013²⁷. Por fim, impede-lhes de exercer atividade ou de

²⁷ No que diz respeito à independência política, pertinentes são as disposições constantes da Lei nº 12.813/2013, que dispõe sobre o conflito de interesses públicos e privados no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública, em especial quando o seu exercício proporcione acesso à informação privilegiada capaz de trazer vantagem econômica ou financeira. A lei estabelece o dever de resguardo da informação privilegiada obtida em razão das atividades exercidas, instaurando o conflito quando de sua divulgação e uso em proveito próprio ou de terceiros; do exercício de atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público; do

prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por período de 6 meses, contados da exoneração ou do término de seu mandato.

Arnoldo Wald e Luiza Rangel Moraes (1999) qualificam os procedimentos para a nomeação e destituição de dirigentes e a fixação de mandatos longos, escalonados e não coincidentes com o ciclo eleitoral como arranjos que protegem a capacidade da agência de resistir às pressões de grupos de interesses no curto prazo, a exemplo da maximização do lucro, em sistemas monopolistas, a concentração de empresas em setores mais rentáveis do mercado ou a maximização das receitas fiscais.

A independência técnica decisional corresponde à tomada de decisões pelos gestores com recurso a conceitos que exigem conhecimentos técnicos e científicos sobre o setor regulado, frequentemente denominado de *expertise* ou tecnicidade. Trata-se de decisões politicamente “neutras”, destinadas a imprimir racionalidade, impessoalidade e eficiência na gestão pública, bem como reduzir a possibilidade de desvio na prática dos atos administrativos.

Aliás, a Lei nº 13.848/2019 prevê que a nomeação do Diretor-Geral e dos Diretores pelo Presidente da República deverá observar as exigências da nacionalidade brasileira, reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade. A legislação quantifica a experiência profissional exigida do indicado, além de qualificar a sua formação acadêmica como compatível com o cargo para o qual é indicado.

exercício, direto ou indireto, de atividade que, em razão da sua natureza, seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego; da atuação, ainda que informal, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes dos entes federativos; da prática de ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e que possa ser por ele beneficiada ou influir em seus atos de gestão; do recebimento de presente de quem tenha interesse em decisão do agente público fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento; e da prestação de serviços, ainda que eventuais, à empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado. Além disso, prevê quarentena de 6 meses, durante a qual estará comprometida a prestação, direta ou indiretamente, de qualquer tipo de serviço a pessoa física ou jurídica com quem tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego; a aceitação de cargo de administrador ou conselheiro ou o estabelecimento de vínculo profissional com pessoa física ou jurídica que desempenhe atividade relacionada à área de competência do cargo ou emprego ocupado; a celebração com órgãos ou entidades do Poder Executivo federal contratos de serviço, consultoria, assessoramento ou atividades similares, vinculados, ainda que indiretamente, ao órgão ou entidade em que tenha ocupado o cargo ou emprego; ou a intervenção, direta ou indiretamente, em favor de interesse privado perante órgão ou entidade em que haja ocupado cargo ou emprego ou com o qual tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego.

No que concerne ao aspecto decisional, Sérgio Guerra (2006) sustenta que, malgrado se verifique o predomínio de conhecimentos técnicos na expedição dos atos decisórios pelas agências reguladoras, não importa concluir pela existência de uma verdadeira discricionariedade técnica, mas apenas de uma discricionariedade administrativa fundamentada por critérios técnicos.

Similar é o posicionamento de Edilson Pereira Nobre Júnior (2016), para quem a atividade técnica desenvolvida pela Administração Pública, em regra, reveste-se de uma competência vinculada, a permitir seu exame pela jurisdição. Logo, inexistente uma discricionariedade propriamente dita no desenrolar da função administrativa mediante critérios técnicos, a qual somente poderá ocorrer se, diante de uma aferição especializada, disponha o administrador da liberdade em escolher mais de uma providência a ser tomada, ou quando dispuser da prerrogativa de eleger, dentre várias alternativas possíveis, uma solução técnica.

Por esse ângulo, as agências reguladoras não têm plena liberdade para escolher o seu modo de agir, tão somente exercer a regulação sobre um conteúdo técnico, revestido de natureza científica. Não há que se falar, por conseguinte, na existência de uma verdadeira discricionariedade técnica direcionada ao setor controlado, mas atividade submetida aos limites já estabelecidos pelas leis e a Constituição.

A margem de liberdade²⁸ concedida à Administração para complementar o comando legal justifica-se diante da impossibilidade do legislador, em meio à complexidade inerente aos diversos setores regulados, prever uma regulamentação detalhista para cada hipótese específica de atuação. Diferentemente do que ocorre na discricionariedade propriamente dita, aquela em que a lei atribui ao administrador duas ou mais margens de atuação para, segundo critérios de oportunidade e

²⁸ A "discricionariedade" dos agentes reguladores quanto à apreciação e decisão de matérias alusivas ao setor regulado diz respeito ao atendimento das finalidades públicas a que foram destinados, de sorte que está vinculada aos preceitos da juridicidade e da lei instituidora, aos escopos da regulação e aos interesses específicos do setor regulado. Trata-se, em verdade, de um poder-dever, em que a competência funcional a elas atribuída, como forma de descentralização da administração e obtenção de um mais ágil e eficiente controle dos serviços prestados, se volta ao alcance de fins legais, e não àqueles insertos ao interesse do agente. Baseada nisso é a interessante posição de Binenbojm (2008), para quem a teoria dos graus de vinculação à juridicidade rejeita a dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários e classifica os atos administrativos a partir da densidade normativa incidente ao caso em: a) vinculados por regras constitucionais, legais ou regulamentares, exibindo alto grau de vinculação à juridicidade; b) vinculados por conceitos jurídicos indeterminados constitucionais, legais ou regulamentares, em que o grau de vinculação à juridicidade é intermediário; e c) vinculados diretamente por princípios constitucionais, legais ou regulamentares, exibindo baixo grau de vinculação à juridicidade.

conveniência, avaliar o caso concreto e eleger a melhor solução que atenda ao interesse público; na seara decisória das agências reguladoras, não há ampla e efetiva liberdade para deliberar sobre assuntos diversos que extrapolem os limites da tecnicidade.

A atribuição de independência para elaborar normas dentro de suas esferas de atuação é apontada como uma das características elementares dos entes reguladores. Para que possam cumprir adequadamente as suas atribuições regulatórias, as agências contam com certa independência normativa, como forma de atender à necessária especificidade de normas exigidas pela regulação de setores econômicos muito singulares e acompanhar a celeridade com que se dão as mudanças nas áreas social, política e econômica.

Convém ressaltar que os atos normativos emanados pelas agências independentes decorrem de poder regulamentar²⁹, pautado em *standards* legais, e não de delegação legislativa³⁰. A atividade normativa das agências é secundária, por pressupor a existência de uma legislação a ser complementada ou desenvolvida. Por essa razão, a expedição de atos normativos, assim como não viola o princípio da legalidade, pois se dão em virtude de lei, não incorre em total inovação no ordenamento jurídico, restringindo-se a fixar obrigações complementares, subsidiárias ou derivadas que orientem os administradores e o público, observados os limites existentes na lei que lhes transferiu diretamente a função.

Essa orientação é a que mais se coaduna com o sistema jurídico brasileiro³¹, o qual, à luz da tripartição dos Poderes, veda a edição de regulamentos autônomos,

²⁹ Com o mesmo posicionamento, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003), Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2000), Alexandre Santos de Aragão (2007) e Alexandre de Moraes (2001).

³⁰ A corrente favorável à delegação legislativa, a exemplo de Egon Bockmann Moreira, argumenta a inexistência de vedação à referida delegação aos órgãos do Executivo no sistema constitucional vigente. A atuação normativa desempenhada pelas agências seria apta a apresentar natureza jurídica de norma legal, porém de hierarquia inferior às editadas pelo Poder Legislativo. Desse modo, a competência normativa das agências revelaria a possibilidade de criação de atos normativos primários, isto é, substantivos e inovadores, ainda que limitados às normas hierarquicamente superiores e demais princípios e regras do ordenamento jurídico.

³¹ Nesse sentido se manifestou o Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de medida cautelar, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668, em que discutiu a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.472/1997, notadamente aquele que conferia à ANATEL poderes para realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência, por ofensa ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal. No julgamento, a dúvida suscitada pela Lei era se a agência poderia editar resoluções que viessem a derogar, por exemplo, a Lei de Licitações, o que dependeria da ação da tese da deslegalização. O STF rejeitou tal possibilidade, afirmando, em interpretação conforme à Constituição, que a competência normativa da ANATEL apresenta caráter regulamentar e, por conseguinte, encontra-se submetida aos limites constitucionais e legais. Como consequência, conferir

salvo exceções previstas constitucionalmente³². Destarte, a competência normativa das agências não equivale ao exercício de real função legislativa, mas administrativa de intervenção no domínio econômico, ainda que sua aplicabilidade apresente caráter genérico³³.

Por fim, a independência gerencial, orçamentária e financeira refere-se à autonomia de gestão das agências para elencar os instrumentos de regulação adequados ao atingimento dos objetivos pretendidos e destinar as receitas obtidas nos limites da disponibilidade de recursos materiais e humanos, à garantia das condições internas da execução das atividades regulatórias.

A respeito, o art. 3º, § 2º, da Lei nº 13.848/2019, estabelece que a autonomia administrativa da agência reguladora inclui seguintes competências: a) solicitar diretamente ao Ministério da Economia a autorização para a realização de concursos públicos; o provimento dos cargos autorizados em lei para seu quadro de pessoal, observada a disponibilidade orçamentária; alterações no respectivo quadro de pessoal, fundamentadas em estudos de dimensionamento, bem como alterações nos planos de carreira de seus servidores; b) conceder diárias e passagens em deslocamentos nacionais e internacionais e autorizar afastamentos do país a

plena autonomia normativa às agências incorreria em usurpação de competências constitucionalmente repartidas e violação ao princípio da separação dos Poderes.

³² Consoante entendimento de Nobre Júnior (2016), o regulamento autônomo, decorrente de uma competência legislativa que encontra previsão na Constituição, deve ser apto a produzir efeitos *ad extra*, prevendo disposições que sejam de observância obrigatória aos particulares. Isso posto, a previsão do art. 84, VI, *a*, da CF/88, defendida por parte da doutrina como regulamento autônomo, na verdade, caracteriza-se como hipótese de regulamento orgânico ou administrativo. Não obstante, defende o autor que o art. 237 da Constituição pode ser compreendido como exceção que autoriza a edição de regulamento autônomo, ao dispor que a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior serão exercidos pelo Ministério da Fazenda, produzindo, assim, efeitos *ad extra* típicos do regulamento autônomo.

³³ A propósito, García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (2000) discorrem que a competência de expedir regulamentos executivos pode ser manifestada mediante as técnicas da remissão normativa ou da deslegalização. A primeira ocorre quando a lei transferir à norma secundária, a ser elaborada pelo Poder Público, a tarefa de realizar a disciplina dos elementos complementares à lei. Já a segunda é verificada quando a lei, sem estabelecer qualquer disciplina material do assunto, transfere da esfera legislativa a disciplina do tema à Administração Pública para ser exercida por regulamento. No contexto do ordenamento brasileiro, a remissão legislativa deve se ater ao complemento indispensável, em termos de precisão e especificidade, a conferir execução à lei regulamentada e nos moldes por ela delineados, em observância aos princípios da supremacia e reserva de lei. Do mesmo modo, deve-se considerar que não pode haver uma deslegalização geral de toda a atividade legislativa, sendo substancial a existência de uma delimitação mais ou menos precisa da matéria a ser regulamentada, sob pena de infringir o princípio da reserva de lei, estampado no artigo 5º, II, da Constituição. Por esse motivo, a Constituição de 1988 dispõe, no art. 68, que as leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, após solicitação da delegação ao Congresso Nacional, feita sob a forma de resolução, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

servidores da agência; e c) celebrar contratos administrativos e prorrogar contratos em vigor relativos a atividades de custeio, independentemente do valor.

Além das dotações orçamentárias gerais, permite-se a participação em contratos e convênios e a instituição de taxas de regulação e de fiscalização dos serviços concedidos ou permitidos, como encargo contratual, previamente autorizado por lei, de custear as despesas com a fiscalização e controle da execução dos serviços, a serem cobradas do concessionário ou permissionário de serviços diretamente pela agência.

Marcos Juruena Villela Souto (1999) faz uma ressalva quanto à independência em destaque, ao afirmar que ela envolve, além da autonomia na gestão interna e das rubricas orçamentárias próprias, a arrecadação de receitas provenientes de outras fontes, como as taxas de fiscalização e regulação ou as participações em contratos e convênios, as quais permitem a independência de recursos orçamentários, mas, ao mesmo tempo, submetem as agências à crítica de serem custeadas pelo sujeito fiscalizado.

Nesse cenário, há que se ter em vista o risco de enfraquecimento da política regulatória diante de ingerências inadequadas pelo setor regulado e a necessidade de manutenção de uma equidistância entre os interesses envolvidos no processo regulatório.

Emerson Affonso da Costa Moura (2010), em comentário sobre a atribuição dessas prerrogativas específicas das agências, atesta que o novo paradigma para a gestão da Administração Pública rompeu com uma estrutura piramidal, na qual os agentes políticos figuram no ápice, exercendo o controle sobre os demais agentes e sendo responsabilizados politicamente perante a atuação administrativa, para dar vez a uma configuração policêntrica, na qual os entes reguladores situam-se em esfera jurídica externa à responsabilidade política do governo.

O desempenho de funções executivas, como concessão e fiscalização; legislativas, como a criação de regras e procedimentos com força normativa em sua jurisdição; e judicantes, a exemplo de julgamentos, imposição de penalidades, interpretação de contratos e obrigações, pretendeu demarcar um espaço de “neutralidade técnica” e “blindagem política”³⁴ para as agências brasileiras, evitando

³⁴ Empregam-se aqui as ideias de forma análoga à que faz Maria das Graças Rua (1997), ao indicar que os valores implícitos no princípio da neutralidade burocrática são extremamente desejáveis se

interferências externas inadequadas no arbitramento dos interesses no processo regulatório. Não obstante, a maior ou menor extensão do exercício dessas competências tem suscitado questionamentos doutrinários diversos, em especial com relação ao controle político, à responsividade social e à legitimidade democrática da atuação dos entes reguladores.

2.3 Os desafios da atividade regulatória contemporânea

As reformas do Estado dos anos 1990 ocorreram em conjunturas nacionais específicas de sociedade, cultura, política e economia, as quais, na atualidade, apresentam-se ainda mais complexas. A globalização tem proporcionado o surgimento de um variado conjunto de interesses econômicos e políticos de governos e de corporações financeiras no processo regulatório, bem como uma expansão da democracia nas sociedades contemporâneas, a impor ajustes nos padrões de atuação estratégica dos Estados nacionais.

Fatores como esses têm tornado decisiva a análise do alcance e dos limites da intervenção regulatória do Estado e do seu modelo de gestão de políticas públicas, a fim de proporcionar a ampliação da capacidade de governo, da legitimidade política e da eficiência na provisão de bens e serviços para a sociedade.

Christopher Pollitt e Geert Bouckaert (2002) aduzem que, a despeito de muitos países terem sido afetados pelas ideias dos novos modelos de gestão pública, o foram com graus distintos de intensidade. Cada país adaptou os ingredientes da reforma de maneira a produzir, individualmente, receitas nacionais diversas, calcadas em suas particularidades históricas e culturais.

Isso não significa dizer que o arranjo institucional escolhido pelos ordenamentos esteja imune a revisitações. Ao contrário, o teste de realidade pelo

considerados abstratamente sob a perspectiva ética. Sob a ótica dos valores democráticos, não há como negar a importância do combate ao favoritismo, à patronagem, à venalidade, à discriminação, em favor do profissionalismo, do mérito e da imparcialidade. Valores como esses devem orientar os padrões de conduta destinados a assegurar a previsibilidade essencial à realização dos fins individuais e coletivos sob o império da lei. Por outro lado, politicamente, não se pode falar em Estado puramente neutro, tendo em vista que a sustentação político-parlamentar e os vínculos com as diversas coalizões de interesses que se constituem como atores políticos em sociedades minimamente inclusivas são traços típicos de todo governo democrático que não esteja em decadência. Assim, a autonomia perseguida é aquela que permite aos órgãos estatais a capacidade de ocupar posições centrais no governo; de formular preferências políticas; de ajustar os objetivos aos procedimentos já estabelecidos; a disponibilidade de qualificações para comando ou gerenciamento das atividades; e a capacidade de controlar a implementação das decisões públicas.

qual passaram muitos dos países desde a implementação das reformas gerenciais revelou desafios a serem enfrentados pelos órgãos reguladores e pela sociedade, que demandam um processo contínuo de análise e aperfeiçoamento, com vistas a conformar o desempenho regulatório às exigências do interesse público.

Charles Polidano, David Hulme e Martin Minogue (1999) consideram que a institucionalização das reformas gerenciais é questão que envolve condições e circunstâncias que variam de um país para outro, culminando com resultados complexos e ambíguos. De modo geral, a experiência comparada, especialmente nos países em desenvolvimento, revela consideráveis limites, mesmo quando existem compromissos formais dos governos quanto a implementação das reformas de governança.

Semelhante é o posicionamento de Peter Evans (2004), que, referindo-se ao *institutional monocropping*³⁵, alerta para a indispensabilidade, especialmente na relação entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento, de que as políticas de reforma sejam ajustadas às condições e contextos socioculturais em que elas se inserem, evitando a adesão a fórmulas prontas e universais de políticas de desenvolvimento³⁶.

Flávio da Cunha Rezende (2009) aduz que as transformações institucionais são mais difíceis de ocorrer em contextos de países em desenvolvimento nos quais se verificam sistemas de gestão de políticas públicas marcadas por elevados níveis de fragmentação e descoordenação, elevada interferência da política sobre a administração e com reduzida capacidade gerencial, como é o caso da América Latina. Por essas razões, criar instituições orientadas pela *performance* em contextos marcados por forte tradição de *rent-seeking*, corrupção e clientelismo

³⁵ Para o autor, a “monocultura institucional” diz respeito à imposição de projetos baseados em versões idealizadas de instituições anglo-americanas, cuja aplicabilidade se presume transcendente às circunstâncias e culturas nacionais. Da importação acrítica de modelos estrangeiros, decorrem resultados decepcionantes, acarretando uma mudança institucional que diminui, em vez de aumentar, a contribuição e a experimentação local.

³⁶ Flávio da Cunha Rezende (2002) identifica acertadamente que uma das razões primordiais para que as reformas administrativas falhem de modo sequencial é que essas são usualmente formuladas de maneira padronizada (*one size fits all*), desconsiderando a grande diversidade organizacional existente na burocracia moderna. As reformas tornam-se incompatíveis com os reais problemas enfrentados pelas organizações da Administração Pública moderna e tendem a representar formas estilizadas sobre o que deve ser feito para elevar a *performance* sem um maior conhecimento da realidade. Porém, como muitos dos problemas de desempenho variam de acordo com as agências administrativas do governo, as políticas de reforma dificilmente dão conta das especificidades e nuances necessárias para transformá-lo efetivamente, perdendo seu grau de operacionalização e de cooperação com os objetivos da reforma.

aparece como um dos principais desafios de implementação dos modelos de governança desejados.

Partindo do pressuposto de que a implementação das políticas gerenciais e regulatórias dependem em grande parte das particularidades locais de mercado, política e instituições, bem assim da forma como se dá a relação entre essas categorias, a reforma gerencial brasileira ainda possui grandes desafios no presente.

No ambiente regulatório brasileiro, observa-se, por exemplo, a proliferação de interesses econômicos e políticos, assimétricos e conflitantes, que não raramente entram em choque com o interesse público. O panorama revela que a atividade regulatória lida diretamente com uma diversidade de relacionamentos institucionais, muitos deles empenhados em manipular sua índole técnica e angariar vantagens setoriais.

Por esse ângulo, uma dificuldade da estrutura institucional das agências é equilibrar os interesses dos sujeitos envolvidos na relação regulatória. Para isso, os entes precisam utilizar-se de prerrogativas especiais, que lhes assegurem significativa independência no exercício de suas funções, afastando a sujeição às dinâmicas eleitoral e empresária. Quando há um desequilíbrio no exercício da independência dos entes reguladores, surge o perigo da captura, ou seja, de que prevaleça os interesses de um dos polos envolvidos na regulação, seja o dos agentes regulados ou de grupos politicamente influentes, em detrimento do interesse coletivo.

Uma das salvaguardas que lhes asseguram a condição de autonomia é a estabilidade dos dirigentes, nomeados pelo Chefe do Executivo e aprovados pelo Senado Federal. No plano nacional, no entanto, tradicionalmente, nomeações a cargo do Chefe do Executivo, embora legítimas, já que realizadas por autoridade eleita democraticamente, estão sujeitas a fortes ingerências políticas, a favor de conveniências partidárias e eleitorais dos ocupantes do poder, que podem macular a credibilidade das decisões tomadas pela agência.

Por outro lado, a regulação corre o risco de satisfazer apenas os interesses privados dos agentes econômicos exploradores da atividade regulada, isentando-os do risco do negócio, garantindo seus lucros e distribuindo eventuais prejuízos para a população, como é o caso da autorização de reajustes de preços nos setores de telefonia, energia elétrica e planos de saúde em descompasso com a realidade

inflacionária ou do poder aquisitivo dos consumidores. Nesse caso, a agência passa a proteger e beneficiar os interesses do *lobby* dos setores regulados.

Paulo Calmon Nogueira da Gama (2004) aponta que a atual supervalorização da tecnocracia econômica, em excessiva adoração ao capital e desprezo às questões sociais e humanas, ocasiona graves distorções no modelo regulatório adotado. Esse, inclusive, em muitos casos, encontra-se fragilizado desde sua origem, pois há agências que foram criadas às pressas para proporcionar as privatizações mais imediatas, cujas leis próprias, as quais definiriam de modo particularizado suas atribuições, direção, quadros, forma de atuação, poderes e demais características, previram estruturas deficientes, inaptas a exercer efetivo controle sobre os setores complexos, organizados e poderosos da economia nacional.

No mesmo sentido, Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti (2000) discorre que a figura da agência encontrou dificuldades de adaptação em vários ordenamentos jurídicos, tanto em face aos sistemas jurídicos existentes, como em face às molduras constitucionais nem sempre adequadas ou compatíveis com a figura do ente regulador autônomo. O princípio da legalidade apresenta-se, por vezes, como um dos entraves ao adequado funcionamento dessas entidades, assim como a necessidade de os entes estarem aptos para exercerem os inúmeros papéis a que são destinados, sem ingerência do poder político ou do poder econômico, sem perda de efetividade, sobretudo diante da estrutura estatal de um Estado subdesenvolvido, assolado por focos de corrupção.

O fenômeno da captura vai de encontro ao preceito fundamental da instituição dos órgãos de regulação, ao acarretar o comprometimento da sua independência, a distorção de suas finalidades e o descrédito deles junto aos usuários dos setores regulados. Nessa perspectiva, a captura dos agentes reguladores retira a autonomia de decisão a ser tomada, caso a nomeação dos dirigentes decorra de razões meramente políticas e alheias à qualificação técnica exigida para a função, repercutindo favoravelmente aos interesses do governo; e privilegia o setor privado, quando esse estimula a presença de pessoas voltadas a interesses unicamente particulares na composição do Conselho ou quando empreende esforços para promover regulações favoráveis a tais setores.

Dessa forma, é preciso garantir que os órgãos reguladores representem o Estado com firmeza e cumpram com eficiência suas funções primordiais de controle,

acompanhamento e fiscalização dos serviços desestatizados, tutelando o interesse dos indivíduos diretamente atingidos pelo conteúdo da regulação e evitando o enviesamento de suas finalidades. Para tanto, sua atuação deve manter-se congruente com os princípios da ordem econômica constitucional e com os ditames das leis regulamentadoras, o que, por vezes, não acontece, com o objetivo de proteger a coletividade contra condutas que reflitam o abuso do poder político e econômico.

Na visão de Anna Maria Campos, Jorge Paula Costa Ávila e Dércio Santiago da Silva Júnior (2000), o maior desafio de qualquer sistema de regulação é evitar que venha a ser capturado pelos grupos de interesse mais bem organizados e articulados, não necessariamente alinhados às estratégias e políticas governamentais de desenvolvimento, e, concomitantemente, realizar uma regulação que não desestime a ação privada.

Em paralelo à questão da captura regulatória na contemporaneidade, Rezende (2009) aponta para os processos de ampliação da democracia política nas sociedades contemporâneas, nos quais as crescentes demandas por democratização e participação social na gestão pública passam exigir dos sistemas de autoridade uma maior complexidade decisória, maior abertura aos conflitos gerados pela inclusividade e competição política e mais atenção a questões relativas à eficiência. A descentralização, flexibilidade, inclusão e controle social passam a ser valores das sociedades democráticas a demandarem contínuo aprimoramento.

Nesse contexto, é oportuno mencionar a discussão quanto ao déficit de legitimidade democrática no âmbito de atuação das agências reguladoras, notadamente diante de sua competência para expedição de atos normativos. Essa deficiência se expressaria na própria capacidade normativa dos entes, visto que a independência a eles concedida em relação à Administração central, diante do mandato fixo que têm seus dirigentes, imune à alteração de diretriz política, poderia ser considerada uma afronta à legitimidade do Chefe do Poder Executivo, cuja investidura decorre de eleição direta. Por esse raciocínio, haveria a possibilidade de as políticas setoriais desenvolvidas pelas agências contrariarem os interesses políticos ditados pelo governo democraticamente eleito e violar frontalmente o princípio da representatividade.

A legitimidade das agências para expedir normas se apoia na precedência de procedimento administrativo previsto nas leis criadoras, estatutos promulgados de

maneira democrática, encarregadas de delimitar seus objetivos e limites de operação, com observância dos princípios administrativos, como o da eficiência, da subsidiariedade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Atenta-se apenas para a necessidade, em campo legislativo, de elaboração de leis com suficiente grau de densidade normativa, que antecipem adequadamente a atuação da Administração a ser efetivada de acordo com as diretrizes democráticas.

Eloísa Carbonell (1996) destaca a primordialidade do respeito ao princípio inteligível disposto na lei, na medida em que ele especifica claramente quais são os critérios a que a agência deve se ajustar, por meio da fixação de *standards* concretos. Deve-se ter em mente que a concretização legislativa da extensão dos poderes da agência é fundamental para reduzir a discricionariedade administrativa e permitir um controle judicial efetivo.

Para Cavalcanti (2009), o *standard* legal deve prever uma densidade mínima e suficiente para proporcionar equilíbrio entre legalidade e dinamismo nas normatizações secundárias, e evitar transformar a lei em simples e abstrato fixador de competências.

Além disso, os agentes reguladores são nomeados por autoridades eleitas e as normas editadas se pautam em regras formais, editadas pelo Poder Legislativo, muitas vezes exigindo a participação do setor regulado, da sociedade, sobretudo após a EC nº 19/1998, e na justificação do ato, como forma de melhorar a transparência de sua gestão, preservar a crença de que são as mais indicadas para o exercício das funções a elas confiadas e permitir o seu controle pela sociedade e pelo Judiciário.

Não é de se desmerecer, contudo, o realce que se tem atribuído à participação popular no processo de regulação, por meio de audiências, consultas públicas e conselhos consultivos, antes previstos em disposições legais aplicáveis apenas a algumas agências³⁷. É com a participação da sociedade, esfera

³⁷ A título de exemplo, é de se mencionar que as leis instituidoras da ANATEL (Lei nº 9.472/1997), ANP (Lei nº 9.478/1997) e ANEEL (Lei nº 9.427/1996) preveem a realização de audiências ou consultas públicas, permitindo a participação de indivíduos ou de grupos interessados em oferecer sugestões e requerer esclarecimentos a respeito de processos administrativos decisórios ou dos atos normativos das agências. Embora o resultado do debate público não tenha caráter vinculante, eventual omissão na observância do procedimento gera invalidade da norma editada. As críticas e sugestões, portanto, devem ser examinadas, fundamentadas e postas à disposição dos cidadãos para que se dê publicidade às razões que motivaram a decisão do ente regulador.

diretamente afetada pela regulação, que se sabe com exatidão as necessidades coletivas, ao permiti-la opinar e propor sobre projetos, prestação de serviços públicos e atuação do Conselho Diretor, acompanhando e direcionando a atuação dessas autarquias ao atendimento dos anseios públicos.

A Lei nº 13.848/2019 introduziu a obrigatoriedade para todas as agências reguladoras de realizar consultas públicas antes de editar atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados; e o dever de disponibilizar, em meio eletrônico, atos e propostas das agências submetidos à participação popular e seu relatório anual de atividades, tornando-os mais acessíveis à população.

Embora as disposições pretendam estimular o debate acerca do atual modelo de regulação e encontrar possíveis soluções para os problemas existentes na estrutura regulatória, pode-se constatar que o controle social no contexto das agências é ainda realizado de forma extremamente tímida e opinativa, desprovida de qualquer poder de coerção.

Ademais, não se afasta a dificuldade existente na realização de audiências e consultas públicas para tratar de temas de competência das agências reguladoras de elevadas especificidades técnicas, cujo conhecimento os destinatários da regulação, presentes nas audiências e consultas, não dispõem. Ao contrário, é necessário que a sociedade possa efetivamente deliberar, conduzir e controlar as políticas públicas, sem prejuízo da realização das ponderações técnicas necessárias relativas aos setores de infraestrutura regulados.

Daí que integrar a efetiva participação social nas ações governamentais de regulação também parece ser desafio a ser superado pelos gestores públicos na atualidade. De modo geral, a ampliação da participação social aperfeiçoa a forma como se exerce a função regulatória em tempos atuais, conferindo maior transparência ao processo decisório efetivado, prevenindo o risco de captura e legitimando democraticamente as atividades das agências, como forma de suprir a ausência de sujeição dos cargos diretivos aos procedimentos de *accountability* eleitoral. Portanto, em harmonia com a concepção de um Estado Democrático de Direito.

Essa posição é endossada por Christopher Hood (2001), para quem a transparência assume posição de centralidade nas discussões contemporâneas sobre governança democrática moderna e reforma do serviço público, já que o

amplo acesso à informação e a eliminação do segredo são condições de prevenção da corrupção e de promoção da *accountability* pública. É, em verdade, um remédio contra a má administração.

Nesse horizonte, o atual desenho das agências reguladoras no ordenamento brasileiro compreende dificuldades centradas em demandas contemporâneas de padrões de relacionamento entre o Estado, a economia e a sociedade civil e orientados pelos postulados gerenciais da legitimidade, transparência, eficiência e credibilidade, que exigem adaptação, flexibilidade e capacidade de aprendizagem contínua por parte daquelas.

Luiz Alberto dos Santos (2009) ressalta, lucidamente, que é com o enfrentamento dos desafios que um novo patamar de desenvolvimento da governança regulatória no Brasil poderá ser alcançado e serão superados obstáculos institucionais para que a qualidade da regulação no país atinja níveis superiores e compatíveis com o grau de desenvolvimento da sua democracia.

3 AS TEORIAS DA REGULAÇÃO E O FENÔMENO DA CAPTURA

3.1 As teorias do interesse público, do interesse privado e institucionalista

Ao longo dos anos, inúmeras doutrinas no campo da política e da economia dedicaram-se a formular argumentações teóricas que justificassem a ação estatal sobre a economia, buscando responder o questionamento sintetizado na pergunta formulada por Lúcia Helena Salgado (2003): qual o porquê da regulação econômica?

O campo da Economia Política, nos séculos XVIII e XIX, dedicou-se a explicar os sistemas de mercados em paralelo com a atuação estatal. Os primeiros modelos surgidos a partir daí, valendo menção ao de Adam Smith³⁸, buscaram defender o Estado mínimo, que confiava na mão invisível do mercado, livre e concorrente, para promover o bem comum. O Estado deveria limitar-se a velar pela segurança dos indivíduos e proteger a propriedade privada, não lhe competindo intervir nas relações travadas no âmbito social, nas quais se supunha que indivíduos formalmente iguais perseguiriam os seus interesses privados, celebrando negócios jurídicos, limitados tão somente pela concorrência existente. A dinâmica da autorregulação do mercado proporcionaria a harmonização das relações econômico-sociais e a maximização do bem-estar da sociedade.

No entanto, a racionalização da ideia de mercados competitivos idealizou um modelo de mercado concorrente que, na prática, se mostra inviável. A título de ilustração, o modelo pressupõe a existência de diversas firmas no mercado, sem que haja dominância entre elas; a ausência de externalidades; e a existência de informações completas entre os agentes econômicos, pressupostos que não se encontram presentes em boa parte dos mercados.

Ao revés, podem ser citadas três circunstâncias comuns que impedem os mercados livres de funcionarem da maneira adequada: a) a existência de

³⁸ Em “A riqueza das nações”, Adam Smith (1976), principal teórico do liberalismo econômico, defendeu a ideia central do modelo: a existência de total liberdade econômica para que a iniciativa privada possa se desenvolver sem a interferência de reguladores ou interventores. A livre concorrência entre os agentes econômicos regularia o mercado, provocando a queda de preços e o desenvolvimento tecnológico necessário para acelerar o ritmo de produção e melhorar a qualidade dos produtos. Com isso, a prosperidade econômica e a acumulação de riquezas seriam alcançadas.

monopólios naturais; b) a ocorrência de externalidades; e c) a existência de assimetrias informacionais.

A primeira circunstância refere-se aos monopólios naturais, que representam uma situação de mercado em que os custos fixos são elevados e os custos variáveis, muito baixos. Por isso, o custo médio por serviço diminui à medida que a produção de bens e serviços aumenta, motivo pelo qual a eficiência da produção é alcançada pela existência de somente uma empresa. É o que acontece com os serviços que implicam a instalação de uma rede de distribuição, como água, eletricidade e telecomunicações. Se duas ou mais empresas competem na prestação desses serviços, cada uma precisaria assumir um custo fixo referente à construção da rede de tubulações ou fiações, logo o custo total médio do serviço é menor se só uma delas supre o mercado.

A segunda circunstância diz respeito à falha de mercado denominada externalidade, que surge quando a ação de um agente econômico leva em conta os benefícios e custos privados e desconsidera os benefícios ou custos sociais. Ou seja, tem-se a externalidade quando a ação de uma empresa ou de um indivíduo afeta o bem-estar de outro, negativa ou positivamente. É o caso do embate entre pecuaristas e agricultores, exposto por Ronald Coase (1960): na ausência de cerca entre as propriedades que impeça o rebanho de invadir e destruir as plantações dos terrenos vizinhos, os agricultores são influenciados negativamente pelos pecuaristas. O oposto ocorre com as campanhas de imunização contra doenças, que não beneficiam apenas a quem se vacina, mas também a coletividade, ao impedir que a doença se prolifere.

A última circunstância alude às informações disponíveis sobre bens e serviços em um mercado. A falha da assimetria de informação ocorre quando uma parte de uma transação comercial possui maior conhecimento em relação ao objeto negociado, aos custos da firma e ao nível de esforço por ela empreendido do que a outra parte, o que pode levar a resultados ineficientes em certos mercados.

Para Helder Pinto Júnior e Melissa Cristina Pinto Pires (2000), a explicação para o fenômeno é simples. É atraente às firmas ocultar o máximo de informações que dizem respeito a sua estrutura de custos, pesquisa e desenvolvimento, tecnologias, capacidade financeira e demais aspectos, uma vez que espelham conhecimento capaz de beneficiar e orientar as estratégias dos concorrentes. A disponibilidade de informações liga-se diretamente à formação de estratégias

empresariais em ambientes competitivos e variantes como o que os agentes sabem, o que eles acham que os seus concorrentes sabem, o que eles imaginam que seus concorrentes saibam a seu respeito e o que eles pensam que os outros agentes sabem com relação às informações que eles detêm.

É o que acontece com as seguradoras. Como explica Joseph Stiglitz (1986), de maneira geral, elas cobram um valor médio pelos seguros, o que faz com que os indivíduos de baixo risco se afastem dos convênios que lhes são preferenciais, tendo em vista concluírem que a transação não é vantajosa. Como consequência, o custo médio do seguro aumenta, como forma de compensar a permanência dos indivíduos de alto risco. Desse cenário, resulta que a adesão a um determinado seguro deixa de valer a pena para segurados de baixo risco, acarretando o aumento do valor médio do seguro e a diminuição do número de segurados.

A existência de falhas de mercados como as mencionadas é uma das justificativas para o estabelecimento de mecanismos regulatórios pelo Estado. Além de pontos de largada, são variantes indispensáveis para elucidar as razões pelas quais os mercados funcionam e, ocasionalmente, falham.

Nesse contexto, insere-se a abordagem proposta pela Teoria do Interesse Público, dominante até meados dos anos 1960, descrita por Paul Joskow e Roger Noll (1981) como a análise normativa como teoria positiva, que tem por fundamento a existência de falhas de mercado e a intervenção estatal eficiente. A ideia central da teoria é que os mercados competitivos garantem a melhor alocação possível de recursos escassos para bens e serviços individuais e coletivos na sociedade. Excepcionalmente, na hipótese de surgirem imperfeições de mercado, o Estado deve nele intervir e regular, a fim de corrigir o desequilíbrio apresentado em proveito do bem-estar social.

Daí afirmar Richard Posner (1974) que as intervenções regulatórias são respostas estatais a demandas públicas pela correção de ineficiências e desigualdades no funcionamento do livre mercado. Cada medida regulatória funda-se numa imperfeição de mercado, cuja existência fornece justificativa suficiente e satisfatória para a regulação.

Com efeito, o Estado intervém na economia, assumindo a figura do ditador benevolente, com o propósito de assegurar que a busca pelo interesse privado não se choque com a busca pelo interesse público. Ao induzir as empresas a produzirem resultados desejados socialmente e ao garantir a alocação ótima de recursos em

situações em que essa não seria alcançada pela atuação espontânea e exclusiva do mercado, os legisladores e reguladores minimizam as perdas de bem-estar associadas às falhas e, por consequência, maximizam o bem-estar social.

Ademais, se órgão regulador não estiver atendendo ao interesse público, presumir-se-ão deficiências técnicas quanto aos meios empregados na regulação, que podem variar conforme diversos elementos, como legislação incompleta, administradores ineficientes ou corruptos e falta de recursos ou poderes para os entes reguladores atuarem com efetividade.

A teoria parte do pressuposto de que os reguladores dispõem das informações necessárias e dos poderes de execução suficientes para promover efetivamente o interesse público. Similarmente, assume que os políticos agem de acordo com o interesse público, que o processo por eles desenvolvido é eficiente e que as informações sobre os custos e benefícios da regulamentação são amplamente disponibilizadas.

Dessa forma, a perspectiva da regulação econômica propagada pela Teoria do Interesse Público volta-se às intervenções cujo objetivo seja aprimorar o funcionamento do mercado onde se constatar a existência de falhas. Estabelecidas as medidas regulatórias, supõe-se que as ineficiências geradas pelas falhas são eliminadas ou minimizadas. Com isso, assegura-se a eficiência no resultado da interação entre produtores e consumidores de determinado bem ou serviço e quantidades, qualidade e preços adequados em um mercado específico.

Por outro lado, Kip Viscusi, Joseph Harrington e John Vernon (2005) recordam que a regulação ocorre tanto por meio de agentes legislativos como de reguladores. Nessa visão, a teoria omite-se quanto aos ganhos de bem-estar gerados pela influência da retificação dos desequilíbrios de mercado sobre a tomada de decisão de políticos e reguladores. Não raramente, os resultados da regulação favorecem aos interesses da própria indústria regulada, em vez de atender ao interesse público.

Aderindo ao mesmo raciocínio, Avinash Dixit (1996) assinala que, mesmo ao tentar incluir as falhas de mercado na abordagem, a teoria incorre em forte simplificação, ao abstrair as instituições políticas e econômicas. Para o pesquisador, os adeptos da corrente teórica argumentam que suas análises sugerem políticas que levariam a bons resultados se implementadas de acordo com suas recomendações, sem alterações pelo processo político. Não obstante, questões políticas far-se-ão

presentes nos estágios de aprovação, implementação e manutenção de determinada política, não sendo possível ignorá-las.

Mariana Batista da Silva (2010) entende que essa crítica, além de questionar a suposição de que a ação estatal é eficiente e livre de custos, atendendo ao seu propósito, de forma neutra e orientada para o interesse público, denota a impossibilidade de resistência da teoria a um exame empírico. A teoria se revela incompatível com a realidade, mesmo que parcialmente, tendo em vista a ausência de efetiva comprovação quanto à necessidade de intervenção estatal em mercados onde as falhas ocorrem.

Os próprios teóricos normativos reconhecem a deficiência da aplicabilidade das soluções normativas. Jean-Jacques Laffont e Jean Tirole (1990), por exemplo, notam que suas abordagens não consideram alguns aspectos importantes do processo de tomada de decisões dos governos e provavelmente as questões mais interessantes da ciência política.

As críticas formuladas à Teoria Normativa da Regulação deram margem ao surgimento de outra vertente teórica, que busca justificar a intervenção estatal nos mercados mediante a constatação de que o Estado não se constitui uma organização totalmente neutra e eficiente.

A Teoria do Interesse Privado associa a atividade regulatória à existência das falhas de governo, ao pressupor que qualquer política que seja adotada para sanar a falha de mercado existente produzirá efeitos sobre os mais diversos agentes econômicos, uma vez que são todos racionais e maximizadores de interesses privados. Ou seja, a teoria prevê que os agentes comportar-se-ão com vistas a influenciar a política implementada, impedindo-a ou protegendo-a, de acordo com a forma que são afetados por ela.

Na compreensão de Bronwen Morgan e Karen Yeung (2007), a legislação, de modo geral, é um bem econômico que possibilita o trânsito de outros bens. Por esse motivo, a política de regulação pressupõe a disputa entre diversos grupos de interesses colidentes em busca da aprovação de marcos regulatórios que possibilitem a impulsão ou o prejuízo de certas transações comerciais. Nessa conjuntura, o Estado é um ator diretamente envolvido e interessado no regime normativo a ser proclamado, mas não poderá atender aos interesses da totalidade dos grupos, inclinando-se para beneficiar aqueles que estejam em consonância com os seus próprios interesses.

A Teoria Econômica da Regulação desenvolve-se nesse contexto, por iniciativa de George Stigler, e propõe que a atividade regulatória não é instituída fundamentalmente para proteção e benefício do interesse público. Ao contrário, a regulação é desenhada e operada principalmente para o benefício da indústria regulada, por meio de uma dinâmica de oferta e procura que implica uma redistribuição de riqueza, gerando custos e benefícios para grupos diferentes, que buscam torná-la favorável a seu bem-estar. Em função disso, Stigler (1971) afirma que o Estado, a depender do ponto de vista, pode representar uma fonte potencial de ameaça ou de recursos para a economia.

Pressupondo a regulação como fruto dos interesses de grupos específicos, o autor ressalta que os grupos menores e mais homogêneos, como produtores de um bem determinado, são mais eficientes no processo de influência da regulação quando comparados com os grupos maiores e mais difusos, a exemplo dos consumidores, devido aos anseios mais bem delimitados, menores custos de organização e maiores ganhos potenciais *per capita* que aqueles possuem em relação a estes³⁹. Por essa razão, reiteradamente, a regulação beneficia os agentes regulados, visto que esses têm melhores condições financeiras para arcar com a regulação quando comparados com grupos dispersos e com pouca disponibilidade financeira, tal qual os consumidores.

A respeito da oferta de regulação, Sam Peltzman (1989) aperfeiçoou a teoria, sustentando que os seus responsáveis, isto é, os políticos, também são considerados maximizadores de interesses particulares, notadamente o apoio político-financeiro para a eleição subsequente. A política regulatória implementada é adaptada à maximização desses interesses, buscando o perfeito equilíbrio em que o ganho de votos resultante da transferência de riqueza apenas compensa a perda de votos resultante do aumento dos preços.

Aproximou-se, nesse aspecto, da Teoria da Escolha Pública, também desenvolvida em meados dos anos 1970, com o objetivo de analisar os processos

³⁹ A proposta foi desenvolvida por Richard Posner (1974), para quem a Teoria Econômica da Regulação fundamenta-se em dois pressupostos: a) o poder coercitivo do Estado para regular é um produto que pode ser explicado pela Lei da Oferta e da Procura; e b) as curvas de oferta e procura podem ser identificadas pela Teoria dos Cartéis. A concepção da regulação como produto da demanda pela oferta e procura enfatiza que aquela será fornecida para quem a der mais valor. Nessa discussão, estão inseridos os custos da obtenção da regulação, os quais a Teoria dos Cartéis pode identificar.

de decisão política e seus efeitos na economia à luz do comportamento racional e autointeressado dos indivíduos. Para ela, a atuação humana é movida por motivações particulares, independente do ambiente, seja ele mercado ou política, de modo que as políticas públicas não seriam conduzidas pelo interesse público, mas pelo interesse pessoal dos envolvidos⁴⁰.

William Niskanen (1971) acrescenta que também os burocratas são maximizadores de orçamento. Os indivíduos comportam-se na área política da mesma maneira como no mercado, de forma racional e maximizadora. A diferença reside nas preferências individuais dos burocratas, cujo objeto é determinado pelo ambiente social e profissional em que atuam, como maiores salários, oportunidades de promoção, prestígio e poder.

Decorre daí o fenômeno da *revolving door* na nomeação dos diretores dos entes reguladores. A expressão alude à alternância de posições praticada pelos atores especializados no processo regulatório, quer seja a de legisladores, reguladores ou mesmo regulados, não obstante o período de quarentena. Para exemplificar, diretores selecionados na esfera privada assumem os mais altos postos de direção das agências, estabelecem normas regulatórias que favoreçam interesses particulares dos regulados, em virtude dos contatos pessoais firmados, e, após exercerem o mandato, emprestam seus esforços de volta ao setor privado, levando consigo informações privilegiadas e por vezes ocupando posições de destaque nas empresas. O movimento de ir e vir contribui para a fragmentação e o desvirtuamento da política regulatória, sujeita à interferência dos interesses econômicos daqueles que participam do mercado regulado⁴¹.

⁴⁰ Humberto Campos (2008) ressalva que a Teoria da Escolha Pública é mais cética quando comparada com a Teoria Econômica da Regulação no que diz respeito à possibilidade de o governo promover bem-estar social. A Teoria da Escolha Pública busca uma alternativa para a atuação governamental, incorporando as variáveis políticas por meio do conceito de *remediableness*, o qual aponta que uma política para a qual não existe nenhuma alternativa superior viável que possa ser implementada com ganhos líquidos é presumida como eficiente.

⁴¹ Barry Mitnick (2011) identifica que sérias questões foram levantadas sobre se a *revolving door* realmente afeta a política regulatória. Faz sentido que as empresas contratem reguladores ativos e competentes, visto que esses seriam muito mais úteis do que aqueles cuja capacidade ou compromisso com a organização pode ser questionável. O objetivo, nesse caso, é substituir a governança neutra por uma tendenciosa. Isso pode ocorrer de muitas formas: influência de reguladores por meio de incentivos; substituição dos gerentes ditos neutros de agências por outros parciais; incentivo para que a regulação se torne atrasada e problemática; redução do nível de *expertise* da regulação, estimulando a saída de reguladores experientes e tornando menos provável que as violações regulatórias sejam reconhecidas e prevenidas; realocação de reguladores para que eles não detectem violações; delegação da atividade regulatória a outros órgãos governamentais

Nessa perspectiva, William Mitchell e Randy Simmons (2003) conjecturam que o sistema político consiste na interação estabelecida por quatro grupos de tomadores de decisões: os eleitores, os políticos, os burocratas e os demais grupos de interesse. Todos esses indivíduos são maximizadores racionais de bem-estar que procuram benefícios do sistema político, já que os políticos buscam votos, os burocratas, segurança no trabalho e orçamentos, e grupos de interesses e eleitores, mais riqueza e renda. Como consequência dessa realidade, o Estado, em vez de representar os anseios da população, não consegue concretizar políticas democráticas, tão somente aquelas resultantes da intensa competição entre os agentes econômicos por poder.

Assim, o processo regulatório pode ser explicado racionalmente como uma mistura de forças das mais diversas naturezas, servindo de instrumento apropriado para a realização de desejos de membros da sociedade. Nenhum interesse econômico captura de forma exclusiva o órgão regulador, visto que ele procura conquistar o máximo de apoio possível dos grupos envolvidos.

Os grupos de interesse influenciam os resultados da regulação com base na disponibilidade de poderes político e econômico que possuem e na disposição que têm de pagar os custos em prol de uma regulação favorável a si.

Não por outra razão, Gary Becker (1983) examinou a regulação à luz da competição entre grupos de interesse e da pressão que exercem sobre ela, referindo-se à riqueza da indústria, ou seja, os recursos dos produtores e dos consumidores, como a principal moeda política a ser distribuída da maneira que mais beneficie o regulador, que funciona como uma espécie de árbitro⁴². Tem-se, portanto, um verdadeiro comércio regulatório.

Uma política regulatória resulta da interação entre políticos, agentes econômicos e reguladores. A depender da formatação regulatória instituída, a

menos propensos a fortalecer procedimentos regulatórios, tendo em vista serem mais politicamente sensíveis ao setor regulado ou menos capazes de repreendê-los; e assim por diante.

⁴² Peltzman (1989) indica que a visão do autor fornece uma ligação entre a Teoria Econômica da Regulação, com ênfase na distribuição, e a abordagem normativa, com ênfase na eficiência. O seu argumento principal é que a perda de bem-estar social ocasionada pelas medidas de regulação pode ser compreendida como uma limitação às políticas regulatórias ineficientes. Quer dizer, conforme o regulador afasta os índices de produção do nível de eficiência, a perda de bem-estar social aumenta numa taxa crescente. A perda de bem-estar é o ganho do ganhador menos a perda do perdedor em decorrência da intervenção. Essas perdas e ganhos estimulam os grupos de interesses. Dessa forma, perdas marginais de bem-estar crescentes devem, progressivamente, enfraquecer os ganhadores em relação aos perdedores.

regulação poderá beneficiar diferentes grupos específicos da sociedade, não somente a indústria. Desse modo, a Teoria do Interesse Privado calca-se no argumento de que a demanda por proteção oriunda de grupos de interesse é racionalmente constituída e é a razão de ser da intervenção regulatória do Estado na economia.

Todavia, Marcus André Melo (2000) identifica na teoria uma falha fundamental, qual seja a desconsideração do contexto institucional no qual os agentes econômicos interagem. Presume-se que a interação dos atores é realizada em um vácuo institucional, onde inexistem regras formais, instituições, custos de transação, oportunismo ou interação estratégica entre os autores.

Crítica similar é feita por Johan den Hertog (2010), para quem a teoria da regulação econômica pressupõe que os grupos de interesse determinem os resultados das eleições, que os legisladores honrem os desejos dos grupos de interesse e sejam capazes de controlar os reguladores. No entanto, encontram-se ausentes a motivação e o comportamento dos vários atores políticos, como eleitores, congressistas, legisladores, funcionários e agências governamentais; as interações entre os vários atores no processo de regulação; e os mecanismos pelos quais legisladores e reguladores atendem aos interesses das indústrias organizadas.

Laffont e Tirole (1993) também identificam que as escolas da Teoria do Interesse Privado atribuem maior atenção à demanda regulatória, compreendendo o processo em função do comando dos grupos de interesse envolvidos. Não atentam à lógica da burocracia, seus interesses e o funcionamento do sistema político, quer dizer, ao processo político-econômico propriamente dito, limitando-se a avaliar seus resultados.

À vista disso, Ronaldo Fiani (2004) bem ressalta que a abordagem dos modelos acima aludidos deve ceder lugar ao tratamento da regulação econômica como um processo no qual interagem não somente grupos de interesse, mas também inúmeros agentes reguladores com objetivos políticos próprios, insertos em um quadro institucional que delimita e define as responsabilidades e as possibilidades de intervenção dos agentes reguladores e dos grupos de pressão.

Objetivando sanar a deficiência, teorias neoinstitucionalistas foram elaboradas e passaram a tratar da influência exercida pelas instituições, como a organização econômica, os direitos de propriedade e o oportunismo nas relações contratuais, na

determinação do comportamento dos atores econômicos e, por conseguinte, no fenômeno regulatório.

Melo (2000) aponta que as teorias institucionalistas superam a dicotomia tradicional Estado *versus* mercado e aproximam a investigação da estrutura de incentivos responsável por produzir resultados racionais do ponto de vista coletivo, ao fazer uso de instrumentos analíticos para o exame das transações sociais em situações de mercado e fora dele, a exemplo dos contextos organizacionais e hierárquicos, privados ou públicos.

Para o pesquisador, adota-se um paradigma contratualista para analisar as instituições e a interação de indivíduos e grupos no âmbito daquelas, no qual duas partes contratam em um contexto intertemporal, que não assegura o devido cumprimento dos acordos firmados. Nesses casos, as instituições têm a função de garantir tais acordos, outorgando credibilidade às relações sociais em uma economia de mercado (MELO, 2000).

A Teoria da Firma ilustra a abordagem ao retratar o fato de uma empresa ser criada com vistas a maximizar seus lucros, por meio da transposição das falhas de mercado, do oportunismo presente nas relações nele estabelecidas e da determinação dos preços e da demanda no mercado. Para concretizar o objetivo, a empresa toma decisões acerca da alocação de recursos, técnicas de produção, ajustes de preços e volume de produção, buscando encontrar maneiras de aumentar a receita e reduzir custos. Tais variáveis indicam que, para alcançar um bom desempenho no mercado, é preciso atentar ao comportamento estratégico dos atores econômicos envolvidos.

Isso posto, Leigh Hancher e Michael Moran (1989) idealizam a concepção de um espaço regulatório, compreendido como aquele compartilhado entre interesses sujeitos à decisão estatal, onde se dá o processo regulatório. Nele, não há uma demarcação explícita entre interesse público e privado, mas influências recíprocas, evidenciadas pela privatização do público e publicização do privado, a partir das quais a regulação seria produzida de modo proporcional às respectivas capacidades de imposição⁴³.

⁴³ Para evitar certo desequilíbrio no processo regulatório em favor dos indivíduos e grupos mais organizados, os pesquisadores propõem que o normativo regulatório dos entes encarregados da atividade imprima maior proteção em relação ao interesse público e daqueles hipossuficientes, com vistas a equilibrar a desigualdade existente entre os agentes econômicos.

À conclusão similar chegaram Ian Ayres e John Braithwaite (1992), que desenvolveram a noção de regulação responsiva, de acordo com a qual a efetividade da regulação depende da criação de normas que incentivem o regulado a voluntariamente cumpri-las mediante um ambiente regulatório de constante diálogo entre regulador e regulado. É dizer, a regulação responsiva parte da premissa de que o Estado, observando a dinâmica de mercado e o comportamento dos próprios agentes regulados, faz uma escolha deliberada e flexível sobre as estratégias mais adequadas para garantir o cumprimento das normas regulatórias. Conforme o grau de cooperação dos regulados com a autoridade e o seu grau de aderência às normas, o Estado norteará a sua atuação, valendo-se de meios de cunho menos ou mais coercitivos e intervencionistas, como a persuasão e a punição. A tendência é partir das estratégias situadas mais abaixo na pirâmide regulatória para aquelas mais acima, de caráter mais severo.

Com essa postura, o Estado, além de oportunizar a readequação comportamental ao regulado e recompensá-lo com a não imposição de sanções mais duras, estimula soluções cooperativas entre as partes interessadas, sem a necessidade de, a princípio, instaurar um processo sancionador⁴⁴.

Observa-se que a corrente institucionalista busca, sobretudo, harmonizar os interesses estatais e não estatais na produção regulatória, compreendendo-as como forças igualmente determinantes em tal processo, cada qual atuando em defesa da sua esfera de interesses.

De modo geral, verifica-se a inexistência de um modelo regulatório ótimo, dada a complexidade do processo de regulação e de suas personagens. Entretanto, a regulação responsiva parece indicar uma resposta estratégica para o questionamento, ao considerar o Estado como um dos agentes integrantes do espaço regulatório, responsável por conciliar os interesses envolvidos.

⁴⁴ Frédérique Six (2012) explica que a regulação responsiva se pauta pela estratégia do *tit-for-tat*, baseada na teoria dos jogos, que indica um padrão de comportamento econômico equivalente dos envolvidos. Diante de uma interação que perdurará indefinidamente, os atores econômicos agirão de acordo com o comportamento adotado pelo seu oponente. Se um jogador assumir uma postura cooperativa, a tendência é que o seu oponente também coopere. Se um jogador responder com a deserção, mudando seu comportamento para não cooperativo, aproveitando-se da confiança inicial, a tendência é que seu oponente também mude de postura na próxima interação. Aplicado o raciocínio à regulação, o princípio geral da capacidade de resposta é adequar o estilo de intervenção do regulador à propensão e à capacidade dos regulados de cumprirem as normas regulatórias. Assim, o Estado decidirá quando punir e quando persuadir conforme sejam os regulados confiáveis ou não, ou seja, quando têm competência e intenções positivas de fazer o que o regulador deles espera.

Nesse ambiente, o Estado assume a missão de conduzir as relações regulatórias e gerenciar a disputa de poder. Possui o papel de preservar o interesse público, implementando políticas que assegurem a igualdade de competição, a justiça social e o bem comum, ao mesmo tempo em que encoraja o diálogo entre os atores no processo da regulação.

3.2 O risco da captura regulatória à luz do modelo de agências

O conteúdo exposto traduz a noção primeira da Teoria da Captura, a qual presume que a regulação, no desenrolar das relações dessa natureza, é desvirtuada, passando a servir os interesses da indústria regulada ou outro propósito envolvido, em vez de promover o bem-estar social.

De início, a fim de sanar as falhas de mercado e equilibrar a concorrência, o aparato regulatório é instituído para sujeitar um determinado setor econômico à regulação. Naturalmente, os grupos de interesse afetados pela regulação buscarão, sempre que possível e a seu favor, influenciar a decisão do regulador, oferecendo algo em troca, seja apoio político ou recursos financeiros.

Novas demandas político-econômicas surgem no contexto regulatório, desviando as prioridades de fiscalização, uma vez que o regulador encarregado de tal atividade tenderá a evitar conflitos com o setor regulado, pois dele depende para receber informações e induzi-lo a executar o serviço de maneira eficiente. O resultado é que o agente regulador passe gradualmente a representar os interesses do grupo com o qual estabelece a relação.

O fenômeno da captura, como explica Marçal Justen Filho (2002), ocorre quando a agência perde sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a agir de modo a legitimar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados. Logo, a captura do regulador se configura como mais uma faceta do fenômeno de distorção de finalidades dos setores burocráticos estatais.

Floriano de Azevedo Marques Neto (2005) acrescenta a possibilidade de a captura decorrer das pressões políticas sobre os órgãos reguladores e até mesmo dos próprios consumidores. É possível haver a mitigação da imparcialidade do agente regulador em função da influência nas suas decisões exercida pelos agentes de mercado, pelos consumidores ou pela política circunstancial de governo.

Ademais, não se trata exclusivamente de prática de atos diretamente coibidos pela legislação, como corrupção, prevaricação ou concussão, mas de desvios sutis de regulação em favor de um ou outro interesse, tornando nebulosa a percepção da quebra da imparcialidade ou da independência do ente administrativo.

De forma simplificada, pode-se abordar o problema da captura sob as vertentes econômica e política. No primeiro caso, ela surge em função do setor privado, como resultado da interferência na atividade regulatória de grupos empresariais prestadores dos serviços regulados, que se valem do poder econômico que detêm para influenciar o comportamento da entidade reguladora. Resta, pois, enfraquecida a atividade regulatória, tendo em conta que os interesses da coletividade não coincidem com os dos setores econômicos regulados.

Dado que os grupos econômicos buscam promover seus interesses de modo racional, Stigler (1971) aponta a existência de uma espécie de mercado onde as empresas tentam captar benefícios do Estado regulador, dentre os quais se inserem: a) a subvenção direta em dinheiro; b) o controle sobre a entrada de novos concorrentes; c) as políticas que afetem produtos substitutos e complementares, minimizando seu surgimento; e d) a fixação de preços para alcançar taxas de retorno mais competitivas, formando uma espécie de cartel oficializado pela regulação governamental⁴⁵.

Paul Quirk (1981), por sua vez, elenca os principais fatores que denotam a ocorrência da captura econômica dos reguladores: a) a nomeação dos reguladores não é realizada sem prévia aprovação do setor regulado; b) a regulação empreendida não implementa políticas econômicas prejudiciais ao setor regulado; e, por último, c) os reguladores possuem perspectiva de trabalho futuro em empresas reguladas, razão pela qual não têm interesse em manter divergências com o possível setor empregador.

No segundo caso, a captura surge em função do setor público, quando a atividade do ente regulador se vincula aos interesses políticos de agentes públicos, notadamente aqueles detentores de mandato no âmbito do Poder Executivo. Existe, portanto, a possibilidade de que a regulação seja instrumentalizada de maneira a

⁴⁵ Porém, o autor reconhece que, muitas vezes, os regulados não conseguem tais benefícios, em virtude da dificuldade do controle sobre a entrada de concorrentes e sobre produtos substitutos em determinados setores do mercado, assim como sobre a fixação dos valores praticados, especialmente onde há grande variação de preços e qualidade (STIGLER, 1971).

satisfazer os interesses imediatos dos ocupantes do poder político, especialmente aqueles relacionados a intenções eleitorais.

Thiago Dellazari Melo (2010) realça que, malgrado a pretensa imparcialidade nas decisões dos reguladores, não se pode esquecer que as atividades por eles exercidas possuem natureza eminentemente política, destituídas de completa neutralidade. Mesmo as escolhas alcunhadas de técnicas pressupõem avaliações de cunho político, uma vez que, na delimitação dos objetivos regulatórios a atingir, são também selecionadas prioridades de natureza não técnica.

Constata-se que os entes reguladores não se encontram integralmente imunes a orientações provenientes do governo e de organizações políticas, sobretudo quando estão a eles vinculados, por meio de ministérios, encarregados de alinhar a regulação às políticas públicas estabelecidas para os setores respectivos.

Ademais, como percebe María Salvador Martínez (2003), os reguladores podem ser bastante úteis aos políticos, na medida em que representam os votos dos eleitores. Nesse caso, tem-se o *lobby* político, organizado e estruturado para buscar apoio pessoal nessa seara, verificado quando as nomeações para as diretorias regulatórias se baseiam nos critérios da confiança, lealdade e afinidade política, em vez da competência, conhecimento técnico e experiência.

Igualmente ocorre quando há a possibilidade de recondução do dirigente ao cargo em que ocupa. O indivíduo sujeita-se à perda de parcela de sua independência por receio de atuar em desagrado ao Executivo, culminando com a respectiva não recondução. Igualmente, quando há restrições orçamentárias, induzindo a submissão do regulador à vontade do gerenciador do orçamento público, ou diante da ausência de recursos materiais e humanos, da falta de capacitação técnica e de baixos salários, fatores que aumentam a barganha política do Executivo.

Como visto, a problemática discutida insere-se no campo de abordagem das teorias institucionalistas, no qual tomou forma a Teoria da Delegação, segundo a qual as interações estabelecidas entre o agente e o principal contribuem para a identificação e a compreensão dos interesses envolvidos nas relações regulatórias. No modelo de viés contratualista, o principal, limitado em tempo e habilidade, delega a execução de suas tarefas ao agente, mantendo aquele a prerrogativa de supervisionar a tarefa executada.

Com efeito, o Estado não pode albergar para si todas as atividades econômicas e serviços públicos, uma vez que não possui recursos suficientes nem *expertise* para tanto. No intuito de especializar e incrementar a eficiência na prestação de certas atividades, o Poder Público as delega para outros órgãos e entidades, reservando-se o poder de fiscalização e regulação das atividades transferidas.

Conquanto a delegação permita ao Poder Público se beneficiar dos conhecimentos especializados de agentes delegados, Arthur Lupia (2001) evidencia que ela pode também ser perigosa, em virtude de implicar transferência ou abdicação de poder. Há um risco de que os agentes que recebem o poder dele abusem, agindo de forma inconsistente com os interesses do principal, cenário no qual os governos podem perder o controle do que é feito em seu nome.

Dado isso, Jonathan Bendor, Amihai Glazer e Thomas Hammond (2001) embasam a delegação como um *trade-off* entre *expertise* e controle, traduzido pelo seguinte questionamento: o ganho gerado pela delegação da decisão à parte mais informada compensa a perda produzida pela escolha feita por alguém com preferências diferentes?

Na relação principal-agente, destrinchada por Bernardo Mueller (2001), o primeiro não tem informação sobre a capacidade e o esforço empreendido pelo agente na consecução da tarefa. Sendo assim, o principal não tem como avaliar o seu desempenho, visto que o resultado obtido, que é verificável, não é perfeitamente correlacionado com o esforço realizado pelo agente, parâmetro no qual a sua remuneração deveria estar respaldada, mas não verificável. Esse, por sua vez, será incentivado a oferecer uma quantidade sub-ótima de esforço e a mentir ou omitir sobre sua capacidade, criando situações de risco moral e seleção adversa, sem medo de retaliação. Já o principal, ciente dessa situação, poderá evitar a relação ou incorrer em monitoração custosa⁴⁶, que representam perdas de bem-estar da

⁴⁶ Deve-se destacar a relação existente com o estudo sobre a economia da informação realizado por Inés Macho Stadler e David Pérez Castrillo. Para os autores, o objetivo da corrente teórica compreende a análise de situações nas quais os agentes buscam transpor a ignorância sobre uma informação relevante, adotando medidas desejadas para adquirir novas informações ou evitar os custos da sua desinformação. No contexto da relação entre principal e agente, o primeiro será responsável por tentar corrigir a má distribuição de informação ou reduzir os seus efeitos, pressionando o agente a adotar determinados comportamentos (STADLER; CASTRILLO, 1997).

sociedade como um todo, quando comparados à situação em que a relação pudesse ser organizada para funcionar sem os incentivos perversos.

Convém assinalar que a Teoria da Delegação proporcionou a introdução gradual, no contexto internacional e nacional, de agências governamentais, encarregadas de realizar a regulação nos mais diversos setores, garantindo a observância da legislação respectiva. Por isso, o modelo também é conhecido por Teoria da Agência.

Nesse ponto, Melo (2000) frisa que a delegação da regulação para agências pode ser concebida de diversas formas: a) das agências para as concessionárias, indiretamente; b) dos cidadãos para os políticos; ou c) do Executivo, do Legislativo ou de ambos para as agências.

No presente estudo, a delegação é operada no terceiro caso, quando o Executivo, o Legislativo ou ambos, denominados chefes ou principais na teoria em comento, delegam a atividade regulatória e o poder de realizá-la para as agências reguladoras, como forma de se beneficiar de seus corpos técnicos especializados para concretizar as políticas setoriais de maneira mais eficiente. Sob essa motivação, proliferaram-se os entes regulatórios independentes em vários ordenamentos jurídicos, instrumentos de controle estatal de atividades econômicas e de prestação de serviços públicos, e, para coordená-los, foram designados agentes dotados de alta qualificação técnica e presumidamente neutros.

Não obstante, cumpre salientar que ao mesmo risco da captura submete-se o modelo de regulação por agências reguladoras. Isso porque, ao delegar, o principal corre o risco de designar agentes que podem ou não trabalhar em função de seus interesses. Além disso, o principal não tem a mesma informação e tecnologia que a agência reguladora sobre os grupos econômicos regulados e, ao mesmo tempo, os objetivos daquele normalmente não coincidem com os objetivos dessa. Enquanto os primeiros são movidos pelos ganhos eleitorais, a outra tipicamente será movida por fatores distintos, como a maximização de influência ou a empregabilidade no setor privado pós-agência.

Marver Bernstein (1955) teorizou a dinâmica apresentada com base num ciclo de vida das agências reguladoras, aproximando-a do ciclo existencial humano, ou seja, da gestação, juventude, maturidade e velhice. Seria possível reconhecer uma vida útil das agências, assimilada como o período temporal em que a atividade

regulatória é realizada de forma efetivamente independente e livre de influências econômicas externas.

A primeira fase de vida de uma agência é definida por grande energia e disposição para perseguir os fins de interesse público. Tem-se um período em que o interesse e a supervisão do Poder Legislativo e da sociedade civil são proeminentes, a motivação dos reguladores para atuar em favor do interesse público é acentuada, e o risco de captura é reduzido.

Na fase seguinte, a maturidade, os agentes regulatórios perdem parcela de sua capacidade de gerenciar os setores sob sua fiscalização. A agência passa a depender de informações e tecnologias as quais somente os regulados têm, fazendo com que esses exerçam influência cada vez maior sobre as políticas desenvolvidas pela agência.

Na velhice, elas dependem diretamente do setor em que atuam. Restaria criado um vínculo de dependência entre regulador e regulado, no qual a regulação tutelaria os interesses desses últimos.

Transcorrido o tempo, o interesse pelo debate público sobre a regulação tende a cair gradualmente, enquanto o contato entre regulador e regulado tende a aumentar, fazendo com que o primeiro assuma uma posição de vulnerabilidade à cooptação pelos interesses privados. Por essas razões, o risco de captura aumenta com o passar do tempo.

Pinto Júnior e Pires (2000) alertam que uma das consequências da captura do regulador é a perda de credibilidade da agência como árbitro de conflitos, o que ocasiona o aumento dos custos e a diminuição da eficácia da regulação. O fato decorre da impossibilidade de o órgão regulador conhecer perfeitamente todas as atividades de uma firma, dificultando sobremaneira a sua atividade, já que esta engloba a tarefa de fazer os regulados cumprirem objetivos sociais, diversos de seus próprios interesses lucrativos, sem ter controle e conhecimentos plenos das atividades por eles exercidas. Assim, as ações do regulador podem apresentar efeitos distintos daqueles esperados.

Para que a delegação da tarefa de regular seja compensatória, o benefício marginal da medida deve superar o custo marginal, traduzido pelos gastos com a minimização da informação assimétrica e aparelhamento de monitoração, conhecidos como custo de agência. O desafio é encontrar formas para reduzir tais custos.

Como ocorre com todo instituto em evolução, destaca Moreira Neto (2003) que restam inúmeros aspectos a serem aperfeiçoados no que toca aos adequados mecanismos contra os riscos de captação do órgão regulador pelos agentes dos setores regulados, pelo poder político e mesmo pela pressão da mídia, especialmente nos países em desenvolvimento, onde suas instituições político-administrativas são insuficientemente consolidadas.

Mueller (2001) cogita do surgimento de instituições especializadas com esse propósito, encarregadas de permitir ao principal assegurar-se de que o agente agirá de modo compatível com os seus interesses, sem que seja necessário obter todas as informações sobre ele. Tais instituições permitem que a relação se desenvolva de forma mais exitosa do que seria sem elas, porém de forma menos eficiente do que seria se não houvesse assimetria de informação, quer dizer, a instituição nova proporciona um *second-best*, que representa o melhor que se pode esperar, dado a inevitabilidade da ocorrência de assimetrias de informação.

As seguintes medidas para diminuição das assimetrias são sugeridas por Oliver Williamson (1985), e parecem promissoras: a) *signaling*, que diz respeito à emissão de sinais e fornecimento de informações por parte do agente que a detém, de forma que o receptor da informação deve confiar na sinalização; b) *screening*, que ocorre quando a informação assimétrica é revelada por iniciativa da outra parte, ou seja, os que desejam informações fornecem incentivos de modo a atrair apenas aqueles que possuem a informação desejada; c) monitoramento das condições de execução do contrato, que se assemelha a uma auditoria independente, possibilitando a prematura identificação de comportamentos inapropriados; d) contratos de incentivo, que representam mecanismos contratuais incentivadores de comportamentos positivos; e e) *joint-ventures*, que se referem à posse conjunta dos ativos, de modo a integrar as partes e minimizar o risco de comportamento oportunista.

Na doutrina nacional, Pinto Júnior e Pires (2000) entendem que, embora a busca de informação seja um processo oneroso para o órgão regulador, por implicar custos diretos (despesas fixas e operacionais das agências) e indiretos (distorções das decisões), e, na maior parte dos casos, não seja do interesse dos regulados, o regulador deve buscar estruturar um sistema que induza a firma a revelar corretamente as informações necessitadas (atividades, etapas de produção e

estrutura de custos) ou a induza a ser eficiente e repartir ganhos de eficiência com os consumidores.

No mesmo sentido, Salgado (2003) elenca três métodos básicos para desenvolver os instrumentos e arranjos institucionais que reduzam o risco da captura regulatória. São eles: a prestação de contas, a independência e a transparência.

Para a autora, a prestação de contas exige da agência a harmonização das suas ações e decisões com os objetivos constantes em lei, exprimidos pela instância representativa da autoridade dos eleitores. A independência dos decisores, por sua vez, torna-os menos vulneráveis a pressões políticas e econômicas, razão pela qual o mandato fixo e a qualificação técnica para o exercício da função, assim como a autonomia administrativa da agência, são as sugestões para uma estrutura institucional sólida. Finalmente, a transparência das decisões, que deve ser garantida pelo prévio conhecimento das regras que orientam as análises e dos procedimentos adotados pelos entes reguladores, por meio da publicação de manuais e guias, reduz as incertezas dos cidadãos e permite o controle social e o disciplinamento de tendências à captura por interesses alheios ao público (SALGADO, 2003).

Nota-se que o problema da assimetria de informações sempre persiste com alguma intensidade, de forma tal que o regulador deve ser capaz de arbitrar sobre as questões de sua competência, sem dispor do mesmo conjunto de informações da firma regulada.

Além da assimetria informacional, os altos custos de transação decorrentes da incerteza e da imprevisibilidade de contingências futuras, e as restrições político-institucionais, que delimitam a área de ação do regulador de modo a não interferir na esfera de outro órgão, também são fatores contributivos para a distorção do processo regulatório e para a ocorrência da captura.

Por isso, a qualidade da estrutura regulatória é pressuposto para o combate das falhas de mercado, em especial a assimetria de informação, e para a limitação do espaço de influência de grupos de interesse sobre a regulação. Em suma, é condição sem a qual não há a garantia de eficiência, da eficácia, da estabilidade e da confiabilidade da agência reguladora no cumprimento dos seus fins legais.

Para que se desenhe as instituições reguladoras da forma mais adequada possível, a fim de identificar não só porque a captura regulatória é possível, mas por

quais meios pode ser restringida, é imperiosa a compreensão acerca do ambiente institucional e político do país, porquanto esse interfere na credibilidade e na *performance* regulatória.

A prevenção contra a captura de entes reguladores vai além do aperfeiçoamento da autonomia das agências, da forma de nomeação dos diretores, do controle do seu orçamento, do desenho da sua estrutura e condições de funcionamento e da monitoração dos segmentos regulados. Depende também das feições das instituições mais amplas do contexto no qual as agências regulatórias estão inseridas.

Brian Levy e Pablo Spiller (1994) elencam como fatores determinantes para o resultado da política regulatória e sua credibilidade a concentração de poderes no Legislativo e no Executivo, a capacidade de atuação do Judiciário, a habilidade administrativa do Estado e de atuação das agências.

Em adição, Martínez (2002) cita a ação que os partidos políticos exercem sobre as autoridades independentes, variável consoante a forma de governo do país analisado. Nos sistemas parlamentaristas, o partido que compõe o governo e o que domina o Parlamento é o mesmo, enquanto nos sistemas presidencialistas, o do Presidente, o do governo e o de cada uma das câmaras parlamentaristas não têm por que coincidir. Ainda, a influência que exercem os partidos sobre essas autoridades depende também do sistema de partidos em vigência.

Por último, Mark Granovetter (1985) afirma que os indivíduos não se comportam ou tomam decisões de modo atomizado, como atores desconectados de um contexto social no qual estão inseridos. Ao contrário, as ações intencionais enraízam-se em sistemas concretos e dinâmicos de relações sociais, cujas estruturas ocupam posição relevante na tomada de decisões. As instituições e organizações, portanto, modelam fortemente as condutas dos grupos de interesse.

Do exposto, é de se ressaltar, como o faz Melo (2001), que a função das agências de assegurar credibilidade encontra-se fortemente condicionada pela governança regulatória de determinado país. Em outras palavras, a estrutura de governança é fundamentalmente constrangida pela estrutura institucional local, composta pelas instituições do Legislativo, Executivo e Judiciário, de regras informais que são tacitamente aceitas pelos atores sociais e que definem a capacidade institucional da nação, e dos limites que as instituições políticas

estabelecem para a ação dos governantes, a exemplo da separação de Poderes, do federalismo, do presidencialismo e do bicameralismo legislativo.

Silva (2010) reforça que a *performance* da agência regulatória é o resultado de uma relação de escolha do desenho da agência e de seus instrumentos e sua adequação à dotação institucional do país. Os instrumentos regulatórios dos entes são frutos diretos de uma escolha tolhida pelo seu desenho e frutos indiretos do ambiente institucional interno, motivo pelo qual faz-se indispensável analisar a regulação a partir de considerações acerca desse ambiente.

A pesquisadora enumera cinco elementos essenciais de observação: a) as instituições do Executivo e do Legislativo; b) as instituições judiciárias; c) os costumes e outras normas amplamente aceitas e que constroem a atividade de indivíduos e instituições; d) a distribuição dos interesses na sociedade e a balança de poder entre eles; e e) as capacidades administrativas da nação.

Gabriel Boavista Laender (2005) acentua, com razão, que o ponto de partida envolve considerar que a governança reconhece a importância e o protagonismo das organizações públicas na rede de articulação com o privado. O Estado não é o produtor isolado da regulação, mas um dos agentes que integram esse espaço, motivo pelo qual a consecução de políticas públicas pressupõe uma estratégia para que o ente regulador domine o jogo de poder, assuma o protagonismo e qualifique a participação dos indivíduos. Destarte, a regulação gerada no seio estatal deve prevalecer em detrimento daquela produzida por sociedades empresárias, considerando o caráter republicano do Estado, voltado à superação da arbitrariedade na fixação de políticas públicas e ao privilégio do diálogo entre os atores atuantes no espaço regulatório.

Adianta-se, entretanto, que não existe uma solução regulatória ideal, visto que o processo de regulação é complexo, envolve uma pluralidade de atores e depende da adequação do desenho da agência ao ambiente institucional nacional, que deriva da cultura política praticada no país em questão.

4 OS GRUPOS DE INTERESSE E A *PERFORMANCE* REGULATÓRIA

4.1 O ambiente institucional e a regulação

Para compreender a ocorrência do fenômeno da captura regulatória, é inafastável o olhar sobre o ambiente institucional no qual as agências reguladoras estão inseridas, assim como sobre a cultura política local, uma vez que tais condicionantes revelam como as relações entre governo, regulados e destinatários da regulação são estabelecidas no processo de decisão regulatória.

A respeito do primeiro, Archon Fung (2006) identifica três dimensões constitutivas do ambiente institucional da formulação de políticas públicas, que o torna mais ou menos adequado para lidar com problemas de governança democrática, como legitimidade, justiça e administração eficiente: a) quem participa; b) como os participantes se comunicam; e c) como as discussões estão relacionadas à política ou à ação pública.

Em regimes democráticos, é desejável que a sociedade participe do exercício da política, de forma individual ou em grupo, quando, então, os indivíduos se unem estrategicamente em torno de interesses semelhantes, em uma reunião de esforços para influenciar órgãos governamentais a adotarem políticas que maximizem seus benefícios ou minimizem seus prejuízos. Os grupos de interesse⁴⁷ nada mais são que núcleos de organização, como grandes corporações e elites políticas, apartadas da estrutura governamental, não obstante estejam, muitas vezes, em estreito contato com seus órgãos, que agem como articuladores corporativistas no processo regulatório, por meio de mecanismos de pressão e *lobby*, com o objetivo de ter seus interesses levados em consideração pelos tomadores de decisão.

Para Mancur Olson (1965), um grupo de interesse é uma associação que visa a promover o interesse comum ou coletivo de seus membros, sem a qual não seria possível atingir os objetivos de forma adequada. Os esforços individuais não provocam um efeito significativo sobre a situação da organização, que depende da participação e da contribuição de cada um. Os indivíduos, racionais e

⁴⁷ Murillo de Aragão (1996) distingue grupos de interesse e grupos de pressão. Para o autor, os primeiros são os grupos que atuam na defesa de seus interesses perante os poderes públicos. Quando os grupos de interesse atuam em nível político, podem ser reconhecidos como grupos de pressão. Assim, todo grupo de pressão é um grupo de interesse, mas o inverso não é necessariamente verdadeiro. No presente trabalho, as expressões serão utilizadas como sinônimos.

autointeressados, não agem para promover os interesses coletivos, a menos que o número de indivíduos do grupo seja pequeno, haja alguma coerção externa para forçá-los a tanto ou exista a expectativa de ganhos de cunho individual: os chamados “incentivos seletivos”.

Gloria Luz Alejandro Ramírez (2014) define o grupo de pressão como o conjunto de indivíduos que, em uníssono, acompanham e unem interesses particulares, que se implantam coletivamente como interesse geral. Para dar conta de sua missão, agrupam-se em uma ordem política institucional que lhes permite gerar campos de influência e poder que, dada a sua força, impactam a tomada de decisões com o consequente benefício e satisfação dos seus interesses.

Por estabelecer regramentos que influenciam o funcionamento de diversos setores da economia e, por conseguinte, beneficiar ou prejudicar interesses específicos, a atividade estatal regulatória apresenta um grande potencial para ser objeto de ação de tais grupos.

Maurice Wright (1988) percebe a existência de uma rede de políticas públicas, isto é, o processo de formulação de políticas baseada na relação de interdependência entre os atores de cada setor interessado, especialmente nas consultas e negociações que precedem a tomada de decisão. É acrescida a essa relação o papel de mediação desempenhado pelo Estado, que, longe de ser agente autônomo e independente no processo, é responsável por estabelecer as regras do jogo regulatório, organizar a disputa de interesses e conduzir a atividade a um desempenho satisfatório, à luz do interesse geral.

Aliás, Theda Skocpol (1998) coloca o Estado em primeiro plano nas investigações dos resultados políticos, pois a ele cabe definir a estrutura do jogo político, ao induzir os interesses a se organizarem e atuarem de maneira específica, e ocupar o papel de ator, ao formular e implementar políticas públicas que atendam a seus interesses, os quais se relacionam e competem com os demais.

Como resultado, a regulação torna-se fruto da capacidade negociadora dos interesses políticos e econômicos setoriais atuantes no processo decisório governamental, que, por vezes, culmina com a sobreposição de interesses privados em relação aos públicos, ocasionando a captura.

Nesse sentido, Arthur Bentley (1908), tratando da Teoria dos Grupos, compreende o governo, sob a perspectiva ampla, como o jogo de equilíbrio de interesses de grupos diferenciados que competem entre si pelo poder tal qual um

mercado competitivo. O desenlace da dinâmica, porém, é variável: o governo, do ponto de vista de alguns grupos, pode ser sua ferramenta particular, bem como do ponto de vista de outros grupos, pode parecer um inimigo mortal.

Retomando a discussão de Bentley, David Truman (1951) enuncia que as políticas governamentais concebidas para atender as necessidades de um grupo normalmente perturbam ou incomodam os interesses daqueles não organizados, os quais são impelidos a se estruturarem para buscar a intervenção governamental, visando a proteger e a promover seus interesses específicos.

Os grupos de interesse, sejam eles econômicos, políticos ou sociais, têm em comum a aspiração de ganhar o apoio dos seus interlocutores, nesse caso, os formuladores da política regulatória, e o fazem transformando seus recursos, como capital, informação e apoio eleitoral, em relações interpessoais e poder político.

Nessa relação, os participantes, a exemplo da indústria regulada, dos partidos políticos, das associações de consumidores e das entidades de classe, não se beneficiam igualmente do processo de formulação de políticas, nem mesmo o influenciam de forma simétrica⁴⁸. Isso porque os objetivos dos grupos não têm o mesmo peso para os interlocutores, como o Congresso, o chefe do Executivo e os órgãos reguladores, assim como o alcance de suas atuações não tem a mesma importância para os grupos, pois são variáveis o intuito, a qualidade e a quantidade dos recursos à sua disposição, o papel do interessado em determinado ordenamento e a conjuntura política local.

É evidente a diferenciação ao se examinar a participação dos usuários dos serviços prestados pelos setores regulados nas deliberações em questão, pois, em geral, são desprovidos do conhecimento técnico necessário que os proporcione uma contribuição efetiva à elaboração das políticas regulatórias. Além disso, quando não organizados em associações, o custo de transação para reunir todos os interessados, acompanhar a tramitação das propostas, levantar as informações

⁴⁸ A respeito, Michael Herz (2016) assinala que a formulação de normas regulatórias junto à sociedade é frequentemente apresentada como o exemplo mais puro de democracia participativa e de governança, em virtude de os reguladores serem obrigados a receber comentários de qualquer pessoa interessada, considerá-los e respondê-los antes de tomar uma decisão final. Além disso, o engajamento público direto proporcionado pelo procedimento é visto como um antídoto para o déficit democrático que atormenta a formulação de políticas por burocratas não eleitos. Todavia, apesar de a ampla participação e as trocas significativas dela decorrentes legitimarem os regulamentos editados, a realidade mundial encontra-se muito aquém desses ideais. Nem mesmo a utilização das tecnologias digitais como instrumentos de auxílio e estímulo à participação democrática foi capaz de torná-la ampla e eficaz.

necessárias e contratar especialistas para auxiliá-los, pode ser elevado em relação aos custos incorridos por outros grupos de interesse menos numerosos e mais coesos.

Valendo-se de estratégias de *lobbying*, os grupos de pressão dialogam e tentam convencer o ente regulador a adotar ações que sejam vantajosas aos seus interesses ou a abster-se de praticar aquelas que lhes sejam prejudiciais. A despeito de o termo *lobby* carregar uma conotação negativa no Brasil, comumente associada ao exercício do poder econômico⁴⁹, a atividade retrata um instrumento presente em sociedades pluralistas e democráticas, por meio do qual variados grupos defendem seus interesses particulares ou associativos frente aos representantes políticos da população.

Roberto Lemos (1986) define o *lobby* como o processo de diálogo entre as organizações e os agentes governamentais, que se exerce pelo contato entre as partes com o objetivo de levar informações confiáveis e passíveis de utilização imediata, dentro do propósito comum de atingir a melhor decisão para todos e, quando isso não for possível, a menos inadequada para os envolvidos. A importância desse processo reside na soma de todas as experiências passíveis e possíveis de serem convocadas, no sentido de melhorar a qualidade da decisão em função do interesse público.

No entanto, quando ausentes mecanismos de transparência, o *lobby* empreendido para persuadir o órgão regulador pode extrapolar o limiar da legalidade e da ética, quando dá margem às práticas ilícitas, como o tráfico de influência, o abuso de poder econômico e a corrupção, em prol de objetivos estritamente particulares e escusos⁵⁰. Nesses casos, o *lobby* é instrumento para alcançar medidas regulatórias voltadas ao interesse particular exclusivo, em detrimento do

⁴⁹ Luiz Guedes da Luz Neto (2016) aponta ser compreensível o motivo pelo qual as empresas tenham sido pioneiras no exercício do *lobby*: o poder econômico caminha muito próximo do poder político. Além disso, para o exercício do *lobby* profissional, exige-se o emprego de meios materiais para financiar a organização e a efetivação da atuação do representante desses interesses junto ao poder público. Daí que, para muitas pessoas, em especial para o cidadão comum, não é possível, de forma isolada, tentar influenciar o tomador de decisões para a elaboração de uma regulação favorável aos seus interesses.

⁵⁰ Ainda não há, no Brasil, legislação que verse sobre a matéria. A primeira iniciativa de regulamentação do *lobby* foi empreendida pelo então senador Marco Maciel, em 1984. De lá para cá, muitas proposições legislativas com o mesmo objetivo foram apresentadas sem que nenhuma lograsse êxito, tamanha é a falta de consenso sobre o seu escopo e alcance. De um lado, a regulamentação favorece a construção de uma institucionalidade política mais deliberativa e transparente. De outro, alega-se que cria obstáculos à entrada dos grupos de interesse menos organizados e dificulta as negociações entre grupos e governo.

bem comum, revelando a ocorrência da influência ilegítima do ente regulador e, por conseguinte, do fenômeno da captura.

Esse aspecto liga-se a outro fator que contribui para o desvio da regulação estatal e, conseqüentemente, para a ocorrência da captura: o funcionamento do sistema político no qual estão inseridas as agências reguladoras. A esse respeito, a Teoria das Elites⁵¹, formulada por Gaetano Mosca (1896), ilustra que toda sociedade é comandada por uma minoria detentora do poder, os governantes, que cumprem todas as funções públicas, monopolizam o poder e usufruem as vantagens que a ela estão anexas, em contraposição a uma minoria privada do poder, os governados.

Para o autor, a qualidade mais proeminente da classe dominante na contemporaneidade é a riqueza, uma vez que o poder político produz riqueza, e a riqueza também produz poder. Aqueles que fazem parte da classe política compartilham do interesse de monopolizá-lo e transmiti-lo hereditariamente aos seus sucessores, ao nível de adquirirem a convicção de que o *status quo*, ou seja, a posição de comando é quase um direito absoluto (MOSCA, 1896).

Sob esse prisma, extrai-se que o objetivo primeiro das classes políticas parece residir na conquista e na manutenção de poder e privilégio, associado, se preciso, a interesses afins, como o poder econômico. Caso essa mentalidade não seja veementemente combatida, em benefício de uma redefinição de prioridades e demandas públicas, pode perpetuar-se, tornando-se elemento determinante para a cultura política local e, por conseguinte, para a regulação.

José Luis Orozco (1972) entende que o processo de formulação de políticas, inclusive no que se refere ao papel exercido pelos seus participantes, é diretamente influenciado pela conjuntura habitual em que operam, isto é, pela cultura política local. Ela direciona, de forma não arbitrária, o comportamento dos indivíduos, permitindo-os atuar de forma variada dentro dos limites tradicionalmente postos. Fala-se, portanto, em um tipo de desenho institucional no qual os padrões de conduta coletiva influenciam as regras do jogo político.

⁵¹ Em que pese Mosca ter formulado a teoria dando ênfase à força política das elites ou da classe dirigente, originada no fato de ser organizada e homogênea, foi Vilfredo Pareto, em Tratado de Sociologia Geral (1916), por influência do primeiro, que acrescentou à expressão a ideia da desigualdade social, ao analisar a interação social entre as diversas classes de elites. Pareto formulou a tese segundo a qual em toda a sociedade existe uma classe superior que detém o poder político e o poder econômico, denominada aristocracia ou elite.

Observa-se mais claramente essa influência nos ordenamentos em que há estreita relação entre grupos econômicos e partidos políticos, por exemplo. Os primeiros valem-se do poder econômico que possuem para interferir na política, mediante financiamento de campanhas eleitorais⁵² e persuasão da opinião pública, estratégias de *marketing* e publicidade⁵³. Os grupos de interesse, fazendo uso dos recursos à sua disposição, podem efetivamente controlar os partidos, conduzindo o processo de recrutamento de integrantes e dirigentes e mesmo o de decisão quanto ao tipo de política a ser promovida.

De igual modo, nos sistemas nos quais são institucionalizadas relações burocráticas personalistas e informais, há maior probabilidade de que o relacionamento próximo dos entes reguladores com os grupos de interesse incentive a ocorrência da captura, comprometendo a legitimidade da atuação regulatória. A fragilidade da estrutura burocrática, sobretudo a perda da autonomia do órgão regulador e a falta de transparência nas negociações, revela a existência de caminhos por meio dos quais os grupos de interesse e reguladores autointeressados, a depender do grau de relacionamento estabelecido, podem obter

⁵² O tema tem sido objeto de sucessivas apreciações pelo STF. Em um primeiro momento, levou-se em consideração as previsões contidas na Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997) e na Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995) que permitiam às pessoas jurídicas realizar doações e contribuições a campanhas eleitorais e a partidos políticos. Contra esses dispositivos, foi ajuizada a ADI nº 4.605, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), com base na crítica ao uso e à influência do poder econômico sobre o poder político e na observância dos princípios democrático e republicano. No caso, o STF julgou procedente em parte o pedido formulado, para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos que continham tal autorização. Em um segundo momento, questionou-se o trecho do art. 28, § 12, da Lei das Eleições, introduzido pela Minirreforma Eleitoral (Lei nº 13.165/2015), que permitia doações ocultas a candidatos. Para o CFOAB, autor da ADI nº 5.394, o dispositivo violaria o princípio da transparência e dificultaria o rastreamento das doações eleitorais. O STF, no caso em questão, julgou procedente a ADI para declarar a inconstitucionalidade da expressão “sem individualização dos devedores”, confirmando a liminar deferida. A última apreciação do STF sobre o tema remete-se ao debate que está sendo travado na ADI nº 5.494, ajuizado pelo Partido da República (PR), contra o art. 31, II, da Lei dos Partidos Políticos, que impede as agremiações de receberem recursos provenientes de autoridades, direta ou indiretamente, sob qualquer forma ou pretexto, ou mesmo por meio de publicidade de qualquer espécie. Segundo o PR, não é possível concluir que as contribuições efetuadas aos partidos políticos por servidores considerados autoridades tenham verdadeira natureza de verbas públicas, revelando, na realidade, contribuição pecuniária de natureza privada, originada de recursos próprios. Por seu turno, a Lei nº 13.488/2017 alterou a redação dada ao dispositivo, retirando o termo “autoridade”, ao que parece levar ao entendimento de que a ADI mencionada perdeu o seu objeto.

⁵³ A título ilustrativo, Juliana Oliveira Domingues e Breno Fraga Miranda e Silva (2018) evidenciam o abuso dos poderes econômico e político presentes na disseminação indiscriminada de *fake news* como estratégia de *marketing* eleitoral e de prejuízo à concorrência, motivados sobretudo pelos altos níveis de engajamento nas redes sociais. O fenômeno, além de prejudicar a construção de um processo democrático eleitoral, que reflexamente influencia a formulação de políticas públicas, também ocasiona verdadeiro desserviço à produção e disseminação de informações no seio da sociedade.

ganhos de *status*, riqueza e poder, em detrimento de princípios morais e diretrizes de bem comum.

Com relação a esse cenário, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino (2011) identificam três importantes relações que se estabelecem entre grupos de pressão, partidos e Administração Pública, as quais podem ser analisadas sob o ponto de vista regulatório: a) a relação de parentesco a que o partido político se mostra receptivo nos casos de pressões e sugestões dos grupos da mesma matriz ideológico-política; b) a relação de clientela, em que os ministérios, para funcionar adequadamente, procuram a colaboração de alguns grupos de pressão que se tornam, ao mesmo tempo, os interlocutores privilegiados e os beneficiários máximos das opções políticas; e c) a relação de colonização, por meio da qual alguns grupos de pressão, por costume ou por real poder de recato, ficam em posição de vetar a nomeação de importantes funcionários administrativos ou de impô-la.

Daí a imprescindibilidade de que o regulador exerça a sua atividade com autonomia em relação aos interesses em disputa, o que não se confunde com o seu completo insulamento frente a realidade social, econômica e política que permeia a regulação. Trata-se, em verdade, do dever de impessoalidade para o desempenho da atividade regulatória de forma objetiva e independente, atenta à totalidade dos interesses envolvidos pela regulação e sem que haja compromissos prévios com interesses específicos.

Apesar de todos os sistemas políticos estarem sujeitos à ação dos grupos de pressão, em maior ou menor grau, aqueles que não dispõem de um efetivo sistema de separação de poderes são ainda mais vulneráveis a esse tipo de influência. Daí que os mecanismos de controle à disposição do Executivo, Legislativo e Judiciário são instrumentos fundamentais para garantir, de modo efetivo, a independência dos agentes reguladores e diminuir o risco da captura e dos graves problemas dela advindos.

Nessa perspectiva, o principal instrumento de controle do Executivo é a direta participação no processo de nomeação de diretores, a ser feita observando critérios técnicos, e posterior sabatina pelo Senado. Recomenda-se, ainda, que sejam expedidas ordens executivas dirigidas às agências, com o objetivo de garantir que as políticas setoriais promovidas pelas agências sejam compatíveis, mas não submissas, com as políticas públicas do governo.

No campo legislativo, impõe-se que as leis editadas para servirem de parâmetro para a atuação das agências reguladoras contenham uma densidade normativa suficiente, ou seja, fixem *standards* com significado determinável que guiem e delimitem a competência normativa das agências e que permitam o controle judicial de sua observância.

O Judiciário, por sua vez, deve examinar os motivos, a finalidade e a causa do ato praticado pelo regulador, a fim de se verificar se houve pertinência e adequação entre os meios empregados na atividade e os fins propostos pelo parâmetro legal. Isso não significa que o juízo deve usurpar da Administração Pública a função regulatória, mas garantir que o poder decisório das agências reguladoras esteja sujeito à legalidade em sentido amplo, por meio da verificação dessa sujeição no caso concreto.

Além disso, a participação da sociedade civil no processo de formulação de políticas regulatórias é fator determinante para o bom desempenho da regulação de dado ordenamento, cuja ausência ou deficiência pode repercutir no risco de ocorrência da captura.

Com visão similar, Bobbio, Matteucci e Pasquino (2011) percebem que nos sistemas políticos em que a participação é limitada, as elites concorrentes e as organizações políticas embrionárias, o oportunismo mostra-se mais frequente. Já naqueles em que a participação é vasta, as elites concordam quanto aos princípios fundamentais do sistema e as organizações políticas são sólidas, o oportunismo é limitado e não compensa, podendo até mesmo ser contraproducente para quem a ele recorra.

Ademais, é pertinente a observação de Michael Levine (2002) acerca de o desenho institucional dos órgãos regulatórios poder ocasionar uma falha no acompanhamento ou controle do exercício de suas competências dentro dos limites legais, o denominado “espaço de frouxidão”, quando as escolhas promovidas pelo regulador ocorrem à margem de escrutínio público.

Por exemplo, como visto, a competência normativa das agências perfaz ato vinculado a *standards* legais, com a função primordial de dar fiel cumprimento à lei. Com base nessa estrutura, o risco de comprometimento do interesse público pelo interesse privado, quando não diretamente aliado à atividade legislativa que orienta a atuação das agências, dá-se no bojo de uma liberdade administrativa fundamentada por critérios técnicos, quer dizer, diante da prerrogativa de escolher,

dentre várias soluções técnicas possíveis para uma mesma questão, apenas uma delas.

Não se olvide que as tarefas de dar execução às normas e adjudicar eventuais conflitos igualmente possibilitam às agências uma relativa margem de atuação, em face da condução e da solução de determinado caso concreto, desde que não extrapole os limites da tecnicidade. Em acréscimo, o exercício dessas competências pressupõe uma *expertise* técnica para lidar com questões altamente complexas, que, por vezes, manifestam a edição de muitas normas em um curto período e a dificuldade para antever os seus efeitos concretos, que fogem ao conhecimento e à capacidade de controle por parte do cidadão, além de não estarem sujeitas aos mecanismos administrativos de controle, como a tutela.

Nota-se, do exposto, que o risco da captura regulatória está fortemente atrelado a falhas estruturais no dever de autonomia do regulador e no controle da atividade pela opinião pública e demais poderes. Por essa razão, a observação de três aspectos no processo de formulação de políticas públicas setoriais é de fundamental relevância, sintetizados por Patrick Kenis (1991) da seguinte maneira: a) as variáveis gerais do país, como a orientação tradicional da política econômica, o grau de politização setorial e o papel desempenhado pelas agências estatais na economia; b) as variáveis dos setores envolvidos, como a integração pessoal e organizacional dentro do setor; e c) as condições estruturais do setor, como a competição intrassetorial, a existência de associações, frequência e extensão da regulação e o intercâmbio com o Estado.

É nessa abordagem político-institucional que deverá atuar o Estado para determinar as regras do jogo regulatório, equilibrando a disputa de interesses dos grupos de pressão; reforçar a autonomia dos entes reguladores, assegurando a observância do seu dever de impessoalidade; aprimorar os mecanismos de controle social e o exercido pelos demais poderes; para, por fim, culminar com uma *performance* regulatória que seja satisfatória à luz do interesse coletivo.

4.2 O contexto norte-americano

Nos Estados Unidos, as agências reguladoras compõem o principal objeto do Direito Administrativo e, segundo o Capítulo 5, Subcapítulo II, Seção 551 (1), do *Administrative Procedure Act* (APA), abrangem “cada autoridade do Governo dos

Estados Unidos”, não incluídos o Congresso, os tribunais, os governos dos territórios e possessões do país, o governo do Distrito de Columbia e outras autoridades excepcionadas⁵⁴. Elas têm por objetivo primordial regulamentar e efetivar a legislação nas diversas áreas, setores e atividades governamentais, em proveito do interesse público.

O ramo administrativo do país restringiu-se a estabelecer, de forma geral, normas e princípios que versam sobre criação, estrutura e funcionamento, poderes e obrigações, formalidades procedimentais, validade das decisões e controle da atuação dos entes reguladores por parte do Executivo, Legislativo e Judiciário, sem prejuízo de outras contidas nas normas instituidoras de cada agência. Assim, seriam criadas por lei descritiva de sua atuação, fiscalizadas por autoridades eleitas pertencentes ao Legislativo e ao Executivo, submetidas a controle do Poder Judiciário e, por fim, abertas à participação da sociedade no procedimento de elaboração de normas, tornando o processo mais legítimo.

As *agencies* americanas foram encarregadas de regulamentar a vida pública por meio do exercício de funções legislativas, executivas e adjudicatórias⁵⁵, conferindo maior celeridade à efetivação do interesse social e à solução de disputas.

⁵⁴ O dispositivo encontra-se assim redigido: “Para os fins deste subcapítulo – (1) ‘agência’ significa cada autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita à revisão de outra agência, mas não inclui - (A) o Congresso; (B) os tribunais dos Estados Unidos; (C) os governos dos territórios ou possessões dos Estados Unidos; (D) o governo do Distrito de Columbia; ou exceto quanto às exigências da seção 552 deste título – (E) agências compostas por representantes das partes ou por representantes das organizações das partes nas controvérsias por elas determinadas; (F) cortes marciais e comissões militares; (G) autoridade militar exercida em campo em tempo de guerra ou em território ocupado; ou (H) funções conferidas pelas seções 1738, 1739, 1743, e 1744 do título 12; subcapítulos II do capítulo 471 do título 49; ou seções 1884, 1891–1902, e a antiga seção 1641(b)(2) do título 50, apêndice”. (*For the purpose of this subchapter — (1) “agency” means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include — (A) the Congress; (B) the courts of the United States; (C) the governments of the territories or possessions of the United States; (D) the government of the District of Columbia; or except as to the requirements of section 552 of this title — (E) agencies composed of representatives of the parties or of representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them; (F) courts martial and military commissions; (G) military authority exercised in the field in time of war or in occupied territory; or (H) functions conferred by sections 1738, 1739, 1743, and 1744 of title 12; subchapter II of chapter 471 of title 49; or sections 1884, 1891–1902, and former section 1641(b)(2), of title 50, appendix.*)

⁵⁵ O APA, em seu Capítulo 5, Subcapítulo II, Seção 551 (7), estabelece que “Para os fins deste subcapítulo – (7) ‘adjudication’ significa processo de agência para a formulação de uma ordem”. De seu turno, “ordem”, é assim caracterizada: “(6) ‘order’ significa a totalidade ou parte de uma disposição final, seja afirmativa, negativa, injuntiva ou declaratória na forma, de uma agência em um assunto não normativo, incluindo licenciamentos”. (*For the purpose of this subchapter — (6) “order” means the whole or a part of a final disposition, whether affirmative, negative, injunctive, or declaratory in form, of an agency in a matter other than rule making but including licensing; (7) “adjudication” means agency process for the formulation of an order.*)

Tais funções, sob a denominação de administrativas, encontraram fundamento na alegação de que, embora o texto constitucional não previsse expressamente a criação de entes reguladores, fez menção, no Artigo I, Seção 8, à possibilidade de o Congresso editar as leis necessárias e adequadas a executar os poderes a ele conferidos pela Carta Magna⁵⁶.

Não confundir-se-iam, portanto, com os três Poderes já estabelecidos, mas, ao contrário, decorreriam de uma mutação constitucional, de sorte que compreenderiam competências *quasi-legislative*, *quasi-executive* e *quasi-judicial*. Para os críticos, em contrapartida, os órgãos reguladores norte-americanos ocupariam a posição de um quarto Poder, por assumir funções executiva, normativa e decisória. Por essa razão, sofreram fortes questionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca de uma possível violação ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Nas palavras de Adrian Vermeule (2013), cinco conflitos constitucionais podem ser identificados com o advento do estado administrativo e, em especial, com o surgimento das agências independentes: a) o alcance amplamente aumentado dos poderes governamentais federais, nos termos do Artigo I, particularmente a *Commerce Clause*; b) a delegação massiva do Congresso ao Presidente e à burocracia, que equivalem a uma transferência de fato do Poder Legislativo a funcionários não legislativos; c) a criação de agências independentes, incompatíveis com o princípio da unidade do Executivo, disposto no Artigo II; d) a aquisição do poder adjudicatório nas agências executivas, sujeito apenas à revisão deferencial pelos juízes do Artigo III; e, por fim, e) a combinação de funções legislativas, executivas e adjudicatórias em agências administrativas.

A instituição das agências gerou questões de magnitude constitucional na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, considerando que o Congresso é o maior representante da população, encarregado da formulação de normas, e que, tradicionalmente, detém preponderância para a edição de leis e o

⁵⁶ O preceito constitucional tem a seguinte redação: “O Congresso terá poderes (...) para elaborar todas as leis que sejam necessárias e adequadas para efetivar os poderes anteriores e todos os outros poderes conferidos por esta Constituição ao governo dos Estados Unidos, ou a qualquer departamento ou funcionário do mesmo”. (*The Congress shall have power [...] To make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the foregoing powers, and all other powers vested by this Constitution in the government of the United States, or in any department or officer thereof*).

controle dos atos normativos infralegais de maior expressão. Não seria possível, no constitucionalismo norte-americano clássico, por força dos dogmas da separação dos poderes e da reserva legalista, transferir às agências a referida competência normativa, para a edição de normas, resoluções e demais deliberações nos vários campos da atividade econômica e de serviços de interesse coletivo, à margem da atuação político-legislativa dos congressistas eleitos pelo povo.

Tais questionamentos deram origem à doutrina da não delegação, a qual assinalava com inconstitucionalidade qualquer delegação de competência normativa pelo Poder Legislativo. Todavia, em virtude da necessidade de implemento das políticas públicas e da impossibilidade de o legislador prever, detalhadamente, todas as hipóteses fáticas atinentes à matéria regulada, por falta de tempo ou conhecimento, a referida doutrina perdeu espaço em favor de interpretações mais flexíveis da lei.

Além disso, as normas emanadas pelo Legislativo seriam genéricas e abstratas, enquanto as dos órgãos reguladores funcionariam como normas infralegais, com vistas a concretizar as leis aprovadas pelo Congresso, conferindo maior consistência aos conceitos propositadamente vagos e imprecisos do legislador. E mais, a rigidez na separação e autonomia dos poderes constitucionais, defendida pela doutrina pura⁵⁷, resultava inviável na prática, visto que, sob a luz da teoria dos freios e contrapesos, a eficácia no funcionamento de qualquer governo solicita interdependência e reciprocidade mínimas e articuladas, com a ingerência parcial de uns órgãos sobre a atuação dos outros, no intuito de combater abusos e manter o equilíbrio.

Dessa forma, às *agencies* foram permitidas a edição de normas específicas, desde que respeitados os aspectos procedimentais do *rulemaking*, isto é, conforme disposto no Capítulo 5, Subcapítulo II, Seção 551 (5), do APA, o processo de formulação, emenda ou rejeição de um regulamento⁵⁸, regido pelos princípios da

⁵⁷ Alexander Hamilton, James Madison e John Jay (2001), ao examinarem as Constituições dos Estados americanos, constataram não haver um só caso em que os Poderes tivessem se conservado completamente separados e distintos, nos moldes clássicos ensaiados por Montesquieu. Para os autores, a estrutura de governo encontrada, ao contrário, significou forte sinal de precipitação e inexperiência com que se formulou, visto que, em alguns casos, o princípio fundamental da separação dos poderes foi violado em virtude de uma mistura excessiva e que em nenhum caso foram tomadas as precauções adequadas para manter na prática a separação descrita.

⁵⁸ O Capítulo 5, Subcapítulo II, Seção 551 (5), do APA, define o termo: “Para os fins deste subcapítulo – (5) ‘rule making’ significa o procedimento da agência para formular, emendar ou revogar uma

informação, da participação e da responsabilidade; e o princípio inteligível, que sustenta que o instrumento de outorga elaborado pelo Congresso contenha o alcance da competência concedida por meio da fixação *standards* e princípios claros, voltados a direcionar a atuação dos administradores, sob pena de representar a abdicação de sua função constitucional, e a servir de parâmetro ao grau de revisão judicial a ser implantado.

Não obstante vinculada ao disposto em lei, a atividade normativa dos entes reguladores contava com uma autonomia significativa para implementar políticas públicas, motivo pelo qual seriam submetidas, posteriormente e cada vez mais, a diversos mecanismos de controle no plano dos três Poderes. Tal fator também atraiu a atuação dos grupos de interesse sobre o processo regulatório norte-americano, concentrados em articular demandas políticas, buscar apoio de outros grupos por meio de barganhas e tentar transformá-las em políticas públicas, influenciando as decisões de entes regulatórios.

No país, a atuação dos grupos de pressão está inserida no que se convencionou chamar de *advocacy*. O termo refere-se às atividades realizadas por indivíduos, organizações ou grupos de interesse, como campanhas midiáticas, promoção de eventos, publicação de pesquisas e *lobby*, no interior das instituições do sistema político e sobre a opinião pública, com o objetivo de influir sobre a formulação de políticas e a alocação de recursos públicos.

O *lobby*, como uma das espécies de *advocacy*, é importante instrumento da democracia participativa perante instituições encarregadas de tomar decisões políticas e regulatórias produtivas com base no interesse público, levando em conta o pleito dos envolvidos no âmbito de um procedimento aberto e transparente. Aliás, o exercício da atividade é embasado pela Primeira Emenda à Constituição, que protege o direito de requerer ao governo uma reparação de queixas⁵⁹ e, por conseguinte, o direito à liberdade de expressão e o direito de petição.

norma". (*For the purpose of this subchapter — (5) "rule making" means agency process for formulating, amending, or repealing a rule*).

⁵⁹ O trecho mencionado é disposto da seguinte maneira na Primeira Emenda: "O Congresso não editará nenhuma lei a respeito do estabelecimento de uma religião ou proibição do seu livre exercício; ou restrição da liberdade de expressão ou de imprensa; ou do direito do povo de se reunir pacificamente e de peticionar ao governo para a reparação de queixas". (*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances*).

A princípio, não pressupõe o favorecimento de grupos específicos, uma vez que se caracteriza como uma ferramenta à disposição de quaisquer indivíduos, entidades e coalizões para influenciar a ação legislativa que afeta a todos. Em regra, os lobistas representam os interesses daqueles que não têm a oportunidade, a *expertise* ou o acesso para representá-los pessoalmente perante os formuladores de políticas, fazendo com que seus interesses sejam enfatizados e, com grande chance, atendidos.

Existe uma enorme variedade de grupos de interesse que fazem uso do *advocacy* e do *lobby* nos Estados Unidos, classificados, de forma simplificada, em grupos de interesse econômico, aqueles que buscam representar as demandas econômicas de organizações e entidades coletivas; e em grupos promocionais, que cuidam dos interesses de cada cidadão, a exemplo das causas ambientais e consumeristas⁶⁰. Não obstante esse pluralismo político, baseado na competição, na barganha e no compromisso mútuo entre grupos de interesses diversos, Thomas Dye e Harmon Zeigler (1970) apontam para uma ironia residente no fato de que o indivíduo não organizado não é páreo para a burocracia corporativa organizada, uma vez que a grande concentração de poder se torna inevitável. Caberia aos centros de poder contrários se equilibrarem entre si e, assim, protegerem os demais indivíduos de abusos.

O Estado norte-americano, apesar de operar sob a perspectiva do pluralismo, conta com políticas predominantemente elitistas, nas quais são favorecidos os interesses organizados dos grandes capitais e classes políticas, o que justifica o poder excessivo de certos grupos de pressão na cena política, realidade constantemente ignorada pelo público em geral.

Com base nisso, por muito tempo discutiu-se a regulamentação do *lobby* e das atividades dos lobistas, com a finalidade de impedir que interesses específicos controlassem o processo político, assegurar um comportamento ético por parte dos legisladores e funcionários estatais e aumentar a confiança da sociedade no governo. A regulamentação teria o propósito de restringir métodos escusos no exercício da pressão, como suborno, tráfico de influência, compadrio e gratificações,

⁶⁰ A classificação levou em conta o trabalho William Outhwite e Tom Bottomore (1996). Para os autores, existe uma distinção notável entre grupos de interesse econômico, caracterizados por representar os interesses dessa natureza de seus membros ou de causas particulares, como sindicatos e organizações setoriais; e grupos de interesses promocionais, que defendem questões de direito difuso, promovidas no interesse de todos, como os grupos defensores do meio ambiente.

em troca do acesso aos legisladores ou de votos, além de fornecer ao público informações sobre quais os grupos de interesse encontram-se envolvidos nas pautas normativas em discussão.

Para Edgar Lane (1964), já eram constatadas preocupações dos parlamentares estaduais norte-americanos com a regulamentação da pressão exercida por lobistas no processo legislativo do país em 1829. A influência ficou mais evidente na segunda metade do século XIX, durante a Era de Ouro das Ferrovias, assim conhecida em razão da multiplicação das concessões para construção de estradas de ferro, a partir da qual pautou-se o processo de regulamentação do transporte ferroviário. A época foi marcada por níveis elevados de corrupção associados à prática do *lobby*.

Craig Holman (2006) afirma que a primeira tentativa de regulamentação da atividade a nível federal ocorreu em 1876, quando a Câmara dos Deputados aprovou uma resolução exigindo o registro de lobistas na Secretaria Geral da instituição para a sessão legislativa daquele ano. Inspirados nessa medida, alguns estados criminalizaram o *lobby*. Entretanto, na prática, nenhum desses esforços foi sistematicamente aplicado. Somente a partir da década de 1930 viriam a surtir efeito, com destaque para a atuação do senador Hugo Black, do Alabama, que liderou a luta contra as práticas corruptas de *lobby* em Washington.

Após o escândalo ocorrido em 1935, no qual lobistas de uma associação de empresas de serviços públicos de energia elétrica tentaram impedir a aprovação de um projeto de lei desfavorável ao setor por meio do envio em massa de telegramas de idêntico teor ao Capitólio, passando-se por eleitores a exigir o voto contrário dos senadores, o Parlamento acrescentou, em legislações específicas, como a Lei da Marinha Mercante de 1936, disposições no sentido de ordenar o registro dos profissionais na Secretaria da instituição, ainda que a medida não se aplicasse para os demais setores econômicos.

Ao final dos anos 1930 e até meados dos anos 1940, o Congresso envidou esforços para promover uma regulamentação abrangente e sistemática do *lobby*, por meio do *Foreign Agents Registration Act* (FARA), de 1938, e do *Federal Regulation of Lobbying Act*, de 1946.

O primeiro, promulgado no período crítico que precedeu a eclosão da Segunda Guerra Mundial, por recomendação do Comitê McCormack, tinha por objetivo restringir a atuação de agentes estrangeiros na política norte-americana,

considerando os indícios de financiamento externo de movimentos nazistas e, posteriormente, pró-comunistas nos EUA.

O Título 22, Capítulo 11, Subcapítulo II, Seção 612 (a), do diploma dispunha que “nenhuma pessoa deve atuar como *agent of a foreign principal*”, a menos que estivesse isento de registro nos termos do subcapítulo ou tivesse apresentado ao Procurador-Geral uma declaração de registro verdadeira e completa⁶¹, que incluía nome do registrante, nacionalidade, endereços residenciais e comerciais, cópia de estatutos e contratos, natureza, valor e descrição detalhada das atividades exercidas.

Para os fins do dispositivo, considerar-se-ia *agent of a foreign principal* qualquer pessoa que atuasse como agente, representante, empregado ou servidor, ou que agisse a pedido, sob ordem, direção ou controle de um principal estrangeiro ou de uma pessoa cujas atividades fossem direta ou indiretamente supervisionadas, dirigidas, controladas, financiadas ou subsidiadas no todo ou na maior parte por um principal estrangeiro, e que diretamente ou por intermédio de qualquer outra pessoa: a) se envolvesse em atividades políticas nos Estados Unidos; b) atuasse como advogado de relações públicas, agente de publicidade, funcionário de serviço de informações ou consultor político; c) solicitasse, recebesse, desembolsasse ou distribuisse contribuições, empréstimos, dinheiro ou outras coisas de valor; ou d)

⁶¹ O dispositivo estabelece: “(a) Registro; conteúdo. Nenhuma pessoa deve atuar como agente de um principal estrangeiro, a menos que tenha apresentado ao Procurador-Geral uma declaração de registro verdadeira e completa e seus suplementos, conforme exigido pelas subseções (a) e (b) dessa seção ou a menos que esteja isento de registro sob as disposições deste subcapítulo. Salvo o disposto a seguir, toda pessoa que se tornar agente de um principal estrangeiro deverá, no prazo de dez dias a partir dessa data, apresentar ao Procurador-Geral, em duas vias, uma declaração de registro, sob juramento, em formulário prescrito pelo Procurador-Geral. A obrigação de um agente de um principal estrangeiro de arquivar uma declaração de registro deverá, após o décimo dia de se tornar tal agente, continuar dia a dia, e a rescisão de tal status não isentará tal agente de sua obrigação de arquivar uma declaração de registro durante o período em que foi agente de um principal estrangeiro”. ([a] *Filing; contents. No person shall act as an agent of a foreign principal unless he has filed with the Attorney General a true and complete registration statement and supplements thereto as required by subsections (a) and (b) of this section or unless he is exempt from registration under the provisions of this subchapter. Except as hereinafter provided, every person who becomes an agent of a foreign principal shall, within ten days thereafter, file with the Attorney General, in duplicate, a registration statement, under oath on a form prescribed by the Attorney General. The obligation of an agent of a foreign principal to file a registration statement shall, after the tenth day of his becoming such agent, continue from day to day, and termination of such status shall not relieve such agent from his obligation to file a registration statement for the period during which he was an agent of a foreign principal*).

representasse os interesses de tal principal estrangeiro perante qualquer agência ou funcionário do Governo dos Estados Unidos⁶².

Já o *Federal Regulation of Lobbying Act* almejou publicizar a atuação dos lobistas norte-americanos em geral, estabelecendo um procedimento similar ao do FARA, como o sistema de registro dos profissionais e divulgação dos gastos envolvidos, sem efetivamente regulamentar a conduta do *lobby*.

O diploma, em sua Seção 307, estatuiu sua aplicação a qualquer pessoa (exceto comitê político conforme definido na *Federal Corrupt Practices Act* e comitês estaduais ou locais devidamente organizados de um partido político), que por si mesmo, por intermédio de qualquer agente, funcionário ou pessoa, de qualquer forma, direta ou indiretamente, solicitasse, coletasse ou recebesse dinheiro ou qualquer outra coisa de valor a ser usado principalmente para ajudar na aprovação ou derrogação de qualquer legislação pelo Congresso dos Estados Unidos⁶³.

Em caso de inobservância, os lobistas sujeitavam-se às penalidades previstas na Seção 310: multa de não mais de U\$ 5 mil, prisão por não mais de 12 meses ou multa e prisão, em casos de delitos leves; proibição, por um período de 3 anos, a partir da data da condenação, de tentar influenciar, direta ou indiretamente, a aprovação ou derrota de qualquer proposta de legislação ou de comparecer perante uma comissão do Congresso em apoio ou oposição à proposta de legislação, em caso de contravenção; e multa de não mais de U\$ 10 mil, prisão por não mais de 5 anos ou multa e prisão, em caso de crime⁶⁴.

⁶² No original: *the term 'agent of a foreign principal' means — (1) any person who acts as an agent, representative, employee, or servant, or any person who acts in any other capacity at the order, request, or under the direction or control, of a foreign principal or of a person any of whose activities are directly or indirectly supervised, directed, controlled, financed, or subsidized in whole or in major part by a foreign principal, and who directly or through any other person — (i) engages within the United States in political activities for or in the interests of such foreign principal; (ii) acts within the United States as a public relations counsel, publicity agent, information-service employee or political consultant for or in the interests of such foreign principal; (iii) within the United States solicits, collects, disburses, or dispenses contributions, loans, money, or other things of value for or in the interest of such foreign principal; or (iv) within the United States represents the interests of such foreign principal before any agency or official of the Government of the United States.*

⁶³ *The provisions of this title shall apply to any person (except a political committee as defined in the Federal Corrupt Practices Act, and duly organized State or local committees of a political party), who by himself, or through any agent or employee or other persons in any manner whatsoever, directly or indirectly, solicits, collects, or receives money or any other thing of value to be used principally to aid, or the principal purpose of which is to aid, in the accomplishment of any of the following purposes: (a) The passage or defeat of any legislation by the Congress of the United States. (b) To influence, directly or indirectly, the passage or defeat of any legislation by the Congress of the United States.*

⁶⁴ SEC. 310. (a) Any person who violates any of the provisions of this title, shall, upon conviction, be guilty of a misdemeanor, and shall be punished by a fine of not more than \$5,000 or imprisonment for

Contudo, a Lei de Regulamentação do *Lobby* se provou, na prática, pouco elaborada e ineficaz, visto que muito vaga na definição de quem deveria se registrar; tornava as secretarias em depositárias de informações, em vez de efetivas fiscais do cumprimento da legislação; além de excluir o *lobby* exercido perante o Poder Executivo.

Em 1991, um estudo realizado pela *General Accounting Office* (GAO)⁶⁵ constatou tal inefetividade, ao especificar que cerca de 9.800 das 13.500 pessoas e organizações listadas como influenciadores no Capitólio no livro *Directory of Washington Representatives* não foram registrados como lobistas⁶⁶.

Como os escândalos políticos envolvendo o *lobby* não cessaram sob a vigência do *Federal Regulation of Lobbying Act*, foi proposta a sua reforma, em 1995, mediante a aprovação do *Lobbying Disclosure Act*, de cunho mais abrangente e restritivo, cobijando o êxito não alcançado pelo documento regulatório anterior.

A lei contou com definições e requisitos mais precisos⁶⁷, passando, por exemplo, a reconhecer como *lobby* atividades de preparação e planejamento, pesquisa ou outro trabalho de segundo plano que se destinasse, quando executado, a ser usado em contatos ou em coordenação com as atividades de *lobby* de outros

not more than twelve months, or by both such fine and imprisonment. (b) In addition to the penalties provided for in subsection (a), any person convicted of the misdemeanor specified therein is prohibited, for a period of three years from the date of such conviction, from attempting to influence, directly or indirectly, the passage or defeat of any proposed legislation or from appearing before a committee of the Congress in support of, or opposition to, proposed legislation; and any person who violates any provision of this subsection shall, upon conviction thereof, be guilty of a felony, and shall be punished by a fine of not more than \$10,000, or imprisonment for not more than five years, or by both such fine and imprisonment.

⁶⁵ Documento disponível em: <https://www.gao.gov/assets/110/104007.pdf>.

⁶⁶ O estudo selecionou uma amostra de 50 indivíduos dos 9.800 não registrados, dos quais 16 responderam, 12 deles confirmando a atividade de contactar membros do Congresso ou outros funcionários a fim de influenciar as ações do poder legislativo ou executivo, e 4 negando a realização de qualquer atividade dessa natureza. Ademais, o estudo apontou também que muitos relatórios entregues pelos registrados eram, além de atrasados, bastante incompletos, uma vez 90,5% não relataram recebimentos de salários, honorários ou comissões, e 98,8% não relataram gastos com relações públicas ou publicidade.

⁶⁷ De acordo com a Seção 3 (10) do *Lobbying Disclosure Act*, seria considerado lobista “[...] qualquer indivíduo que é empregado ou contratado por um cliente, em troca de compensação financeira ou de outra natureza, por serviços que incluem mais de um contato de *lobby*, exceto o indivíduo cujas atividades de *lobby* constituem menos de 20% do tempo envolvido nos serviços fornecido por tal indivíduo a esse cliente durante um período de seis meses”. (*The term “lobbyist” means any individual who is employed or retained by a client for financial or other compensation for services that include more than one lobbying contact, other than an individual whose lobbying activities constitute less than 20 percent of the time engaged in the services provided by such individual to that client over a six month period*).

profissionais, além de ampliar o alcance normativo para abarcar as atividades exercidas no âmbito do Executivo.

Novas complementações normativas ocorreram em 2007, com o intuito de aperfeiçoar os dispositivos do diploma de 1995, por meio da promulgação da *Honest Leadership and Open Government Act*, motivada pelos escândalos políticos associados ao lobista Jack Abramoff⁶⁸. Desta vez, deu-se maior ênfase ao mapeamento dos gastos em campanhas eleitorais no campo do Legislativo e do Executivo que pudessem influenciar a tomada de decisão dos responsáveis e gerar um poder de acesso e barganha equivalente ao lobista encarregado do auxílio.

Previu-se, na Seção 204 do Título II, que cada candidato ou partido político deveria incluir no relatório uma discriminação, contendo nome, endereço e empregador de cada lobista que tivesse fornecido duas ou mais contribuições em um valor agregado maior que o limite de U\$ 15 mil durante determinado período⁶⁹.

Além disso, nas Seções 205 e 206, a lei exigiu a publicização, pela Comissão Federal Eleitoral, em meio eletrônico, de toda informação referente a contribuições eleitorais oriundas do *lobby*, e proibiu o recebimento de presentes e viagens de lobistas por parlamentares e autoridades do Poder Executivo, cujo disciplinamento anterior cabia exclusivamente a cada uma das casas do Congresso.

Não obstante os múltiplos esforços de tornar a atividade do *lobby* mais transparente, ainda hoje se reconhece as fragilidades na regulamentação, já que ela se limita a regulamentar a divulgação das atividades, mas não de traçar as diretrizes para a conduta praticada.

⁶⁸ Jack Abramoff, lobista americano, foi condenado a 5 anos e 10 meses de prisão em 29 de março de 2006, após se declarar culpado de acusações de fraude, sonegação de impostos e conspiração por subornar funcionários públicos no contexto das atividades de *lobby* em favor dos seus negócios com a SunCruz Casinos.

⁶⁹ No original, lê-se: "Cada comitê descrito no parágrafo (6) deve incluir no primeiro relatório que deve ser arquivado de acordo com esta seção após cada período coberto (conforme definido no parágrafo (2)) uma programação separada estabelecendo o nome, endereço e empregador de cada pessoa razoavelmente conhecido pelo comitê como uma pessoa descrita no parágrafo (7) que forneceu 2 ou mais contribuições agrupadas ao comitê em um valor agregado maior que o limite aplicável (conforme definido no parágrafo (3)) durante o período coberto, e o agregado montante das contribuições agregadas fornecidas por cada uma dessas pessoas durante o período coberto". (*Each committee described in paragraph (6) shall include in the first report required to be filed under this section after each covered period (as defined in paragraph (2)) a separate schedule setting forth the name, address, and employer of each person reasonably known by the committee to be a person described in paragraph (7) who provided 2 or more bundled contributions to the committee in an aggregate amount greater than the applicable threshold (as defined in paragraph (3)) during the covered period, and the aggregate amount of the bundled contributions provided by each such person during the covered period*).

Na opinião de William Luneburg (2009), a regulamentação do *lobby* americano evoluiu gradualmente a ponto de ocupar um papel central entre as leis que buscam controlar os excessos da prática. No entanto, persistem lacunas no regime estatutário, a saber, a exclusão da definição de lobista dos indivíduos que fazem *lobby* em causa própria, os que o fazem na qualidade de voluntários e os indivíduos cujas atividades consomem menos de 20% do tempo destinado a determinado cliente durante um certo período, fatores esses que comprometem a consecução dos propósitos expressos na Lei de Transparência.

Ricardo Rodrigues (2012) nota que as experiências americanas de regulamentação do *lobby* têm evitado regulamentar a conduta dos indivíduos ou das organizações engajadas na prática do *lobby*, limitando-se a regulamentar a divulgação das atividades dessa natureza. Isso porque a transparência tem sido realçada pelos legisladores como a solução mais democrática e a menos dolorosa para os problemas respectivos. Reconhece também que as medidas não têm se caracterizado pela busca de um ideal igualitário de equilíbrio pluralista, que proporcione aos diversos grupos da sociedade civil as mesmas chances de influenciar os rumos das políticas públicas.

Ao contrário, Clive Thomas (1998) constata que as leis de regulamentação do *lobby* e os dispositivos a elas relacionados são produzidos, quase sempre, como reação a escândalos, abusos no processo político e mudanças de comportamento de políticos ou da opinião pública concernente à conduta do governo, sob uma tímida orientação do processo democrático.

No âmbito da atuação das agências reguladoras norte-americanas, as preocupações quanto à influência indevida de grupos de pressão também têm repercutido em múltiplas pesquisas, mormente correlacionadas com os procedimentos de consulta pública, o *lobby off the public record*, o financiamento de campanhas eleitorais e o fenômeno da *revolving door*.

Já na década de 1980, Matthew McCubbins, Roger Noll e Barry Weingast (1987) realizaram uma análise acerca da função dos procedimentos que as burocracias públicas, como as agências reguladoras, empregam ao implementar políticas públicas. A perspectiva sustentou que os procedimentos administrativos aplicados às agências, como os previstos no APA, no *Environmental Policy Act* (EPA), no *Freedom of Information Act* (FOIA) e no *Government in the Sunshine Act*,

foram projetados propositadamente para permitir ao Congresso controlar e influenciar as decisões políticas das agências.

Quer dizer, os procedimentos criados conceberam um ambiente institucional de tomada de decisão que espelharia os interesses da coalizão política responsável por delinear suas diretrizes de atuação, a saber, o Congresso, interessado na ligação existente entre os resultados das políticas públicas, inclusive daquelas implementadas por agências burocráticas, e a capacidade dos seus membros de se reelegerem.

Nesse caso, o *notice-and-comment rulemaking*, prevista na Seção 553 (b), do APA, que determina a notificação pública da intenção da agência de editar um regulamento sobre determinado assunto e a solicitação de comentários das partes interessadas, seria um importante canal de monitoramento político das decisões burocráticas. Por meio dele, as agências considerariam os interesses dos grupos suficientemente organizados para enviar os comentários e, por conseguinte, para influir sobre a política eleitoral.

A propósito, Stuart Shapiro (2007) pontua que praticamente todos os procedimentos no processo regulatório norte-americano foram promulgados por congressos ou presidentes republicanos que se opunham à regulamentação, como uma espécie de freio à ação da agência. Possuindo natureza antirregulatória, os controles impostos teriam um impacto maior sobre os esforços regulamentadores do que nas iniciativas desregulamentadoras.

O autor realizou uma comparação acerca do processo regulatório sob as administrações de Bill Clinton e George Bush, considerando as diferentes preferências regulatórias de ambos, nos meses de novembro e dezembro de 1999 e 2003, e atribuiu especial enfoque para as variáveis relacionadas aos comentários públicos sobre os regulamentos. Alguns dos achados foram os seguintes: a) as administrações Clinton e Bush fizeram amplo uso das isenções, isto é, das dispensas dos comentários públicos no processo regulatório, por considerá-los desnecessários ou impraticáveis, o que representa um percentual que extrapola 47% no governo do primeiro e 40% no governo do segundo, dentre os regulamentos emitidos no período; b) nos dois períodos analisados, aproximadamente a mesma proporção (37%) de propostas das agências em que havia a possibilidade de o público opinar não recebeu comentários; c) uma média de 1.347 comentários foram recebidos sobre os regulamentos de 2003 e uma média de apenas 27 comentários

foram recebidos sobre os de 1999, diferença amplamente atribuída a três normativos da administração Bush, incidentes sobre o procedimento de consulta da *Endangered Species Act*, a utilização de motos de neve nos parques nacionais e a inversão da política da Administração Clinton sobre a construção de estradas nas florestas nacionais, sem os quais o número médio de comentários recebidos no governo Bush caiu para 39; e d) nos dois governos, em todas os regulamentos emitidos com o benefício do comentário público, aproximadamente 70% do quantitativo não receberam alterações ou apenas pequenas alterações (SHAPIRO, 2007).

Da pesquisa, infere-se que, apesar das preferências ideológicas díspares entre os políticos norte-americanos, ambos usaram o procedimento do *notice-and-comment* do APA de maneira semelhante, ao dispensar consultas a respeito de muitos regulamentos, receber números semelhantes de comentários para as propostas emitidas e dificilmente alterar as propostas com base nos comentários recebidos.

O estudo realizado por Wesley Magat, Alan Krupnick e Winston Harrington (1986) acerca da influência dos comentários públicos sobre a regulamentação proposta pelas agências norte-americanas, em especial pela EPA e ao *Clean Water Act*, apresentou conclusão similar. Os pesquisadores avaliaram que, embora os comentários sejam considerados pelas agências, as propostas geralmente são muito pouco alteradas em resposta aos argumentos levantados pelas partes interessadas.

Os resultados de Marissa Golden (1998), William West (2004) e Susan Webb Yackee (2006) seguem o mesmo caminho. Apesar de constatarem que os interesses econômicos estão mais propensos a enviar comentários às propostas quando comparados com os representantes de outros segmentos da sociedade, as mudanças tendem a ser pequenas, limitadas à supressão de trechos e, em sua maioria, relacionadas a temas que não recebam muita atenção política.

No caso do *lobby* exercido em momento anterior à consulta pública, Susan Yackee (2012) analisou o conteúdo de documentos governamentais extraídos de 7 agências do governo federal e realizou uma pesquisa por telefone com as partes interessadas, destacando a atividade que ocorre durante o estágio de pré-proposta de políticas regulatórias. Durante a elaboração do projeto, grupos de interesse fazem o *ex parte lobbying* ou *lobby off the public record* para influenciar o conteúdo dos regulamentos propostos e até mesmo bloquear itens da agenda regulatória por

completo, garantindo a eliminação de regulamentos indesejados antes de sua divulgação, mediante compartilhamento de informações políticas a reguladores.

O estudo promovido por Wendy Wagner, Katherine Barnes e Lisa Peters (2011) acerca dos registros da EPA de 1994 a 2009 revelou evidências semelhantes. De acordo com os pesquisadores, grupos do setor industrial detinham um monopólio virtual de comunicações informais com a EPA, que ocorriam antes de as regulamentações propostas estarem disponíveis ao público. Em média, os grupos se envolveram 170 vezes mais em comunicações informais com a EPA do que os demais atores.

A investigação de Simon Haeder e Susan Yackee (2015) apresentou forte correlação entre grupos de pressão atuantes junto ao *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA), órgão revisor das regulamentações ligado ao gabinete do Chefe do Executivo, e alterações favoráveis nas normativas do setor. Pontuam os pesquisadores que a revisão feita pelo *Office of Management and Budget* (OMB) pode facilitar o *lobby* de grupos por mudanças de políticas, especialmente quando há consenso entre eles. Ainda, é mais provável que as mudanças ocorram em benefício de interesses representativos de grandes negócios.

Sob a perspectiva do financiamento de campanhas eleitorais, Rui de Figueredo e Geoff Edwards (2007) coletaram dados a nível estadual para averiguar os efeitos de contribuições eleitorais sobre decisões regulatórias do setor de telecomunicações nos EUA, em especial aquelas que versam sobre determinação de preços. Os resultados apontam fortes evidências de que o dinheiro privado na forma de contribuições para o financiamento de campanhas eleitorais influencia as políticas públicas. Nos casos investigados, quando as contribuições de campanha por parte de empresas encarregadas do serviço eram relativamente mais altas, também o eram os preços autorizados que poderiam ser cobrados por elas.

Nesse seguimento, Marianne Bertrand, Matilde Bombardini e Francesco Trebbi (2011), explorando dados do *Senate Office of Public Records* e relatórios da *Federal Election Commission* do período de 1999 a 2008, apuraram que a manutenção de conexões com os políticos compreende eixo central na atividade dos lobistas. A ligação política, principalmente por meio de doações para campanhas políticas, afeta diretamente no *lobby* desempenhado. Os lobistas parecem mudar sistematicamente o discurso conforme variam as atribuições dos políticos com os quais se relacionam, o que evidencia a preponderância da pessoa que se defende

em detrimento das questões defendidas. Foram encontradas evidências de que lobistas especializados são frequentemente premiados, embora, para os fins da atividade exercida, o prêmio de maior valia seja a conexão nutrida junto a políticos, legisladores e reguladores.

Em relação à influência indevida dos grupos de pressão em decorrência do fenômeno da porta giratória, William Gormley (1979) apresentou um estudo acerca dos padrões de votação dos 7 membros da *Federal Communications Commission* (FCC) no lapso temporal de 1974 a 1976. A conclusão foi no sentido de que o histórico profissional do regulador no setor objeto de regulação pode afetar o seu comportamento, tornando-o significativamente mais tendencioso a trabalhar por políticas favoráveis aos interesses da indústria, quando comparado aos reguladores que não apresentavam tal histórico. Gormley averiguou a mesma situação para aqueles que detiveram algum tipo de ligação partidária. Os republicanos, por exemplo, tendiam a votar consistentemente em favor do interesse da indústria.

Jeffrey Cohen (1986), usando dados de 1955 a 1974, revisita a questão. Para ele, tanto a experiência privada anterior como a expectativa de migrar profissionalmente para o setor privado pós-agência são fatores capazes de afetar as decisões do regulador no âmbito da FCC. Durante toda a sua carreira, o regulador tende a atuar de forma mais solidária aos interesses da indústria regulada com a qual é próximo, ainda que a extensão desse apoio seja difícil de mensurar, uma vez que a inclinação pode se confundir com a ideologia político-partidária do indivíduo.

Em pesquisa mais atual, Haris Tabakovic e Thomas Wollman (2018) coletaram dados do *Patent and Trademark Office*. Na análise, observou-se que muitos funcionários da agência ingressaram posteriormente nas próprias empresas cujos pedidos de patente haviam examinado e pareciam tratar seus pedidos de maneira mais favorável à época, por exemplo, concedendo-lhes mais patentes do que concediam a outras empresas e, ainda, patentes de menor qualidade. Embora isso, por si só, não seja prova de comportamento *rent-seeking*, outros indícios sugerem a ocorrência de captura regulatória, como a constatação de que tais efeitos eram mais fortes nos anos em que as empresas estavam contratando.

É de se observar que os dados apresentados, não obstante não se possa afirmar categoricamente a ocorrência da captura, por se tratar, em muitas das hipóteses analisadas, de evidências e não de provas propriamente ditas, indicam a predominância da influência de grupos econômicos e políticos organizados sobre a

formulação das regulações pelas *agencies* norte-americanas, assim como junto a instituições encarregadas de seu controle, o que suscita inevitável questionamento sobre o efetivo grau de independência e imparcialidade do processo regulatório no país.

À vista disso, parece imperiosa a necessidade de incremento da transparência no que concerne aos procedimentos decisórios e ao reforço dos mecanismos de controle realizado pelos demais poderes incidentes sobre a atividade regulatória.

Para citar alguns mecanismos de supervisão da atividade das agências no âmbito do Legislativo, Kenneth Warren (1996) destaca quatro tipos de fiscalização que o Congresso exerce sobre a atuação das agências: quando possui o poder de criá-las e organizá-las, de monitorar seus orçamentos, de investigar suas atividades e de controlar sua atuação por meio da aprovação de leis que as guiem, a exemplo do APA. Tais fiscalizações decorrem da exigência de legislação para estruturação, regulamentação e financiamento das agências independentes, competência típica do Congresso, que, para além de enumerar poderes, deveres e funções a serem exercidas pelos entes, pode neutralizar, por intermédio de legislação posterior, certas condutas por eles praticadas, caso haja incompatibilidade diante das normas regentes.

No entanto, o Congresso nem sempre precisa agir mediante atividade legislativa propriamente dita para impactar as decisões das agências, tal como se depreende do controle realizado pelo procedimento de desaprovação descrito no *Congressional Review Act*, quando, então, a norma editada não produzirá efeitos; da necessidade de ratificação do processo de nomeação dos diretores das entidades, em muitos casos por meio de maioria qualificada; e da possibilidade de realização de audiências em comissões especializadas, a fim de avaliar os pormenores das atividades desempenhadas.

Para Robert Cushman (1941), é na aprovação do orçamento que reside o principal controle exercido pelo Poder Legislativo. A aprovação ou a reprovação do desempenho dos entes reguladores não só pode aumentar ou reduzir o seu orçamento, mas também terá condições de delimitar os fins para os quais os fundos devem ou não ser utilizados.

Luiz Eduardo Diniz Araújo (2018) lembra, ainda, o papel desempenhado pelo *Government Accountability Office* (GAO), que, similar às Cortes de Contas

brasileiras, possui a função de investigar como o governo federal aplica os recursos arrecadados, além de analisar as normas editadas pelas agências reguladoras.

Na esfera executiva, o principal instrumento de controle que a Constituição dos Estados Unidos confere ao chefe do Poder Executivo é a sua direta participação no processo de nomeação de diretores, acompanhado da confirmação do Senado, como estabelece o Artigo II, Seção 2, do *Appointments Clause of the Constitution*⁷⁰, bem como de destituição, observada a vedação contra remoções arbitrárias.

Além disso, são expedidas ordens executivas dirigidas aos funcionários das agências, com o objetivo de garantir a execução da lei e coordenar a atividade regulatória, para que essa esteja em consonância com as políticas públicas do titular do Executivo. Cita-se, como exemplo, a autoridade do presidente para modificar a estrutura organizacional da burocracia, por meio da apresentação de um plano de reorganização ao Congresso, transferindo funções de um departamento para outro, prevista no *Executive Reorganization Act*, Seções 901 a 912.

Ressalta-se também que os regulamentos propostos pelas agências devem ser submetidos à análise e aprovação de órgão integrante da estrutura do gabinete do Presidente, o OMB, assim como seus orçamentos, de maneira prévia ao Congresso, em que eventual desaprovação poderá ocasionar bloqueio de dotações na Casa Legislativa.

Na sequência, o APA prevê, como medida basilar de controle de sua atuação, a revisão judicial das decisões, submetendo-as à *hard-look doctrine*, por meio da qual o Judiciário preserva o direito no processo regulatório e invalida atos desarrazoados.

O método da *hard-look review* permite o exame da atividade das agências, em especial a normativa, ao perpassar por aspectos procedimentais e materiais dos

⁷⁰ O artigo, em seu original, estipula: "Ele terá poder, por e com o conselho e consentimento do Senado, para fazer tratados, desde que dois terços dos senadores presentes concordem; e ele deve nomear, e com o conselho e consentimento do Senado, embaixadores, outros ministros públicos e cônsules, juizes da Suprema Corte e todos os outros oficiais dos Estados Unidos, cujas nomeações não estão aqui previstas de outra forma, e que será estabelecido por lei: mas o Congresso pode, por lei, atribuir a nomeação de tais oficiais inferiores, conforme considerem apropriado, somente ao Presidente, nos tribunais de justiça ou nos chefes de departamentos". (*He shall have power, by and with the advice and consent of the Senate, to make treaties, provided two thirds of the Senators present concur; and he shall nominate, and by and with the advice and consent of the Senate, shall appoint ambassadors, other public ministers and consuls, judges of the Supreme Court, and all other officers of the United States, whose appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by law: but the Congress may by law vest the appointment of such inferior officers, as they think proper, in the President alone, in the courts of law, or in the heads of departments*).

atos emitidos por elas, ao mesmo tempo em que são levados em consideração os interesses dos envolvidos, os princípios estabelecidos pelo legislador, as demandas levadas pelas partes ao processo e outras questões relevantes, como o custo-benefício da medida regulatória.

Esse procedimento de limitação e revisão da capacidade normativa atribuída pelo Legislativo às agências vem sendo adotado, tradicionalmente, sob a forma de duplo teste, previsto no caso *Chevron*⁷¹. O padrão de revisão judicial estabelecido foi estruturado em duas etapas e consiste em, primeiramente, examinar a clareza e a precisão da matéria objeto de estudo por parte do Congresso. Se a intenção do órgão é clara, precisa e isenta de ambiguidade, a Corte revisora e a agência devem aplicar o disposto em lei. Desse modo, o tribunal deve invalidar toda norma editada pela agência que implique em interpretação regulatória contrária à lei.

Ultrapassada a primeira etapa, se o Judiciário conclui que o Congresso expressou sua intenção de maneira ambígua ou omissa, porém dispondo de parâmetros mínimos necessários para que a agência reguladora a interprete e confira densidade técnica, com vistas a efetivá-la, então os tribunais não podem atribuir automaticamente significado aos preceitos legislativos, em função de não reunirem a necessária *expertise*. Nessa hipótese, aplica-se o princípio da deferência⁷², por meio do qual os tribunais seguem o entendimento das agências, em vez de substituí-lo, desde que a interpretação conferida à lei seja admissível.

⁷¹ Em 1984, a Corte Suprema resolveu o caso *Chevron*, um dos mais citados e relevantes para o Direito Administrativo norte-americano, cuja sentença tradicionalmente se identifica com a doutrina da deferência. Na sentença *Chevron v. Natural Resources Council*, foram julgados regulamentos editados pela *Environmental Protection Agency*, segundo os quais seria possível tratar distintas instalações emissoras de poluentes ao meio ambiente de um mesmo grupo industrial como se estivessem incluídos em uma mesma *bubble*. O Tribunal de Circuito descreveu o conceito de *bubble* como contrário à *Clean Air Act*, que não o definiu, tampouco explicitou o que tinha de ser entendido por fontes fixas de emissão. A Suprema Corte anulou a referida sentença, alegando que quando um Tribunal estabelece que o Congresso, ao redigir a lei, não especificou diretamente a questão ajuizada, o Tribunal não pode simplesmente impor sua própria interpretação da lei. Em vez disso, se a lei é silenciosa ou ambígua em relação ao assunto debatido, a análise que cabe ao Tribunal é se a determinação da agência administrativa se baseia em uma interpretação permitida da lei, isto é, se ela é razoável ou não. Se for, essa escolha deve ser imposta ao Tribunal, o qual deverá conceder deferência à interpretação da lei feita pela Administração. E mais, para pôr em dúvida essa deferência, deve haver indicações compulsórias acerca da conclusão a ser tomada, não bastando que a questão possa suportar conclusões diferentes.

⁷² A decisão proferida no caso *Skidmore v. Swift & Co.*, em 1944, consagrou definitivamente o princípio da deferência no Direito norte-americano. O litígio versava sobre ressarcimento e indenização por horas extras supostamente devidas pela empresa *Swift & Co*, com base no *Fair Labor Standards Act*, de 1938. Discutia-se se o período de espera, em que os trabalhadores permaneciam na empresa, à noite, sem qualquer outra atividade além de atender raros alarmes, deveria ser considerado tempo de trabalho. A Suprema Corte, revertendo decisão das instâncias

Busca-se, com isso, garantir a conformidade dos atos com os elementos apresentados no procedimento regulatório e a inequívoca razoabilidade desses, diante da comparação com as finalidades legais a que se destinam, sem determinar, contudo, a solução correta que deveria ter sido tomada pela agência⁷³.

Por último, merece realce o controle da opinião pública contra atuações desarrazoadas das agências, por meio de audiências, consultas públicas e conselhos consultivos. Nesse aspecto, o APA, em seu Capítulo 5, Subcapítulo II, Seção 553 (c), prevê o procedimento do *notice-and-comment*, que determina a publicação de aviso a respeito de propostas de regulamentação, sobre as quais se possibilita ao público tirar dúvidas e contribuir com sugestões, a serem consideradas pelas agências para a elaboração do texto final⁷⁴.

O desafio é contornar o baixo grau de organização e mobilização da sociedade civil nessas questões, a fim de evitar que seja realizado de forma tímida e desempenhe papel meramente opinativo, desprovido de qualquer poder de coerção.

inferiores, esposou o entendimento de que tal período poderia constituir horas trabalhadas, visto que nada na legislação ou na jurisprudência impediam essa interpretação. Foi estabelecido, ainda, um teste para determinar o grau de deferência que o Judiciário deveria conferir às interpretações legais realizadas pelas agências, fundamentado no argumento de que, embora não apresentassem efeitos vinculantes, as interpretações se dariam no exercício do dever funcional do regulador e baseadas em conhecimentos especializados, estranhos aos juízes. A intensidade do controle judicial, portanto, deveria corresponder inversamente à qualidade da fundamentação do ato regulatório, levando em conta a profundidade demonstrada em suas considerações, a validade ou lógica de sua argumentação, a coerência com posicionamentos anteriores e posteriores e demais fatores que lhe confiram força persuasiva.

⁷³ Não obstante a tradição da doutrina *Chevron* e da aplicação do princípio da deferência, ressalta-se que, em decisões mais recentes, como a *Utility Air Regulatory Group v. EPA* (2014), *Perez v. Mortgage Bankers Association* (2015), *King v. Burwell* (2015) e *Michigan v. EPA* (2015), a Suprema Corte norte-americana vem apresentando uma tendência de comprimir a deferência concedida pela *Chevron* às decisões das agências, destacando a preocupação existente com o potencial excesso da competência em relação aos *standards* legais definidos e a possível violação da separação de poderes. Em 2019, reacendeu-se a discussão, no caso *Kisor v. Wilkie*, que envolveu um veterano a quem foram negados alguns benefícios do *Department of Veterans Affairs* dos Estados Unidos devido à interpretação da agência de seus regulamentos. Na decisão, a Suprema Corte restringiu as circunstâncias sob as quais os tribunais inferiores reconhecerão a deferência, ao determinar que a medida só se aplica a termos genuinamente ambíguos, e que a maioria deles, depois de empregadas todas as ferramentas de interpretação, possui um único significado lógico, motivo pelo qual as demais cortes devem realizar uma análise completa e detalhada sobre a interpretação da agência no caso concreto.

⁷⁴ É a redação do diploma: “(c) Após a notificação exigida por esta seção, a agência deverá dar aos interessados a oportunidade de participar da elaboração das regras por meio da apresentação de dados escritos, opiniões ou argumentos, com ou sem oportunidade de apresentação oral. Após consideração da matéria apresentada, a agência deverá incorporar nas normas adotadas uma declaração geral concisa de sua base e finalidade”. ((c) *After notice required by this section, the agency shall give interested persons an opportunity to participate in the rule making through submission of written data, views, or arguments with or without opportunity for oral presentation. After consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose*).

Vê-se que, no modelo norte-americano, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além da sociedade, atuam em convergência na revisão dos atos normativos regulatórios quanto ao limite e à legalidade de atuação das agências na atividade normativa e à correção do procedimento por elas adotado, em prol da eficiência, razoabilidade, proporcionalidade e conformidade da decisão adotada com as finalidades legais e o equilíbrio dos setores regulados. Há que se reconhecer que, ainda assim, existe a necessidade de reforçar a transparência no que diz respeito aos procedimentos decisórios das *agencies* e ao controle realizado pelos Poderes do Estado e, principalmente, daquele exercido pela participação social.

5 A CAPTURA REGULATÓRIA E O MODELO DE AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

5.1 A atuação dos grupos de interesse e da cultura política no Brasil

A partir dos anos 1980, o Brasil experimentou um período de acentuado crescimento do número de grupos de representação política⁷⁵. Pode-se atribuir o fato, sem prejuízo do reconhecimento de outros fatores, ao momento histórico de transição para a democracia pluralista, conduzido à luz do direito à liberdade de manifestação e fiscalização do poder público, assim como ao modelo do presidencialismo de coalizão estabelecido pela Constituição de 1988, responsável por haver incrementado as prerrogativas do Chefe do Executivo e o papel decisório do Congresso Nacional.

Nessa configuração, tornou-se indispensável o estreitamento das relações entre o Executivo e o Legislativo, uma vez que o Presidente, para governar, necessita negociar e coordenar sua agenda política com a base parlamentar. Como consequência do fortalecimento da relação entre Poderes, foram provocadas alterações também no sistema de representação de interesses nas duas arenas, o que fomentou a atuação dos grupos de pressão em busca da concretização de seus objetivos, valendo-se de mecanismos variados, dentre eles o *lobby*.

Eli Diniz (2003) observa que as transformações desencadeadas na organização política, institucional e social do país a partir da década de 1980 geraram uma sociedade cada vez mais articulada na relação com os órgãos estatais e estratégica quanto aos canais de acesso aos centros de decisão. Consolidou-se, por essa razão, um sistema híbrido e multipolar capaz de dar forma e expressão a interesses multisetoriais, acarretando o rompimento do monopólio da representação corporativista característica do Governo Vargas.

Embora se verifique uma maior atividade da organização da sociedade a partir dos anos 1970 e, simultaneamente, um aumento significativo na representação

⁷⁵ Segundo Santos (2014), no período de 1983 a 2012, constata-se um crescimento significativo da atuação dos interesses organizados na Câmara dos Deputados, que passou de 47 organizações representativas de diferentes interesses, registradas em 1983, para um total de 179, no biênio 2011-2012. Os dados observados pelo autor embasam a tendência apontada pela literatura da revalorização do Poder Legislativo como arena política a partir da promulgação da Constituição de 1988.

de interesses no Congresso Nacional, é de se reconhecer a atuação dos respectivos grupos perante o Poder Público muito antes do período assinalado.

Ney de Lima Figueiredo (2011), por exemplo, afirma que a primeira manifestação de *lobby* registrada formalmente em favor de setores empresariais data do governo de Dom Pedro I, por meio de sua amante, Domitila de Castro Canto e Melo, mais tarde Marquesa de Santos. Conta o pesquisador que, em 16 de janeiro de 1827, Felício Moniz Pinto Coelho da Cunha solicitou a Domitila, em razão do poder exercido junto ao imperador, favores especiais relativos à venda das lavras de minérios aos ingleses, prometendo-lhe uma comissão equivalente à metade do valor superfaturado da operação.

Igualmente, Mário Augusto da Silva Santos (1973) certifica a Associação Comercial da Bahia como grupo de pressão já em 1840, ano de sua reformulação e engajamento nas funções consultiva, arbitral e reivindicatória do Império, e, a partir de 1889, exercendo um papel eminentemente político. A atuação da entidade comercial no seio de uma sociedade cuja economia era essencialmente mercantil demonstrou uma maior dimensão que a de um simples grêmio profissional, uma vez que os interesses nela representados visavam a obter benefícios econômicos para seus filiados e, para tanto, dependiam da dinâmica política regional, ou seja, das decisões do Poder Público, para serem efetivamente alcançados. Em razão disso, foram empreendidos instrumentos diretos, como o recurso a argumentos, ameaças e greves, e indiretos, por intermédio da ação de políticos estranhos aos quadros da entidade nos órgãos legislativos, para pleitear as medidas que agradassem o alto comércio.

Murillo de Aragão (1996) lembra a atuação mais recente dos proprietários de emissoras de rádio e televisão no país durante as discussões sobre o Código Nacional de Radiodifusão, em 1962, que favoreceu a derrubada de mais de 50 vetos presidenciais no Congresso Nacional. Além desse caso, o autor cita outros que contaram com forte ação de *lobbying*, como a criação da Petrobrás, nos anos 1950; o Estatuto do Trabalhador Rural, no início dos anos 1960; a criação do Banco Central e o Estatuto da Terra, ambos de 1964; a campanha da anistia política, nos anos 1970; a Lei da Reserva de Mercado da Informática e o Estatuto da Microempresa, em 1984; a Assembleia Nacional Constituinte, ocorrida entre 1987 e 1988; e o Código de Defesa do Consumidor, em 1990.

Em essência, o *lobby* exercido pelos grupos de interesse representa a atuação organizada da sociedade civil de supervisão dos representantes do povo e de participação na formulação de políticas públicas, em legítimo exercício e aperfeiçoamento da qualidade da democracia no país. Cuida-se da fiscalização vertical, realizada de baixo para cima, dos cidadãos para os governantes, conhecida como *grassroots lobbying* ou *lobby* indireto.

Na prática, a atividade é concebida de forma negativa. As redes de grupos de pressão integram uma estrutura de informação e influência cuja ambição fundamental é convencer os centros decisórios do Poder Público a conduzir as políticas públicas de modo a beneficiar ou ao menos não prejudicar interesses de determinados setores da sociedade brasileira. O *lobby* é regularmente visto como um custo de transação vital para a prevalência das preferências do setor que se defende na disputa com outros setores afetados pelas decisões governamentais, que se valem do poder de barganha, isto é, da troca de recursos de influência, como o apoio eleitoral e o conhecimento técnico.

No país, as atuações lobistas são mais facilmente identificadas no âmbito do Legislativo e do Executivo. No primeiro caso, por comandarem o processo legislativo federal, a Câmara dos Deputados e o Senado parecem ser as arenas nas quais se vislumbra uma maior factibilidade de se obter resultados positivos por meio do *lobby*.

Além disso, a redução da possibilidade de edição de medidas provisórias e da tramitação de projetos de lei em regime de urgência observada nos últimos anos propiciou uma maior capacidade dos sistemas de comissões do Congresso Nacional de manter ou modificar o *status quo* e, devido a essa relevância estratégica, vem atraindo os grupos de pressão interessados em alterar o curso do processo decisório.

Nesse intento, o trabalho dos lobistas ocorre não somente pelo contato direto formal ou informal com os parlamentares, mas também recorrendo à participação em audiências públicas, contato com a assessoria técnica e acompanhamento de reuniões de trabalho das comissões. Podem ser citadas também as articulações políticas empreendidas por financiamento de campanhas eleitorais, junto a órgãos reguladores ou na atuação do Poder Executivo.

Ênio Zampieri (2013), ao examinar especificamente o *lobby* nas comissões permanentes da Câmara dos Deputados, sustenta que a atuação se desenrola em três momentos principais: na definição da relatoria, na elaboração do parecer e na

tomada de decisão da comissão. Em cada fase do ciclo, as relações dos grupos de pressão se desdobram com deputados em diferentes funções, seja presidente, relator ou membro deliberativo no plenário.

Os temas levados à negociação pelos grupos organizados são variados e nem sempre envolvem assuntos econômicos. Relacionam-se a políticas públicas nas áreas de segurança pública, indústria, meio ambiente, agronegócio, planos de saúde e funcionalismo público, para citar algumas.

Manoel Leonardo Santos (2014), em análise do cadastro de grupos de interesse e assessores parlamentares mantidos pela Primeira Secretaria da Câmara dos Deputados no período de 1983 a 2012, atesta essa pluralidade, destacando a participação da representação sindical e das organizações privadas, que compõem a parcela mais significativa dos registros, em situação oposta às organizações profissionais e das ONGs, com representações tímidas. As grandes corporações e a burocracia estatal merecem igual notoriedade. Na visão do autor, no entanto, as duas assumem uma estratégia de atuação atomizada e pontual, sendo a última circunscrita a matérias orçamentárias, melhorias de carreira, alterações estruturais, reformas institucionais, mudança no marco regulatório, entre outros.

Na mesma linha, Pablo Silva Cesário (2016), ao mapear as relações entre grupos de interesse no Congresso Nacional brasileiro com base em dados extraídos dos relatórios das audiências públicas e seminários nos anos de 2011 e 2012, afirma a existência de uma população de grupos de interesse bastante diversificada atuando no Legislativo. De modo geral, constata uma rede de grupos de interesse de baixa densidade, marcada por poucas interligações. Outra característica relevante é a participação de organizações especializadas ao redor de políticas públicas específicas. Essas características devem produzir efeitos, como a especialização de grupos de interesse, pouco espaço para negociações cruzadas entre grupos e dificuldades para a construção de coalizões amplas.

Por outro lado, a pluralidade, não obstante seja positiva e desejada em uma democracia, evidenciou as fragilidades do sistema. Grupos com alto poder político e econômico dispõem de mais ferramentas para atrair a atenção dos parlamentares, o que pode implicar melhores resultados na atividade de influência sobre pautas legislativas de seus interesses. Entre os instrumentos de influência, citam-se as contribuições a campanhas eleitorais, representação explícita de um investimento para a obtenção de políticas favoráveis.

A respeito, Mário Scheffer e Lúgia Bahia (2013) verificaram que, nas eleições de 2010, empresas de planos de saúde destinaram R\$ 12 milhões em doações oficiais para as campanhas de 157 candidatos a cargos eletivos. O apoio financeiro contribuiu para eleger 38 deputados federais, 26 deputados estaduais, 5 senadores, além de 5 governadores e da presidente da República. A participação dos planos de saúde em 2010 foi mais expressiva do que nas eleições de 2006, quando as empresas do setor repassaram R\$ 8,6 milhões, e do que nas eleições de 2002, quando essas empresas destinaram R\$ 1,3 milhão. Apesar de não ter sido objeto do estudo a comprovação da relação causal entre o financiamento das campanhas com a atuação do parlamentar ou do governante em defesa dos planos, é inegável o incentivo gerado para contrapartidas dos beneficiados, sob a forma de apresentação de projetos de lei, relatórios, pareceres, requerimentos, votações em defesa dos interesses do setor econômico e contra proposições que os contrariem, além da aprovação de nomes para os cargos de diretores da ANS.

Sob o prisma do *lobby* praticado pelo Conselho Nacional da Indústria (CNI), Santos (2014) constatou que, das 481 proposições constantes da Agenda Legislativa da Indústria na Câmara dos Deputados no período 1996-2010, o setor logrou êxito em 63% delas. 43% das proposições foram efetivamente deliberadas, resultando em 29% convertidas em norma jurídica e 13% rejeitadas explicitamente. O restante se deu pelo arquivamento por fim de legislatura, por ser a proposição prejudicada ou por ter sido retirada pelo autor. Com base nos dados apresentados, ressalta que boa parte do sucesso da indústria está associado à manutenção do *status quo*.

Há que se ressaltar, ainda, que os grupos de interesse não restringem sua atuação ao âmbito do Congresso Nacional. Atuam também junto a entidades da Administração Pública, tais como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), bancos públicos e as agências reguladoras.

Nesse plano, o *lobby* se relaciona diretamente à forma como o sistema político encontra-se estruturado: impõe-se uma relação harmônica entre Executivo e Legislativo, ao congregar agenda de governo, iniciativa legislativa e maioria parlamentar, ou seja, o Executivo possui a competência de definir determinadas matérias a serem examinadas pelo Congresso, ao passo que ao Legislativo cabe a condução dos debates e consequente aprovação dessas.

Sérgio Abranches (1988) valeu-se da expressão “presidencialismo de coalizão” para referir-se à combinação de proporcionalidade, multipartidarismo e presidencialismo imperial que organiza o Executivo brasileiro em grandes coalizões. Em decorrência das votações eleitorais independentes, o partido do Presidente não representa a maioria no Parlamento, condição que lhe exige um esforço adicional para consolidar uma base de apoio político com vistas a viabilizar suas iniciativas.

Para o autor, a constituição dessa base de apoio se desdobra em três momentos distintos: o da constituição da aliança eleitoral, que demanda a negociação em torno de diretivas programáticas e princípios mínimos para a composição da aliança; o da constituição do governo, que apresenta relação direta com a distribuição de cargos e os compromissos com o programa de governo que originou a aliança; e, por último, o da transformação da aliança em coalizão efetivamente governante, que diz respeito ao processo de formulação e implantação da agenda de políticas governamentais (ABRANCHES, 1988).

Fernando Limongi (2006) sustenta que, no Brasil, a estrutura institucional adotada permite, em geral, a aprovação na arena legislativa das matérias submetidas pelo Executivo. O principal motivo para esse cenário reside no apoio sólido de uma coalizão partidária, na qual os deputados filiados aos partidos integrantes da coalizão de apoio ao presidente seguem a recomendação de voto do líder do governo.

Esclarece que a disciplina média da base do governo, isto é, a proporção de deputados filiados a partidos que receberam pastas ministeriais com votos de acordo com a indicação expressa do líder do governo, é de 87,4% nas votações ocorridas no período de 1988 a 2006. A menor média foi registrada sob Sarney, com 78,4%, e a maior, 90,7%, no segundo governo de Fernando Henrique Cardoso. Já o Governo Lula contou com apoio médio de 89,1% dos deputados da base do governo em suas votações. A bancada do governo somente perde consistência quando um dos partidos da base não segue a liderança do governo, quando a taxa de apoio cai para 70,1%, ainda que essas dissensões no interior da base sejam relativamente raras, com percentual de aproximadamente 18% das votações consideradas.

Os percentuais demonstram a força coletiva que os partidos detêm no plano legislativo, sob o engajamento decisório providenciado pelas lideranças partidárias. Esse aspecto, por si só, explica as negociações levadas a cabo pelo Executivo com

o fito de influir sobre a condução dos trabalhos parlamentares, induzindo-os ao comportamento cooperativo.

Cientes desse panorama, Carlos Pereira e Bernardo Mueller (2003) apontam o equilíbrio de incentivos paradoxais presente no sistema partidário brasileiro. Nele, vigoram simultaneamente partidos fracos na arena eleitoral e partidos fortes dentro do Congresso Nacional, devido a tipos diferentes de incentivos institucionais: na esfera eleitoral, predominam aqueles voltados ao comportamento individual, enquanto o sistema legislativo é marcado pela ação conjunta conduzida pelos líderes partidários.

O modelo não necessariamente resvalará em arbitrariedade e má governança. Pelo contrário, o uso adequado e estratégico das relações entre Poderes tem o condão de possibilitar a composição de quadros governamentais competentes e conferir maior flexibilidade à sua atuação, o que favorece a consecução eficiente e eficaz da agenda política e a superação de dificuldades burocráticas típicas desse modelo de Estado.

Todavia, pode sinalizar para a existência de um funcionamento suprapartidário e informal, acionado estrategicamente em momentos distintos para a satisfação de projetos pessoais ou setorializados, por meio de práticas clientelistas e negociações escusas. Em verdade, a realidade dos incentivos seletivos predomina no país há séculos, mas encontram na configuração política de coalizão solo fértil para sua perpetuação.

Salienta-se que, no Brasil, a problemática está ancorada não somente em bases institucionais, mas também em estruturas sociológicas. A patronagem, o nepotismo e o clientelismo pautaram, por muito tempo, as relações entre representantes políticos e eleitores no Brasil, assim como aquelas estabelecidas entre os três Poderes. Ainda hoje não se pode afirmar uma completa superação desse paradigma, tampouco atribuir tal fato apenas à forma como está estruturado o sistema político nacional.

Edson de Oliveira Nunes (2003) faz menção a quatro tipos de padrões de relações que estruturaram os laços entre sociedade e Estado e que delinearam a formação política e institucional brasileira: o clientelismo, o corporativismo, o insulamento burocrático e o universalismo de procedimentos. As “gramáticas”, como se refere o autor, indicam as diferentes linguagens que, interagindo entre si, compuseram o sistema político pluripartidário e as instituições formais, e que se

mostram, até os dias atuais, disponíveis para serem acessadas em todas as instâncias sociais, privadas ou públicas.

Daí se observar que a história e a construção da cultura política do país são marcadas por relações pessoais e informais que avançam sobre todos os níveis da esfera pública para promover interesses, não raro, majoritariamente privados. Além de orientar o comportamento político individual, os valores estabelecidos pela cultura política, em coerência com os aceitos e praticados a nível coletivo, influem sobre a *performance* das instituições, motivando ou inibindo práticas de corrupção.

Desde o período colonial, o personalismo típico do patriarcado familiar delineou a formação e a configuração do Estado, desdobrando-se, por exemplo, nas concessões de terras a donatários fiéis ao Reino, aos quais se reconhecia autoridade máxima sobre o território delegado. Já ali a pessoalidade das relações impedia o desenvolvimento de um aparato administrativo pautado pela racionalização e pela separação entre os domínios público e privado.

Sérgio Buarque de Holanda (1995) pontua que, em sociedade de origens nitidamente personalistas como a brasileira, os simples vínculos de pessoa a pessoa, independentes de qualquer tendência cooperativa, são quase sempre os mais decisivos. O peculiar da vida brasileira parece ter sido, já nessa época, uma acentuação singularmente energética do afetivo, do irracional, do passional, e uma estagnação, uma atrofia correspondente das qualidades ordenadoras, disciplinadoras e racionalizadoras.

A mesma dinâmica foi vista no transcorrer da República Oligárquica, durante a qual o poder político local foi controlado pelas oligarquias rurais e pelo coronelismo, por meio dos quais se garantia o voto das camadas populares com a troca de favores, a exemplo de proteção e benefícios públicos. Estabelecia-se uma relação de dependência mútua entre o coronel e os eleitores, assim como entre o poder público e os coronéis.

Victor Nunes Leal (1993) elucida o sistema de reciprocidade do coronelismo: de um lado, os chefes municipais e os coronéis, que conduzem a massa de eleitores; de outro lado, a situação política dominante no Estado, que dispõe do erário, dos empregos, dos favores e da força policial. Os dois aspectos, isto é, o prestígio próprio dos coronéis e o prestígio de empréstimo que o poder público lhes outorga são mutuamente dependentes e funcionam ao mesmo tempo como determinantes e determinados. Sem a liderança do coronel, o governo não se

sentiria obrigado a um tratamento de reciprocidade, e sem essa reciprocidade, a liderança do coronel ficaria sensivelmente diminuída.

Nos períodos autoritários que se seguiram, como observa José Murilo de Carvalho (2002), o populismo serviu de importante ferramenta para a manipulação social. A estratégia consistia em estabelecer relações ambíguas entre os cidadãos e o governo, aproximando-os da política, ao mesmo tempo que os colocava em posição de dependência perante os líderes, aos quais votavam lealdade pessoal pelos benefícios que eles de fato ou supostamente lhes tinham distribuído. Nesse ínterim, fazia-se com que os direitos sociais não fossem vistos como direitos propriamente ditos, mas como favores em troca do quais se deviam gratidão e lealdade. Desse modo, compensava-se a falta de liberdade política com o paternalismo social.

Daí afirmar Holanda (1995) que só excepcionalmente o Brasil vivenciou um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a objetivos públicos. Ao contrário, houve o predomínio constante das vontades particulares situadas em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal, dos quais a família é o maior exemplo. Como efeito da transposição da supremacia incontestável, absorvente, do modelo familiar para qualquer outro tipo de composição social, tem-se sua reprodução até mesmo onde as instituições democráticas, fundadas em princípios “neutros” e abstratos, pretendem assentar a sociedade em normas antiparticularistas.

Nem mesmo nesses momentos, como elucida Raymundo Faoro (2001), se reconhece uma estrutura burocrática em seus moldes ideais, ou seja, racional, impessoal e objetiva. Diversamente, predomina o “estamento burocrático”, modelo patrimonialista tradicional em que as mesmas famílias ou elites, representantes do patronato político brasileiro, se perpetuam no poder, absorvendo e adotando as técnicas da burocracia como meras técnicas de sustentação própria.

A explicação justifica, em parte, a carência de participação cidadã na arena pública. A publicização recorrente das condutas guiadas por interesses alheios ao bem comum não só debilita a confiança depositada sobre a classe política e desencoraja ações coletivas coordenadas, como também compromete a legitimidade das instituições e a qualidade do regime democrático.

Robert Bonifácio e Enaldo Ribeiro (2016) esclarecem que a proximidade do indivíduo com a corrupção reduz as atitudes políticas congruentes com os princípios

democráticos. Indo além, a vivência e o descontentamento com atividades públicas corruptas potencializam a conformação e a consequente imersão do cidadão em atos igualmente corruptos. Por tais motivos, a corrupção produz efeitos nocivos a uma cultura cívica e estimula a prevalência de interesses particulares e atuações individuais na sociedade.

É de se observar, portanto, que a persistência de traços patrimonialistas na tradição brasileira, com destaque para a corrupção e a confusão entre o público e o privado, apresenta efeito cíclico e progressivo, em reforço à crença de que a soberania popular e a democracia são modelos ideais sem efetivo respaldo na realidade. Involuntariamente, as práticas sociais são retroalimentadas no campo político, corroborado pelos incentivos do sistema político de coalizões, especialmente quando esse não garante respostas institucionais eficazes.

Abranches (2001) assinala que o fisiologismo e o clientelismo não representam elementos intrínsecos ao regime de governança. São decorrências sociológicas do padrão de relacionamento entre partidos e eleitores. Se os partidos majoritários logram conquistar a maioria com mecanismos de manipulação do eleitor e não há alternativas competitivas em muitos redutos, a relação entre a maioria legislativa e o Executivo terá, de fato, um elevado grau de propensão ao fisiologismo e ao clientelismo.

No âmbito da Administração Pública, Fernando Henrique Cardoso (1973) aponta para a existência de anéis burocráticos, definidos como mecanismo político pelo qual a Administração torna-se supletiva dos interesses privatistas e esses fluem por meio de teias de cumplicidades pessoais em suas relações com o Estado. A partir desse sistema, a burocracia funciona como parte de um cenário mais amplo e segmentado: não existindo eficazmente partidos de classes, sindicatos ou associações de grupos e classes, os interesses organizam-se em círculos múltiplos, em anéis que cortam perpendicularmente e de forma multifacética a pirâmide social, ligando em vários subsistemas de interesse e cumplicidade segmentos do governo, da burocracia, das empresas, dos sindicatos, dentre outros.

Baseado no modelo de relacionamento personalista existente em vários subsistemas políticos no país, considera-se que a indução ao comportamento cooperativo efetivado pelo Presidente, pela burocracia ou outro setor interessado da Administração possa se dar mediante métodos eticamente questionáveis. Cita-se o oferecimento de postos ministeriais e de direção a indivíduos com motivações tão

somente políticas, desde que se comprometam a defender e implementar a agenda política objeto da cooperação.

O funcionamento de todo o sistema suscita reflexões a respeito do insulamento burocrático pretendido por muitas entidades, em especial as agências reguladoras, a indicar a ameaça exercida pelo ambiente institucional e social em que estão inseridas para a reprodução das trocas personalistas e alheias à causa comum. Sendo assim, não se pode olvidar, no contexto das relações regulatórias, a possibilidade da ocorrência do *lobby* e da corrupção, facilitadores da captura dos entes responsáveis pela regulação.

5.2 A captura nas agências reguladoras federais brasileiras

A inserção das agências reguladoras na Administração brasileira se deu em meio a uma conjuntura político-cultural marcada por condutas desviantes, não obstante preponderasse a expectativa de que a medida promoveria verdadeira inovação e aprimoramento institucional. A pessoalidade das relações sociais extrapolava o domínio privado e ocupava espaço nos ofícios públicos, conduzindo o relacionamento entre Estado e sociedade, que dificilmente seria solucionada tão somente com a incorporação de novas formas de organização estatal.

É nessa esteira que Edson de Oliveira Nunes, André Magalhães Nogueira, Cátia Couto da Costa, Helenice Vieira de Andrade e Leandro Molhano Ribeiro (2007) questionam se, de fato, as agências reguladoras constituíram verdadeira inovação institucional ou se foram apenas parte de longa trajetória de mudanças, adaptações, acomodações e persistências de uma matriz político-institucional e histórica do Estado brasileiro. Os autores indicam que o novo regime regulatório que se pretendeu implementar revelou permanências político-institucionais, com as quais teve de lidar, e sua promessa de insulamento burocrático restou sucumbente à velha ordem e ao jogo político tradicional.

Por atuarem em setores vitais da economia e da sociedade, normatizando condutas que implicam custos aos regulados, as agências independentes passaram a representar, ao longo do tempo, espaço de manutenção de privilégios e disputa de poder entre grupos de interesses públicos e privados. A regulação por elas empreendida, vantajosa ou dispendiosa à vista dos variados grupos envolvidos,

mostrou-se incentivo suficiente para que se tornassem objeto de demanda, convencimento, domesticação e até captura.

Isso ocorre porque as agências não operam no vácuo. Quer dizer, elas não estão totalmente blindadas contra influências externas, mas respondem aos estímulos do ambiente que as cercam e à cultura com a qual se relaciona. Não por outro motivo, surgem questionamentos sobre a sua proximidade com governos ou grupos regulados e, por conseguinte, o comprometimento do exercício das funções regulatórias e a independência técnica desejada.

Embora a correlação entre a atuação dos grupos de interesse e o resultado das políticas implementadas pelas agências reguladoras federais brasileiras ainda seja pouco estudada no Brasil, é possível encontrar levantamentos de dados que denunciam indícios de ocorrência de captura em alguns desses entes.

Um deles é o de Lorena de Melo Freitas e Luiz Guedes da Luz Neto (2016), que demonstra, a partir da análise de um caso concreto, que a regulação realizada pela ANATEL sofre influência de poder econômico, apesar de a sua estrutura ter sido colmatada para garantir a realização de uma regulação técnica e em prol do interesse público.

O levantamento conduzido pelos autores examina a orientação dada pela ANATEL, em abril de 2016, às empresas prestadoras de serviço de *internet* no sentido de autorizar a limitação do acesso dos clientes quando atingida a franquia mensal de banda larga fixa, por meio de medidas como o corte da conexão, a redução de velocidade ou cobranças pelo tráfego excedente. A determinação, que não contou com ampla consulta pública sobre a matéria, seria aplicada a todos os contratos, vigentes e futuros, e obrigava as empresas a notificar o consumidor a respeito da proximidade do esgotamento de sua franquia, bem como a possibilitar a aquisição de pacotes adicionais (FREITAS; LUZ NETO, 2016).

Na ocasião, a notícia gerou repercussões negativas, endossadas pelas declarações do então presidente da agência no sentido de anunciar o fim da era da *internet* ilimitada, que deixara os usuários mal-acostumados com o acesso ilimitado aos serviços de *streaming* e jogos *on-line*, não condizente com a sustentabilidade do mercado. A partir delas, houve reação direta por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público Federal e de entidades de defesa do consumidor, e, como efeito da enérgica mobilização da sociedade, a ANATEL, mediante o Despacho nº 1/2016/SEI/SRC, da Superintendência de Relações com

Consumidores, dentre outras providências, suspendeu cautelarmente a autorização mencionada pelo prazo de 90 dias.⁷⁶

Para os autores, a suspensão da possibilidade de limitação do serviço comprova que a pressão realizada pela sociedade civil, após a ampla divulgação da proposta pela mídia brasileira, foi capaz de alterar a postura da agência sobre a matéria, a indicar o reconhecimento por parte da agência de que a conduta privilegiava demasiadamente as empresas reguladas, em detrimento dos interesses dos consumidores (FREITAS; LUZ NETO, 2016).

Igualmente, o estudo demonstrou que a permissão às empresas fornecedoras do serviço de comunicação multimídia para fixar franquias mensais de consumo, limitar o uso de tráfego e permitir cobrança de valor adicional em caso de excesso já encontrava previsão na Resolução nº 614/2013 da ANATEL, que dispõe acerca do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (RGC). Apesar de as hipóteses estarem previstas na Resolução mencionada, o público tomou ciência apenas em 2016, o que denota a inexistência de efetiva

⁷⁶ Consta de seu art. 1º: “Art. 1º DETERMINAR, cautelarmente, que as empresas Algar Telecom S.A. (CNPJ nº 71.208.516/0001-74), Brasil Telecomunicações S.A. (CNPJ nº 01.236.881/0001-07), Cabo Serviços de Telecomunicações Ltda (CNPJ nº 02.952.192/0001-61), Claro S.A. (CNPJ nº 40.432.544/0001-47), Global Village Telecom Ltda (CNPJ nº 03.420.926/0001-24), Oi Móvel S.A. (CNPJ nº 05.423.963/0001- 11), Sky Serviços de Banda Larga Ltda (CNPJ nº 497.373/0001-10), Telefônica Brasil S.A. (02.558.157/0001-62), Telemar Norte Leste S.A. (CNPJ nº 33.000.118/0001-79), TIM Celular S.A. (CNPJ nº 04.206.050/0001-80), Sercomtel S.A Telecomunicações (CNPJ nº 01.371.416/0001-89), Oi S.A. (CNPJ nº 76.535.764/0001-43) se abstenham de adotar, no âmbito das ofertas comerciais do Serviço de Comunicação Multimídia - SCM (banda larga fixa), práticas de redução de velocidade, suspensão de serviço ou de cobrança de tráfego excedente após o esgotamento da franquia, ainda que tais ações encontrem previsão em contrato de adesão ou em plano de serviço, até o cumprimento cumulativo das seguintes condições: I - comprovar, perante a Agência, a colocação ao dispor dos consumidores, de forma efetiva e adequada, de ferramentas que, nos termos dos arts. 22, V, VIII e IX, 44, 62 e 80 do RGC, permitam, de modo funcional e adequado ao nível de vulnerabilidade técnica e econômica dos usuários: o acompanhamento do consumo do serviço; a identificação do perfil de consumo; a obtenção do histórico detalhado de sua utilização; a notificação quanto à proximidade do esgotamento da franquia; e a possibilidade de se comparar preços. II - informar ao consumidor, por meio de documento de cobrança e outro meio eletrônico de comunicação, sobre a existência e a disponibilidade das ferramentas referidas no inciso I; III - explicitar, em sua oferta e nos meios de propaganda e de publicidade, a existência e o volume de eventual franquia nos mesmos termos e com mesmo destaque dado aos demais elementos essenciais da oferta, como a velocidade de conexão e o preço; IV - emitir instruções a seus empregados e agentes credenciados envolvidos no atendimento em lojas físicas e demais canais de atendimento para que os consumidores sejam previamente informados sobre esses termos e condições antes de contratar ou aditar contratos de prestação de Serviço de Comunicação Multimídia, ainda que contratados conjuntamente com outros serviços. Parágrafo único. As práticas referidas no *caput* somente poderão ser adotadas após 90 (noventa) dias da publicação de ato da Superintendência que reconheça o cumprimento das condições fixadas no presente artigo”. O inteiro teor do documento pode ser consultado em <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=18/04/2016&jornal=1&pagina=79&totalArquivos=144>.

participação dos consumidores nas etapas de formulação da política regulatória da ANATEL.

Ademais, na proposta do RGC que foi submetida à Consulta Pública nº 45/2011, o art. 82 do anexo I oferecia ao usuário a seguinte alternativa quando atingido o limite da franquia: a) o pagamento de adicional pelo consumo excedente, com a manutenção das demais condições da prestação do serviço; ou b) a redução da velocidade pactuada, não inferior a 50% da contratada, porém sem a cobrança do adicional⁷⁷. No entanto, após o encerramento do período da consulta pública, o texto final da Resolução nº 614/2013 contou com modificações desfavoráveis ao consumidor. Se na proposta submetida à consulta havia a limitação da redução da velocidade em até 50% da contratada, o texto final silenciava a respeito; se previa o direito do usuário de ter acesso a mecanismo de verificação do consumo em tempo real, a previsão foi revogada pela Resolução nº 632/2014.⁷⁸

Da comparação do texto submetido à Consulta Pública nº 45/2011 e do texto final da Resolução nº 614/2013 realizada por Freitas e Luz Neto, constata-se que as

⁷⁷ O documento, disponível em <https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C1514&Tipo=1&Opcao=>>, tem a seguinte redação: “Art. 82. O Plano de Serviço deve conter, no mínimo, as seguintes características: I – velocidade máxima e mínima disponível no endereço contratado, para os fluxos de comunicação originado e terminado no terminal do Assinante, respeitados os critérios estabelecidos em regulamentação específica; II - valor da mensalidade e critérios de cobrança; e III – franquia de consumo, quando aplicável. § 1º O Plano de Serviço que contemplar franquia de consumo deve assegurar ao Assinante, após o consumo integral da franquia contratada, a continuidade da prestação do serviço, mediante: I – pagamento adicional pelo consumo excedente, mantidas as demais condições de prestação do serviço; ou II – redução da velocidade contratada, sem cobrança adicional pelo consumo excedente. § 2º Na hipótese do inciso II do § 1º deste artigo, deve ser assegurada velocidade não inferior a cinquenta por cento da inicialmente contratada, para os fluxos de comunicação originado e terminado no terminal do Assinante. § 3º A Prestadora que ofertar Plano de Serviço com franquia de consumo deve tornar disponível ao Assinante sistema para verificação, gratuita em tempo real, do consumo incorrido”.

⁷⁸ As modificações podem ser identificadas a partir da transcrição da literalidade da versão publicada do dispositivo, acessível em <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2014/750-resolucao-632>: “Art. 63. O Plano de Serviço deve conter, no mínimo, as seguintes características: I - velocidade máxima, tanto de download quanto de upload, disponível no endereço contratado, para os fluxos de comunicação originado e terminado no terminal do Assinante, respeitados os critérios estabelecidos em regulamentação específica; II - valor da mensalidade e critérios de cobrança; e III - franquia de consumo, quando aplicável. § 1º O Plano de Serviço que contemplar franquia de consumo deve assegurar ao Assinante, após o consumo integral da franquia contratada, a continuidade da prestação do serviço, mediante: I - pagamento adicional pelo consumo excedente, mantidas as demais condições de prestação do serviço; ou, II - redução da velocidade contratada, sem cobrança adicional pelo consumo excedente. ~~§ 2º A Prestadora que ofertar Plano de Serviço com franquia de consumo deve tornar disponível ao Assinante sistema para verificação, gratuita e em tempo real, do consumo incorrido.~~ (Revogado pela Resolução nº 632, de 7 de março de 2014). § 3º As prestadoras de SCM devem, em seus Planos de Serviços e em todos os demais documentos relacionados às ofertas, informar a(s) velocidade(s) máxima(s), tanto de download quanto de upload, de maneira clara, adequada e de fácil visualização, bem como as demais condições de uso, como franquias, eventuais reduções desta(s) velocidade(s) e valores a serem cobrados pelo tráfego excedente”.

medidas vão na contramão do que garantem a Lei nº 8.987/1995, o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor, configurando prejuízo aos usuários em razão da suspensão da conexão fora da hipótese legal por débito, infração à ordem econômica pelo aumento arbitrário dos lucros das empresas, exercício abusivo da posição dominante pela alteração unilateral dos contratos e incentivo à exclusão digital das camadas populares detentoras de menor poder de compra. Por essa razão, entendem os pesquisadores presentes indícios de captura regulatória em favor das empresas reguladas, consagrando o êxito do *lobby* setorial realizado junto à agência para elaborar regulação vantajosa a seus interesses.

Um segundo caso que merece menção é o ilustrado por Marcello Fragano Baird (2016), a respeito do processo de regulação da publicidade de alimentos potencialmente nocivos à saúde realizado pela ANVISA, em 2005. À época, multiplicavam-se diagnósticos e recomendações nacionais e internacionais que atestavam ao aumento da incidência de doenças crônicas não transmissíveis (DCNT), dos quais são exemplos diabetes, cardiopatias, pressão alta e obesidade, diretamente relacionadas a comportamentos não saudáveis. Por se tratar de um padrão alimentar fortemente incentivado pela publicidade, a agência visava a frear a tendência, especialmente aquela verificada entre o público infanto-juvenil.

A regulação pretendida disciplinava a obrigatoriedade da inserção de mensagens de advertência sobre os riscos de consumo excessivo dos alimentos objetos da resolução; a restrição aos conteúdos veiculados nas publicidades, como aqueles que associassem o alimento à nutrição saudável; a limitação aos horários de veiculação da propaganda de bebidas alcoólicas no rádio e na televisão, bem como vedação à publicidade direcionada ao público infantil; e, por último, a vedação da distribuição de amostras grátis, cupons de desconto, patrocínio e outras atividades promocionais. Pelo teor das limitações impostas pelo ente regulador, era de se esperar que houvesse uma grande mobilização das indústrias de alimentos e de publicidade em sentido contrário, na expectativa de preservar os interesses econômicos atingidos.

A primeira reação detectada pelo pesquisador foi a formação da coalizão entre o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) e a Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação (ABIA), como instrumento de *lobby*, para impedir a iniciativa da ANVISA. Por meio dela, foram contratados advogados e professores para emitir pareceres jurídicos a respeito da

inconstitucionalidade da regulação pretendida, da incompetência da agência para realizá-la e da falta de representatividade do grupo de trabalho.

Em seguida, o setor regulado, em resposta à sociedade e buscando antecipar-se às restrições propostas, que seriam discutidas na Consulta Pública nº 71 poucos meses depois, realizou modificações no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, robustecendo a regulação da publicidade de alimentos e bebidas e de propagandas destinadas a crianças e jovens.

Já durante a consulta pública, mais um mecanismo empreendido pelo setor regulado para exercer pressão e enfraquecer o processo regulatório que se desenvolvia foi identificado. As manifestações dos grupos do setor regulado foram acompanhadas de um grande quantitativo de documentos e pareceres técnicos que contra-argumentavam detalhadamente a resolução e dificultavam o debate amplo com a sociedade. Não é por outra razão que as contribuições das pessoas físicas representaram número inexpressivo, limitando-se a frases curtas de apoio à proposta, sem qualquer viés propositivo ou técnico. De modo similar, as sugestões dos representantes da sociedade organizada, instituições governamentais e instituições de ensino, em volume reduzido, se mostraram apenas um pouco mais densas que as das pessoas físicas.

Além dos comentários apresentados, outros órgãos, como o Ministério da Saúde e o Congresso Nacional, foram acionados com vistas a compor uma base de apoio em torno da questão. Desejava-se, sempre que possível, que os envolvidos pressionassem a ANVISA, mediante a convocação de seus diretores, ou interrompessem o processo regulatório em caso de edição da norma.

O texto final da resolução, concretizada pela Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 24, publicada em 29 de junho de 2010, apresentou vários dispositivos suprimidos, dentre eles a totalidade dos títulos II e III, que tratavam dos requisitos para propaganda, publicidade ou promoção destinada às crianças e para distribuição de amostras grátis, cupons de desconto, patrocínio e outras atividades promocionais, em benefício de uma regulação mais branda⁷⁹.

Baird (2016) explica que as mudanças ocorreram em momento posterior à audiência, em decisão interna e a portas fechadas, motivada por recomendações da

⁷⁹ A íntegra do documento pode ser consultada em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2010/rdc0024_15_06_2010.html.

Procuradoria da agência, ligada à Advocacia-Geral da União (AGU), de modo contrário ao observado em duas ocasiões anteriores, quando ambos os órgãos se manifestaram pela correção dos procedimentos adotados em prol da regulação discutida. O ponto de inflexão no processo teria sido uma mudança nos quadros de chefia da Procuradoria na passagem de 2008 para 2009, que teria impactado decisivamente a versão final da resolução a ser publicada: o texto reforçava a exigência dos alertas sobre os perigos do consumo excessivo de determinados alimentos, mas enfraquecia as restrições quanto ao conteúdo das informações veiculadas, além de suprimir a disciplina sobre a publicidade infantil e a relativa a amostras grátis, patrocínios e campanhas.

As investidas do setor econômico não cessaram com a publicação da Resolução. Foram verificadas ações posteriores, dentre as quais destacam-se: a) a publicação de um manifesto crítico subscrito por vários representantes da indústria de alimentos e de publicidade, acatado pela AGU, que recomendou a suspensão do ato normativo da ANVISA até decisão final por parte da Consultoria-Geral da União; b) a proposição do Projeto de Decreto Legislativo (PDC) nº 2.830, que propunha a sustação da aplicação da RDC nº 24, de autoria do deputado federal Milton Monti (PR-SP), em atuação conjunta à Associação Brasileira das Agências de Publicidade (ABAP) e à Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT); e, por fim, c) a judicialização da questão, que, nos autos do Processo nº 42882-45.2010.4.01.3400, a 16ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal, destacando o parecer emitido pela AGU, deferiu o pedido de liminar da ABIA, suspendendo os efeitos da resolução até que o mérito da questão seja julgado.

Portanto, como observa Baird (2016), com lucidez, o *lobby* empreendido pelos grupos de interesse empresariais nos mais diversos canais políticos foi bem-sucedido, haja vista o regulamento, aprovado em 2010, não ter produzido nenhum efeito prático até o momento. Por outro lado, a pressão exercida não foi capaz de impedir a ANVISA de prosseguir com o regulamento proposto, o que sugere sua autonomia política, mas há evidências suficientes de que a pressão do empresariado foi capaz de mitigar em grande medida a regulação pretendida.

No que concerne aos riscos de captura política, o trabalho desenvolvido por Alketa Peci e Alexandre Sérgio Alves Vieira (2018) reuniu dados⁸⁰ acerca de 157 indicações a cargos de direção realizadas no período entre 1997 e 2014 e examinou indicadores de especialização, perícia e captura nas agências reguladoras federais, a partir de variáveis como a *expertise* de dirigentes, filiação político-partidária, perfil profissional e trajetórias de carreira antes e após o mandato regulatório. Com o estudo, esperava-se que dirigentes sem experiência profissional prévia e conhecimento técnico sobre o setor regulado fossem mais suscetíveis a pressões externas.

No que diz respeito à especialização dos nomeados, as informações levantadas indicam que existe grande conexão entre as áreas de formação e o campo de atuação das agências. Para ilustrar, os números mostram, de modo geral, uma predominância da formação dos reguladores nas áreas de engenharia e ciências sociais aplicadas (42,6% e 31,2%, respectivamente); nas agências de infraestrutura, o percentual nessas áreas de formação ultrapassa 90%; na ANATEL, 12 são engenheiros, sendo 4 engenheiros eletrônicos, 3 engenheiros de telecomunicações, 3 engenheiros eletricitas, 1 de computação e 1 de produção, além de 6 advogados e 1 economista; na ANEEL, 9 são engenheiros eletricitas, 2 engenheiros mecânicos, 2 engenheiros civis, 2 economistas, além de 1 advogado e 1 contador.

Em relação ao nível de escolaridade e experiência profissional prévia ao mandato, tem-se que 76,4% são pós-graduados: 17,8% doutores, 21% mestres e 37,6% com curso de especialização. Na análise individual das agências, verificou-se que a ANP possui a maior taxa de mestres e doutores, embora tenha registrado o maior percentual de indicados sem experiência prévia no setor. Já a ANS, a ANTAQ, a ANTT, a ANVISA e a ANCINE apresentaram as menores quantidades desses especialistas. Por outro lado, analisando-se a *expertise* decorrente de experiência profissional prévia de no mínimo 4 anos no setor regulado, a pesquisa assinalou que 82,2% dos 157 reguladores possuíam a experiência e 17,8% foram indicados sem a *expertise*. Entre os 28 reguladores indicados sem atuação prévia no setor, 16 ocupavam cargos de direção ou assessoramento superior, 7 eram servidores

⁸⁰ A compilação dos dados em tabelas pode ser acessada em https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180327_desafios_da_nacao_apoio_vo_l2.pdf.

concursados, 4 eram políticos e 1 proveniente do setor privado não regulado, o que denota maior risco de captura por setores burocráticos e políticos.

Quanto à filiação político-partidária anterior a suas nomeações, apurou-se que 28,7% tiveram filiação identificada e 71,3% não tinham sido filiados. O maior percentual de nomeados com filiação partidária está na ANP (44,4%), enquanto a ANATEL possui o menor número. Ainda, dentre os reguladores que contaram com alguma filiação partidária, houve uma maior tendência de se indicar aqueles filiados a partidos da base de coalizão do governo, sugerindo alguma negociação política e captura por parte do poder político, ao invés de privilegiar a maior especialização e autonomia da agência.

Por fim, considerando a atuação profissional dos reguladores antes e após o mandato nas agências reguladoras, o levantamento apontou que quantitativo significativo possui experiência prévia no setor público, tendo 79,8% dos dirigentes ocupado funções nesse setor, enquanto 16% atuaram no setor privado regulado. Nesse aspecto, o predomínio do setor público pode ser embasado pela *expertise* adquirida e pela proximidade com a cúpula política responsável pelas indicações, aprovações e nomeações.

De outro lado, ganhou destaque o fenômeno da porta giratória no período pós-agência, que registrou percentual de 49% em atuação no setor privado regulado, fortalecendo os indícios de captura na vigência dos mandatos. Há que se reconhecer que, embora haja uma redução acentuada no percentual dos profissionais que permanecem no setor público, o quantitativo (41,5%) ainda é expressivo, sugerindo também a possibilidade de existência de incentivos emanados da burocracia da própria agência.

A análise apresentada pelos pesquisadores evidencia que o risco de influência política sobre a escolha e o mandato dos diretores das agências reguladoras brasileiras é real, ainda que algumas variáveis, como as que mediram conhecimento técnico, nível de escolaridade e experiência profissional, tenham apresentado percentuais indicativos de bom desempenho. Para dirimir o impacto da influência, as conclusões do trabalho diagnosticam margem existente para a implementação de melhorias, sobretudo no modelo e na transparência da seleção e da nomeação de altos dirigentes das agências reguladoras.

Ainda sobre a temática da captura política, Daniel Funcia de Bonis (2016) realizou investigação empírica acerca da influência presidencial sobre os processos

de nomeação para os cargos de direção das agências reguladoras em âmbito federal, no período de 1997 a 2014. Considerou, para tanto, o padrão das vacâncias de cargos de direção, as taxas de conclusão de mandato e o processo de aprovação das indicações presidenciais pelo Senado Federal.

O estudo mostrou que, embora os diretores das agências reguladoras tenham mandatos fixos, o exercício de influência do Presidente é determinante para a permanência ou não daqueles nos respectivos cargos, em especial durante a transição presidencial. Se, de um lado, a taxa de conclusão dos mandatos circunscritos ao mandato presidencial foi de 90%, a taxa daqueles que atravessaram uma transição presidencial foi de 76%. Em contrapartida, a taxa de recondução dos diretores para um novo mandato apresentou considerável redução com a troca do governo: de 43 diretores nomeados no governo Fernando Henrique Cardoso que poderiam ter sido reconduzidos no governo Lula, apenas 9% o foram.

Adicionalmente, apenas 56% dos diretores nomeados por FHC concluíram seus mandatos no governo Lula, quando então nenhum deles foi agraciado com a recondução ao cargo. O cenário também se verificou na transição do governo Lula para o governo Dilma: a taxa de recondução no período foi de um terço, a indicar que, mesmo em casos de continuidade político-partidária, os presidentes eleitos têm incentivos para organizar e coordenar suas equipes de governo com base em redes pessoais e profissionais próprias.

Outro achado da pesquisa foi o gerenciamento estratégico das vacâncias de cargos de direção das entidades como mecanismo de influência presidencial, uma vez que o não preenchimento dos cargos diretivos enfraquece a capacidade operacional dos órgãos reguladores, como a ausência de quórum para deliberações. A título de quantificação, as agências operaram, no governo FHC, durante, em média, 86% do tempo com a diretoria completa, percentual que atingiu 55% no governo Lula e 49% no governo Dilma. Em alguns casos, os números são ainda mais baixos: durante o Governo Lula, por exemplo, a ANP operou com a diretoria completa durante 21% do tempo, enquanto no primeiro mandato da presidente Dilma, a ANVISA contou com a condição somente durante 10% do tempo.

Uma última variável indicada no estudo de Bonis refere-se à atribuição do Senado Federal de analisar as indicações do Executivo para os cargos de direção das agências. Nesse aspecto, constatou que, das 208 indicações para cargos de direção submetidas ao Senado Federal, entre 1997 e 2014, a taxa média de

aprovação é de 93%, e apenas 3 indicações foram rejeitadas pelo voto do plenário. Tais dados, embora não conclusivos, sugerem que a exigência da sabatina pelo Senado não representa grande obstáculo à influência presidencial sobre as agências, visto que os nomes indicados são majoritariamente aprovados e em prazos relativamente curtos. Ademais, apontam para baixo protagonismo e efetividade do controle exercido pelo Legislativo no processo de arguição e aprovação dos indicados pelo Executivo.

Do exposto, manifestos são os riscos de desvirtuamento a que está submetida a atuação das agências reguladoras federais brasileiras. Tanto o seu desenho institucional, que não prioriza os espaços de participação da sociedade civil e de escuta das suas demandas, como o ambiente institucional demasiado complexo no qual se inserem, marcado pela pluralidade de atores e interesses imersos em uma cultura política por vezes pouco ética e transparente, podem servir de incentivo à captura econômica e política.

Não se pretende advogar a favor da instituição de uma arena de formulação de políticas regulatórias inteiramente hermética, neutra e imparcial nem propor um rompimento ingênuo e pouco factível com o sistema político ou cultural do país. A uma, porque a própria atividade técnico-científica dos entes reguladores encontra-se intimamente relacionada à concretização de determinadas políticas públicas e, naturalmente, de interesses de determinados grupos sociais. A duas, porque a reconfiguração de toda uma estrutura político-social demanda um esforço inimaginável que extrapola mandatos, instituições e gerações.

Propõe-se, efetivamente, a redução da zona cinzenta em que a regulação é desenvolvida e, assim, o fortalecimento da autonomia necessária para o bom desempenho da função regulatória. Nesse aspecto, as prerrogativas da independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade dos dirigentes cumprem papel inquestionável na tarefa de minimizar o risco de influências externas na determinação das políticas regulatórias empreendidas.

Há que se reconhecer, no entanto, a existência de vulnerabilidades no modelo de regulação por agências independentes como executado no Brasil que as tornam suscetíveis à captura e, portanto, de espaço para o aperfeiçoamento institucional. A partir disso, a questão que se coloca é elencar quais fragilidades podem ser superadas e quais medidas podem ser levadas a efeito para alcançar o intento.

5.3 Paradigmas de aperfeiçoamento para o sistema regulatório no Brasil

As agências reguladoras federais brasileiras foram concebidas no bojo da Reforma Gerencial da Administração Pública de 1995, com o desígnio de representarem inovações institucionais favoráveis à eficiência, eficácia e efetividade e, de modo geral, à credibilidade regulatória. Deveriam, assim, atuar em prol da constituição de um ambiente atrativo a investimentos privados em setores de infraestrutura, além de promover e garantir o interesse público na fiscalização dos serviços prestados à sociedade em cada setor regulado.

Para cumprir o objetivo, foram desenhadas como autarquias especiais, dotadas de independência em relação Poder Executivo federal e de autonomias funcional, decisória, administrativa e financeira, diferentemente dos padrões já conhecidos no país. As características organizacionais das agências pretendiam superar a rigidez burocrática existente, bem como estabelecer um certo nível de insulamento de seus corpos técnicos e diretivos frente a interesses político-partidários e econômicos do mercado regulado, que poderiam enviesar a atuação e as finalidades dessas entidades.

Contudo, como visto, existem evidências de que o grau de independência formal atribuído às agências reguladoras não corresponde, em sua inteireza, ao grau de independência observado na prática. Sem a compatibilidade, as agências tornam-se ainda mais suscetíveis ao risco de captura.

Aliás, Batista (2011) aduz que nem sempre a independência formal está diretamente relacionada à independência de fato. O estudo, que mensurou a independência de fato de 10 agências reguladoras brasileiras em relação à ação presidencial, conclui que a interferência política nas agências varia de acordo com as preferências do chefe do Executivo, e que uma alta independência formal não só não é um empecilho eficaz contra a interferência como se constitui em um bom preditor para tal. Uma explicação para o cenário é que, em determinadas agências, o governo estabelece níveis de independência formal mais altos com o propósito de sinalizar para o mercado mais independência, mas, pelo mesmo motivo, possui mais incentivos para tentar interferir em seu funcionamento.

Decorre disso que as garantias asseguradas pelo desenho institucional das agências reguladoras no Brasil não são suficientes para, por si sós, assegurar a autonomia da função regulatória e impedir o impacto de interferências externas

sobre seu funcionamento. Ademais, a realidade parece também romper com a visão de que as entidades regulatórias constituem padrão de organização pública realmente inovador e diferenciado.

Um somatório de razões concorre para a conjuntura observada. Em primeiro lugar, tem-se que o desenho organizacional das agências reguladoras não é delineado e posto em prática em um espaço isento de variáveis sociais, políticas, culturais e históricas. É resultado de uma estrutura multifatorial, que influi sobre a sua configuração institucional e sobre a sua *performance*. Quer dizer, as dificuldades da função regulatória são simultaneamente determinadas pela existência de falhas institucionais, de especificidades do sistema político nacional e de características da cultura praticada.

Em relação ao primeiro aspecto, cita-se o déficit de participação social na formulação de políticas regulatórias, não obstante o modelo brasileiro de agências reguladoras estabeleça mecanismos de controle democrático, como as audiências e consultas públicas. Com a previsão, a instituição das entidades reguladoras implicaria índices mais altos de acesso e adesão da sociedade aos processos decisórios, se comparados com a regulação promovida por uma administração centralizada. Na prática, porém, os instrumentos representam uma formalidade pouco incentivada.

É o que indica a pesquisa de campo realizada por Paulo Todescan Lessa Mattos (2002), cujo resultado demonstrou que cerca de 69% das participações nas audiências e consultas públicas realizadas pela ANATEL, entre 1998 e 2002, emanaram do setor regulado, ainda que por intermédio de companhias, empresas de consultorias e escritórios de advocacia representantes. O autor reconhece que o número representativo da participação dos interesses econômicos afetados tende a ser naturalmente alto, mas o que espanta é a inexpressiva participação de órgãos de tutela dos interesses do cidadão.

Similarmente, Egon Bockmann Moreira (2003) aponta para o percentual de 86% de participação do setor regulado nas audiências e consultas organizadas no âmbito da ANEEL. Para o autor, resta clara a existência de um mal-estar democrático intrínseco às agências reguladoras, que, ainda que conte com mecanismos paliativos como as audiências e consultas públicas, não consegue efetivamente atenuar o desequilíbrio observado.

Contribui para a disparidade participativa a falta de uniformidade com que o tema foi tratado quando da inserção do Estado Regulador no país. Em um primeiro momento, as regras e procedimentos dos mecanismos de participação social foram estabelecidos de forma não uniforme, cabendo à gestão de cada ente regulador decidir a respeito, conforme as necessidades apresentadas pelo setor respectivo.

Como resultado, para a ANA (RN nº 52/2011), ANVISA (Decreto nº 3.029/1999), ANS (RN nº 242/2010) e ANCINE (RDC nº 40/2011, 56/2013 e 81/2018), a realização de consultas públicas seria facultativa; para a ANEEL (Lei nº 9.427/1996, RN nº 273/2007 e 483/2012), ANAC (Lei nº 11.182/2005 e Res. nº 381/2016), ANTAQ (Lei nº 10.233/01, Res. nº 3.585/2012 e 2.448/2012) e ANTT (Lei nº 10.233/01 e RN nº 3.585/2012 e 2.448), seriam obrigatórias para a edição de atos normativos que afetassem direitos dos regulados e dos usuários; já para a ANATEL (Lei nº 9.472/1997 e Res. nº 612/2013), seriam obrigatórias para a edição de todo e qualquer ato normativo; por fim, para a ANM (Lei nº 13.575/2017), seriam obrigatórias quando os atos normativos afetassem, de forma substancial e direta, direitos de agentes econômicos do setor de mineração. Ademais, para todas, as audiências públicas seriam facultativas.

Com o advento da Lei nº 13.848/2019, apenas parte do problema foi solucionado. Tal qual o fez a experiência norte-americana com a promulgação do APA, em 1946⁸¹, o diploma normativo uniformizou os procedimentos e eliminou as divergências existentes, garantindo que as consultas públicas sejam realizadas previamente à edição de todos os atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários. Em relação às audiências, permaneceu a faculdade de sua realização, a ser decidida por decisão colegiada.⁸²

⁸¹ Nesse sentido, o normativo norte-americano é manifesto na redação contida na Seção 553 (c), que trata da edição de normas: “(c) Após a notificação exigida por esta seção, a agência deve dar aos interessados a oportunidade de participar da formulação das regras por meio da apresentação de dados escritos, opiniões ou argumentos com ou sem oportunidade de apresentação oral. Após consideração da matéria apresentada, a agência deverá incorporar nas normas adotadas uma declaração geral concisa de sua base e finalidade”. ((c) *After notice required by this section, the agency shall give interested persons an opportunity to participate in the rule making through submission of written data, views, or arguments with or without opportunity for oral presentation. After consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose*”).

⁸² O art. 9º da Lei nº 13.848/2019 e seu § 1º assim dispõem sobre a obrigatoriedade das consultas públicas: “Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados. § 1º A consulta pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é

Saliente-se que a obrigatoriedade da realização de consultas públicas aplica-se tão somente aos processos de que resulte a edição de normas. Do teor do art. 11⁸³ da Lei Geral das Agências, depreende-se que não há determinação da utilização dos procedimentos democráticos em outros processos decisórios de competência das entidades reguladoras, como definição de agendas e políticas regulatórias.

Além disso, o art. 9º, § 4º, da Lei estabelece prazo de 10 dias úteis após o término do prazo da consulta pública para que as críticas e as sugestões encaminhadas pelos interessados sejam disponibilizadas na sede da agência e em meio eletrônico. Todavia, como apontam Sérgio Guerra e Natasha Salinas (2019), nenhuma delas disponibiliza as contribuições recebidas *in natura*, o que reduz significativamente a transparência.

Também prevê a Lei Geral que o posicionamento da agência sobre as críticas ou as contribuições apresentadas no processo de consulta pública seja disponibilizado na sede e em meio eletrônico em prazo de até 30 dias úteis após a reunião do conselho diretor ou da diretoria colegiada para deliberação final sobre a matéria. Mais uma vez, Guerra e Salinas (2019) explicam que, na prática, as agências levam em torno de 215 dias para realizar a disponibilização, prazo 7 vezes superior ao previsto na lei. Outras não disponibilizam suas respostas ou as disponibilizam somente após a edição da norma, tornando opaco o processo decisório.

No caso da ANS, Natasha Salinas e Fernanda Martins (2018) atestam, ainda, a falta de disponibilização dos relatórios de análise de contribuição ou a falta de informações naqueles disponibilizados. Segundo as autoras, a agência disponibilizou, em meio eletrônico, relatórios de análise de contribuição em apenas 8,65% dos casos em que os mecanismos de participação foram utilizados. Mesmo para os casos em que foram apresentadas respostas, 54,63% não possuíam

consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora". A respeito da facultatividade das audiências, é a redação do art. 10: "Art. 10. A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante".

⁸³ A previsão do dispositivo é a que se segue: "Art. 11. A agência reguladora poderá estabelecer, em regimento interno, outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas, aplicando-se o § 5º do art. 9º às contribuições recebidas".

conteúdo claro, impossibilitando identificar se as contribuições recebidas foram acatadas ou rejeitadas. Além disso, os relatórios, que deveriam contar com a discriminação das pessoas que participaram, o conteúdo de suas contribuições, bem como as respostas a cada contribuição recebida, não foram disponibilizados com respostas individualizadas para 91,36% dos casos analisados.

A mesma dificuldade é apontada por Shapiro (2008) nos Estados Unidos. O levantamento realizado pelo autor verificou o tempo médio para proposição, deliberação e promulgação de 9 regulamentos no âmbito da *Food and Drug Administration* (FDA) e da *Administration for Children and Families* (ACF) que receberam quantitativo considerável de comentários. Os achados da pesquisa apontam que quatro foram concluídos em tempo superior a 31 meses e cinco em menos de 20 meses. Desse número, apenas um foi concluído em menos de 1 ano e um levou mais de 4,5 anos entre a proposta e a promulgação. Uma razão plausível para o cenário é a complexidade de determinadas matérias, que demandam maior debate e, assim, maior duração do período de comentários. No entanto, a pesquisa mostrou haver pouca variação na duração do período para discussão das matérias analisadas, tempo médio estipulado em 60 dias. O prazo para proposição, deliberação e promulgação dos regulamentos, portanto, parece ser mais dependente da vontade da agência do que da complexidade da matéria proposta.

Em relação às respostas concedidas pelas agências em processos de *notice-and-comment rulemaking*, o Relatório da Comissão de Segurança Interna e Assuntos Governamentais (2019) dispõe que as agências americanas devem considerar e responder apenas aos comentários significativos recebidos durante o período de comentários públicos. O Tribunal de Apelação, em *Home Box Office Inc. v. FCC* (1977)⁸⁴, definiu que comentários significativos são aqueles que, se

⁸⁴ No caso *Home Box Office, Inc. v. FCC* - 185 U.S. App. D.C. 142, 567 F.2d 9 (1977), discutiu-se a proposição, pela *Federal Communications Commission* (FCC), de restrições à cobrança de programações que emissoras de televisão por assinatura, que incluíam a proibição de exibição paga de filmes de longa-metragem com mais de três, mas menos de 10 anos; eventos esportivos específicos exibidos na televisão aberta nos cinco anos anteriores; mais do que o número mínimo de eventos esportivos não específicos que não foram transmitidos em qualquer um dos cinco anos anteriores e, em alguns casos, apenas metade desse número; e todos os programas em série. O propósito da regulamentação era impedir a cobrança do acesso a conteúdo disponibilizado no serviço gratuito de televisão. Alegou-se, ainda, que a agência recebeu *off the public record* partes interessadas após o período de comentários, com as quais negociou os dispositivos contidos no texto final do regulamento. A *Home Box Office* e outras partes contestaram a versão promulgada, argumentando as ilegítimas comunicações *ex parte* promovidas pela FCC. Na decisão, o Tribunal de

verdadeiros, levantam pontos relevantes para a decisão de uma agência e, se adotados, exigiriam mudança na norma proposta. Lançam, portanto, dúvidas sobre a razoabilidade de uma proposição. Ademais, oportunidade de apresentar comentários envolve uma troca de opiniões, informações e críticas entre as pessoas interessadas e a agência, que perde sua razão de ser se a agência não responde aos pontos significativos levantados pelo público. Para tanto, pode modificar a redação da proposição para refletir as considerações realizadas ou explicar por que não alterou a versão final da proposta.

A ineficácia do dever de transparência na disponibilização dos relatórios no Brasil é fomentada, sem prejuízo de outros fatores, pela completa ausência de sanções ao descumprimento dos prazos mencionados. As sanções são meios estratégicos para incentivar a ação administrativa e a realização de políticas públicas, além de facilitar o controle sobre elas. Entretanto, quando os prazos administrativos são estabelecidos desacompanhados de mecanismos coercitivos, tornam-se rapidamente ineficazes.

Cenário similar é observado em relação à fundamentação das respostas às sugestões emanadas em sede de audiências e consultas públicas. Embora os entes reguladores não estejam vinculados às contribuições recebidas, essas devem ser analisadas e, quando acatadas ou rejeitadas, respondidas de modo fundamentado, sob pena a norma editada carecer de validade. Porém, não há disciplina normativa que imponha balizas ao ônus argumentativo nem sanções à falta de motivação ou à motivação insatisfatória.

O quadro observado destoa do norte-americano. Para se ter um exemplo, nesse país, há *standards* normativos mais satisfatórios para conduzir os procedimentos regulatórios. Cita-se a possibilidade de utilização de *hammer provisions* ou regulamentos-padrão, normativos elaborados pelo Congresso com aplicabilidade secundária, como forma de suprir ausências ou lacunas dos documentos elaborados pelo Poder Executivo. As penalidades impostas variam, mas frequentemente assumem a forma de uma proposta regulatória alternativa.

Erik Corwin (1992) lembra a utilização dos regulamentos-padrão no caso das *Hazardous and Solid Waste Amendments*, de 1984, que asseguraram o

Apelação, além de anular as disposições arbitrárias, impôs limites aos contatos *ex parte*, determinando sua publicidade, sobretudo se realizado após o procedimento *notice-and-comment*.

cumprimento de todos os prazos que estavam vinculados à imposição de suas providências, não obstante a EPA tenha desrespeitado mais da metade dos prazos estabelecidos no diploma. Assim, em caso de descumprimento de quaisquer dos principais prazos regulamentares, as determinações do Congresso, mais amplas que as pretendidas pela agência ambiental, entrariam em vigor automaticamente, determinando que geradores de pequenas quantidades de resíduos sólidos contassem com protocolo de descarte fora do local similar aos geradores de grandes quantidades; o tratamento, armazenamento ou descarte de resíduos ocorresse em instalações permitidas; além da apresentação de relatórios de descarte e retenção de suas cópias.

Os regulamentos-padrão também foram invocados na *Nutrition Labeling and Education Act* para compelir a FDA a cumprir os prazos da emissão dos regulamentos finais de rotulagem nutricional. As disposições legislativas determinavam que, em caso de descumprimento dos prazos estabelecidos, seriam imediatamente promulgadas exigências de clareza nas informações repassadas ao público, estabelecidos padrões para definir termos e tamanhos de porções de alimentos, bem como permissão para que as informações nutricionais no rótulo permanecessem as mesmas ou fossem declaradas dentro de intervalo específico.

Vê-se que, no Brasil, apesar de a Lei nº 13.848/2019 prescrever o dever de transparência e eficiência nos processos decisórios das agências, permanecem lacunas de sanções a descumprimentos de prazos e motivações. Ademais, a previsão de prazos irrealistas desestimula o engajamento da sociedade civil em audiências e consultas públicas, além de dificultar a fiscalização e o controle das ações realizadas.

Como resultado, os reguladores possuem maior discricionariedade a respeito de quando e como agir. Consideradas as pressões advindas do ambiente em que estão inseridos, a liberdade pode encontrar no casuísmo e na informalidade subterfúgios para arbitrariedades, tratamentos privilegiados a determinados grupos e desvios de finalidade na tomada de decisão, fortes indicadores de captura.

Nesse sentido, Salinas (2015) verifica que, no Brasil, não é considerado problemático os órgãos da Administração Pública com poderes normativos estabelecerem as regras de seu próprio processo decisório. As agências reguladoras, em especial, disciplinam muito vagamente as regras a que se sujeitam para a formulação de políticas públicas, possivelmente por uma das seguintes

justificativas: a) as normas não são percebidas como instrumentos potencialmente capazes de afetar os resultados das políticas; ou b) as regras procedimentais são formuladas racionalmente de modo vago, como forma de a Administração Pública não limitar a si mesma nem publicizar as suas práticas decisórias, a menos que seja constrangida a tanto.

Seja qual for a razão, é patente que a omissão observada reclama aperfeiçoamento por meio da expedição de normas mais densas que complementem suas disposições com parâmetros de atuação e mecanismos de *enforcement*. O incremento não só melhora a qualidade e a credibilidade das decisões regulatórias, possibilitando maior transparência, prestação de contas e responsabilização dos agentes, como também reduz os riscos de captura por interesses político-partidários e econômicos.

Para além das falhas institucionais observadas, a vulnerabilidade da autonomia dos órgãos reguladores também encontra origem no sistema político e na cultura praticada no país. O presidencialismo de coalizão associado à cultura de relações pessoais e informais encorajam a atuação distorcida dos atores da regulação.

No Brasil, a governabilidade assenta-se na capacidade de o Chefe do Executivo se articular com as forças políticas da situação e da oposição em favor da constituição de uma base de apoio sólida situada no Poder Legislativo, com a finalidade de impulsionar e concretizar o plano de governo. Em troca de apoio, cargos de livre nomeação e exoneração em ministérios e órgãos correlatos, assim como indicações à diretoria das agências reguladoras, são negociados, nem sempre com observância ao compromisso público e às competências técnicas que os setores de atuação exigem.

Fatores agravantes do cenário são o ambiente social e a cultura política em prática no país que, apesar de não determinísticas, são marcadas pelo que Holanda (1995) chamou de uma “histórica propensão à informalidade”, que se reflete nas relações entre indivíduos e instituições. Ainda, o historiador refere-se ao caráter emocional do povo brasileiro, conduzido pela cordialidade, intimidade e sentimentalismo. As características não afastam, todavia, a possibilidade da transgressão a comandos legais e à ordem pública para concretizar objetivos pessoais.

Transpostas as peculiaridades para o plano da Administração Pública, nota-se que as relações de reciprocidade e dependência estabelecidas entre atores estatais e setores político e economicamente interessados, ou mesmo as atividades desempenhadas por agentes públicos autointeressados na regulação, incentivam práticas antiéticas, sobretudo se ausentes mecanismos de fiscalização e controle.

Quer dizer, em razão de o exercício da regulação por agências independentes funcionar como uma relação agente-principal e de as partes envolvidas serem maximizadoras de interesse e utilidade, há o risco de que os agentes estatais alçados a essa condição por fins políticos diversos não atuem conforme os interesses da sociedade, mas em benefício próprio ou de grupos específicos. Quando incorrido em um ambiente institucional desprovido de mecanismos de monitoramento capazes de coibir ou reduzir transações e comportamentos oportunistas, o agenciamento é ainda mais custoso.

No plano da regulação brasileira, chama atenção o exercício do *lobby* pelos grupos de pressão junto aos órgãos reguladores. A atividade objetiva influenciar, mediante reivindicação, debate e convencimento, a tomada de decisão do Poder Público com a finalidade de atender a interesses determinados. Em essência, trata-se de uma legítima forma de representação de interesses, à disposição de qualquer grupo ou indivíduo, em uma democracia que se propõe pluralista e participativa.

Convém ressaltar que o mecanismo tende a favorecer a atuação de grupos menores e que disponham de mais capital e informação para profissionalizar suas atividades. Por natureza, as pautas regulatórias envolvem causas complexas e conhecimento técnico específico, o que demanda um esforço econômico e intelectual significativo para emitir documentos e argumentar no sentido de influenciar a tomada de decisão regulatória. Desse modo, os custos de participação são altos, podendo até mesmo desencorajar ações isoladas de cidadãos que não dispõem de conhecimento aprofundado sobre as nuances do tema em discussão ou de recursos econômicos para contar com auxílio e orientação profissional de um especialista na área, como também colocam em desvantagem setores da sociedade civil organizada, que têm maiores dificuldades para coordenar a atuação coletiva quando comparados com grupos de interesses econômicos reduzidos.

Apesar de encontrar amparo nos princípios fundamentais do pluralismo político, soberania popular e da cidadania consagrados na Constituição Federal de 1988, a prática da mediação de interesses tem sido associada pelo senso comum a

casos de tráfico de influência e corrupção. Em transações informais, pouco transparentes e não divulgadas ao grande público, há, de fato, o risco de que os lobistas se valham de artifícios ilícitos, como a propina e o suborno, para persuadir os agentes reguladores e aumentar as chances de êxito em suas negociações. Se bem-sucedidos, elevam-se os indícios de ocorrência da captura regulatória.

A ausência de regulamentação do *lobby* no Brasil configura um vácuo legislativo que incentiva a representação de interesses por meio de medidas desonestas e favorece a constituição de um ambiente hostil à autonomia da função regulatória. Em contrapartida, se existem parâmetros legais estabelecendo o exercício escorreito das atividades e maior transparência na forma com que ocorrem as negociações entre os grupos de pressão e os agentes reguladores, menor é o risco de episódios criminosos nesse meio.

Não obstante o tema da regulamentação da atividade venha sendo discutido no cenário nacional desde o final da década de 1970, inexistiu no ordenamento pátrio um marco regulatório estabelecendo diretrizes para a prática adequada da atividade lobista. Atualmente, a mediação de interesses é disciplinada por dispositivos esparsos do ordenamento jurídico, presentes no texto constitucional, em diplomas legais e infralegais⁸⁵, sem, contudo, constituir um sistema efetivo de prevenção e punição dos desvios praticados.

A partir da década de 1980, surgiram várias propostas legislativas para regulamentação do *lobby* no Congresso Nacional, tratado de forma direta ou indiretamente, algumas já arquivadas e outras ainda em tramitação, que se diferenciam pelo alcance e escopo da regulamentação⁸⁶. As iniciativas divergem

⁸⁵ Na ausência de diploma específico regulamentando o *lobby*, a função tem sido desempenhada por diplomas legais e infralegais. A título de exemplificação, cita-se: a) a Lei nº 12.813/2013, denominada Lei de Conflito de Interesses, que prevê limitações à atuação de agentes públicos como lobistas, como a divulgação diária, em meio eletrônico, da agenda de compromissos públicos; b) o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que, em seu art. 259, prevê a possibilidade de credenciamento de entidades para, por intermédio de representante, fornecer subsídios de caráter técnico, documental, informativo e instrutivo sobre proposições de seu interesse aos relatores, aos membros das comissões, às lideranças e aos demais deputados interessados e ao órgão de assessoramento legislativo; c) o Código de Conduta da Alta Administração Federal de 2000, que reconhece o risco de conflito de interesses nas relações estabelecidas entre o setor público e o setor privado e, assim, o desvio de conduta ética do agente público; e d) o Decreto nº 4.334/2002, que dispõe sobre as audiências concedidas a particulares por agentes públicos em exercício na Administração Pública Federal direta, nas autarquias e fundações públicas federais, as quais deverão ser solicitadas e registradas por escrito e com descrição da relação das pessoas presentes e os assuntos tratados.

⁸⁶ As proposições que trataram do tema indireta ou especificamente são muitas: PLS nº 25/1984, PRC nº 337/1985, PLS nº 203/1989, PL nº 6.132/1990, PRC nº 83/1996, PRC nº 87/2000, PRC nº 203/2001, PL nº 6.928/2002, PL nº 1.713/2003, PL nº 5.470/2005, PL nº 1.202/2007, PRC 103/2007,

quanto à quantidade e profundidade dos requisitos a serem cumpridos pelos lobistas no exercício da atividade, variando desde o simples registro à descrição detalhada de atividades, gastos, recursos, impedimentos e interesses envolvidos na ação. Em relação à extensão pretendida pela aplicação da norma, algumas restringem-se ao Poder Legislativo e outras compreendem todos os Poderes. Duas dessas propostas, no entanto, alcançaram discussão mais avançada, motivo pelo qual serão objeto de análise.

Um dos primeiros projetos de lei a versar sobre a temática, o PL nº 6.132/1990 tinha por objetivo determinar às Mesas Diretoras do Senado e da Câmara dos Deputados a implantação de um registro de pessoas físicas e jurídicas atuantes junto às casas do Congresso Nacional e a regulamentação das formas e limites dessa atuação.

Os lobistas registrados deveriam prestar contas de sua atuação às respectivas Mesas Diretoras semestralmente, bem como indicar os contratantes dos serviços e o projeto legislativo ou tema de discussão alvo da atuação, informações que seriam disponibilizadas ao público. Eventuais omissões nas declarações prestadas acarretariam advertência e, em caso de reincidência, na cassação do registro e consequente impedimento de acesso às casas do Congresso, sem prejuízo da apuração de abuso de poder econômico pelo CADE.

Como anota Ricardo Rodrigues (1996), o projeto em comento teve como inspiração o *Federal Regulation of Lobbying Act*, de 1946, como indicam as declarações do relator do parecer sobre o projeto na Mesa da Câmara, ao invocar a sua oportuna proposição, tendo em vista ser mais democrático o exercício do *lobby* monitorado, nos moldes americanos, do que aquele sem essa característica. Para o autor, as versões americana e brasileira centram-se na exigência do registro dos lobistas nas casas congressuais e a apresentação de declarações detalhadas dos recursos recebidos e gastos realizados no decorrer de sua atuação, tornando-as informações públicas. Com a mais abrangente difusão de informação sobre assuntos de consequência pública, preserva-se o interesse público e dota o *lobby* de maior transparência e legitimidade.

Embora o projeto de lei tenha representado um importante avanço para tornar mais transparente a atividade, o alcance de sua regulamentação padece de insuficiência por desconsiderar peculiaridades do ambiente institucional e da cultura política brasileira: a) em primeiro lugar, tem aplicabilidade limitada à atuação de agentes privados no âmbito do Poder Legislativo, excluindo da sua aplicação aquela situada no Poder Executivo e a empreendida por atores públicos; e b) em segundo lugar, as sanções para as infrações cometidas não são bastantes para punir a gravidade do fato nem para impedir o descumprimento de seus dispositivos.

Nesse aspecto, Rodrigues (1996) lembra que, na lei de *lobby* norte-americana, as violações ensejam a aplicação de penas que variam de multa a prisão do agente culpado, ou ambas cumulativamente. Além dessas penas, há a proibição de exercer a atividade. Daí afirmar o autor que não faz sentido prever punições brandas para a omissão ou a ocultação de informações referentes às atividades lobistas, se a transparência resultante das declarações de gastos realizados com o *lobby* é objetivo fundamental do projeto, sob pena de incentivar sua ineficácia.

Em razão de o PL nº 6.132/1990 ter recebido parecer pela inconstitucionalidade em face dos art. 51, III e IV, e 52, XII e XIII, da Constituição pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, novo projeto foi proposto em 2007. O PL, que tramita sob o nº 1.202, ao qual está apensado o PL nº 1.961/2015, disciplina a atuação dos grupos de pressão no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal e apresenta conteúdo mais abrangente que seus antecessores.

Devido à sua extensão, a proposta traz definições para fins de aplicação da lei, como a de entidade representativa de grupo de interesse, recompensa, presente, *lobby* e lobista. Além disso, exclui de sua aplicação os indivíduos que atuem sem remuneração por qualquer pessoa física ou jurídica, em caráter esporádico e com o propósito de influenciar o processo legislativo em seu interesse pessoal, ou que se limitem a acompanhar sessões de discussão e deliberação no âmbito dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, ou a quem for convidado para expressar opinião ou prestar esclarecimentos em audiência pública.

Prevê amplo rol de exigências para o cadastramento, credenciamento e exercício da atividade, dentre as quais a vedação ao cadastro daqueles que tenham, nos 12 meses anteriores, exercido cargo público efetivo ou em comissão e participado, direta ou indiretamente, de elaboração de proposição legislativa objeto

de sua intervenção profissional; a declaração da entidade que representam e das matérias de seu interesse quando em contato com agentes públicos; a obrigatoriedade de participação dos representantes cadastrados, em prazo determinado e às suas expensas, em curso de formação específico que abarque as normas constitucionais e regimentais aplicáveis ao relacionamento com o Poder Público, noções de ética e de métodos de prestação de contas; a prestação de contas ao Tribunal de Contas da União anualmente, discriminando atividades realizadas, natureza das matérias de interesse, fontes de receita e gastos relativos à atuação junto a órgãos da Administração Pública Federal, em especial pagamentos a pessoas físicas ou jurídicas, a qualquer título, cujo valor ultrapasse 1.000 Unidades Fiscais de Referência (UFIR). Ainda, as penalidades aplicáveis à omissão de informações ou à tentativa de ocultar ou confundir incluem a advertência, a cassação do credenciamento em caso de reincidência e, quando for o caso, o encaminhamento de peças e elementos pertinentes ao Ministério Público para apuração da responsabilidade criminal.

Com essa redação, o projeto representa uma versão mais rigorosa se comparada com o PL nº 6.132 e, ao mesmo tempo, incorpora os avanços do marco regulatório americano, alterado pelo *Lobbying Disclosure Act*, de 1995, e pelo *Honest Leadership and Open Government Act*, de 2007, que tornaram a regulamentação dos EUA a mais completa sobre o tema, servindo de modelo para outras jurisdições.

A propósito, Manoel Leonardo Santos e Lucas Cunha (2015), replicando a metodologia do *CPI score*⁸⁷, desenvolvido pelo *The Center for Public Integrity*, analisam o grau de regulamentação das propostas brasileiras em termos de transparência e *accountability*. De acordo com o estudo, o PL nº 6.132/1990 recebeu 37 pontos, enquanto o PL nº 1.202/2007 recebeu 51, ambos considerados regulamentações intermediárias. Os Estados Unidos, por outro lado, são os únicos que apresentam *CPI score* acima de 60, indicando um sistema de controle altamente regulamentado.

⁸⁷ A metodologia do *CPI score* indica que, quanto maior o seu valor, maior o grau de regulamentação do *lobby* e, por conseguinte, elevadas são a transparência e a *accountability* promovidas pela legislação analisada. O indicador é formado por 48 questões que, somadas, resultam em pontuação entre 0 a 100. As questões dividem-se em dimensões: definição sobre o que é considerado lobista, registro individual, divulgação de gastos individuais, divulgação dos gastos do contratante, serviços eletrônicos *on-line*, acesso público, *enforcement* e mecanismos de quarentena.

Para os autores, a regulamentação norte-americana apresenta a vantagem de oferecer dados detalhados sobre instituições representadas, atividades desenvolvidas e gastos realizados, o que contribui para a sua transparência e o seu controle. Contudo, o alto grau de regulamentação acarreta altos custos com a fiscalização e um zelo excessivo nas interações políticas. Quer dizer, além de os custos de monitoramento serem elevados, há o risco de persistirem dúvidas quanto ao que pode ou não ser feito, a fim de se evitar as consequências previstas para comportamentos desviantes, o que atrapalha a interação entre os atores no processo decisório (SANTOS; CUNHA, 2015).

Apesar de o PL nº 1.202 ter recebido parecer favorável na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP), em 2008, seu substitutivo reduz significativamente o escopo do projeto original⁸⁸. Em primeiro lugar, o credenciamento tornou-se facultativo, desestimulando sobremaneira o exercício lícito e regular da atividade. Na mesma linha, disposições relativas à prestação de contas e penalidades foram suprimidas, e as contribuições eleitorais, excluídas de seu âmbito de incidência, não obstante configurem instrumento relevante de negociação junto ao Poder Público. Além disso, os mandamentos carecem de maior clareza quanto aos procedimentos e critérios de conduta que devem ser observados, criando uma zona de incerteza no seu exercício e, assim, enfraquecendo os mecanismos de controle. A proposição, portanto, não transmite a confiança necessária para a missão de tornar as negociações promovidas por grupos de interesse junto ao Poder Público mais transparente.

O substitutivo aproxima-se de um *CPI score* mais baixo, o que significa uma regulamentação mais branda. Para Santos e Cunha (2015), em propostas com essa característica, os graus de transparência e *accountability* sobre a atividade são bem menores. Tem-se a informação de quem faz *lobby*, mas não há clareza sobre quem influencia quem e em que medida a iniciativa influi sobre a decisão final do Poder Público. Por outro lado, as vantagens da baixa regulamentação incluem menor burocracia para registro e produção relatórios periódicos sobre as atividades realizadas e menor custo de fiscalização para o Estado.

⁸⁸ A íntegra do documento pode ser consultada em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0xvqy2lapg0hc15avwviyqhg3717607.node0?codteor=1648889&filename=Parecer-CCJC-04-04-2018.

A heterogeneidade das propostas apresentadas no Congresso Nacional reflete as controvérsias que envolvem o alcance da regulamentação da atividade lobista e a ausência de consenso quanto ao tema no país. Se, de um lado, a participação, a transparência e a *accountability* em processos de tomada de decisão governamental conferem qualidade e legitimidade, fortalecem a confiança da sociedade nas instituições públicas e reduzem a sua apatia no que concerne à participação nas deliberações de políticas, na fiscalização das ações realizadas e na preservação do interesse público; de outro, a regulamentação do *lobby* pode funcionar como obstáculo aos interessados em participar do processo de formulação de políticas públicas, sobretudo àqueles que dispõem de menos recursos materiais para profissionalizar sua atividade, além de prejudicar a eficiência das negociações e demandar mais custos de monitoramento ao Estado.

Nota-se que a opção por uma maior ou menor regulamentação exige uma análise minuciosa de custo-benefício à luz das particularidades do ambiente institucional, do sistema político e da cultura política do Brasil. Diante da ausência de consenso a respeito do tema, parecem impraticáveis propostas extremadas, que proponham um tratamento demasiado brando ou rígido. Desse modo, resta avaliar a possibilidade de o país se beneficiar de uma regulamentação intermediária aplicável aos três Poderes, ainda que essa opção também apresente alguns riscos.

Consoante afirmam Santos e Cunha (2015), os modelos com regulamentação média proporciona um grau de *accountability* razoavelmente elevado, oferecendo à sociedade informações claras sobre quem faz *lobby*, com quem os lobistas se relacionam e que interesses estão envolvidos nas tratativas. Todavia, a maioria das legislações não prevê disponibilização de dados a respeito do contratante nem sobre os valores realizados, o que pode prejudicar a finalidade da iniciativa. Além disso, a regulamentação intermediária demanda um investimento considerável por parte do Estado, porém marcado pela incerteza dos seus resultados.

Considerando os riscos de captura a que se encontra sujeita a regulação no país, como já analisado, o cenário é favorável ao reconhecimento de que os benefícios de uma proposta regulamentadora intermediária da atividade do *lobby* superam as desvantagens envolvidas. Nesse aspecto, maiores graus de transparência e *accountability* das atividades desempenhadas por grupos de pressão junto aos agentes reguladores contribuem não só para impedir a disseminação de vantagens ilícitas e equilibrar o acesso dos grupos de interesse

aos centros de tomada de decisão, mas também comprovar que a ação representa legítimo instrumento democrático de defesa de interesses. Para tanto, não se pode ignorar a imprescindibilidade da previsão de parâmetros e limites de conduta, mecanismos de *enforcement* e quarentena, sistema de prestação de contas e divulgação ao público dos interesses, recursos e atividades realizadas.

Do exposto, a correção de falhas institucionais que minam a participação social no processo de formulação de políticas regulatórias, tais como a ausência de parâmetros de conduta na relação entre agentes públicos e grupos de interesse, de transparência nos procedimentos participativos e de previsão de mecanismos de *enforcement*, é grande oportunidade de aperfeiçoamento para o sistema regulatório brasileiro. As medidas apresentam forte potencial para expandir a democracia participativa e promover monitoramento, integridade e confiança à atividade regulatória. Se bem implementadas, trarão retornos satisfatórios em relação ao incremento da autonomia dos agentes reguladores e à redução do risco de captura.

Observar a experiência norte-americana acumulada desde os anos 1930, e ainda em aperfeiçoamento, quanto à regulamentação do *lobby* e aos mecanismos participativos contidos no APA, pode auxiliar nessa tarefa, contribuindo para identificar em que medida as exitosas soluções lá praticadas podem ser aqui adaptadas e implementadas. Não se trata de importar integral e acriticamente o repertório daquele país, mas nele se inspirar para promover melhoras na desenvoltura do sistema regulatório brasileiro, coerente às peculiaridades culturais, políticas e institucionais do país.

Para a redução dos riscos de captura regulatória, há que se considerar outros papéis desempenhados pelos três Poderes, não elencados como objetos de análise específica neste trabalho, mas igualmente importantes: a) a competência do Executivo de definir e fiscalizar as políticas a serem perseguidas pelo setor regulado; b) a competência do Legislativo para aprovar ou rejeitar as indicações aos cargos de direção e, juntamente à Corte de Contas, fiscalizar a consecução de suas finalidades legais; e, por último, c) a missão do Judiciário de promover o controle sobre a razoabilidade das decisões das agências reguladoras e garantir a observância do devido processo legal em seus processos decisórios.

Conjuntamente, os esforços colaboram para o aprimoramento do sistema de regulação existente no Brasil, com ênfase para o fomento da participação social, a transparência procedimental e o equilíbrio dos interesses em disputa na arena

regulatória. Dessa maneira, preserva-se o espaço de autonomia com que precisam atuar as agências reguladoras para bem desempenhar sua função de perseguir o interesse público em setores-chave do país.

6 CONCLUSÃO

A partir da década de 1980, em razão de sucessivas e acentuadas crises que abalaram as estruturas de sustentação do Estado contemporâneo, proliferaram no mundo iniciativas que propunham a realização de reformas gerenciais na Administração Pública. Com elas, buscava-se, de forma geral, redefinir o papel do Estado na economia e, ao mesmo tempo, enxugar a estrutura burocrática, reduzir gastos públicos e aumentar a eficiência dos serviços prestados aos consumidores.

No Brasil, a tendência ganhou forma com o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, de 1995, que previu, como instrumentos fundamentais para a consolidação do projeto pretendido, as agências reguladoras. Concebidas sob a inspiração da experiência norte-americana, as entidades foram desenhadas como autarquias especiais, dotadas de autonomia administrativa, orçamentária e financeira reforçada para exercer atribuições gerenciais em setores estratégicos da economia, visando à criação de um ambiente econômico atrativo a investimentos, sobretudo em infraestrutura, e propício ao desenvolvimento nacional. Além disso, a novidade solucionaria problemas institucionais existentes, ao proteger as decisões técnicas de ingerências políticas ou empresariais.

As agências independentes foram pensadas para serem modelos inovadores de gestão pública no Estado Regulador, aptas a realizarem funções administrativas, normativas e decisórias, diferentemente dos padrões de organização estatal até então conhecidos. Pretendeu-se demarcar um espaço de “neutralidade” técnica, onde estariam blindadas contra interferências externas inadequadas no processo regulatório. Porém, da análise do efetivo funcionamento dos órgãos reguladores, percebe-se que persistem inúmeros desafios que impedem que o desempenho regulatório atinja o grau de autonomia e eficiência cobiçado durante a Reforma do Estado.

Um desses desafios é a preservação de elevada *performance* das instituições regulatórias em contextos marcados por forte tradição de comportamentos oportunistas. É dizer, a acirrada disputa de interesses nas relações de regulação, muitos deles empenhados em manobrar o caráter técnico das discussões e lograr vantagens setoriais ou particulares, somada à deficiência de mecanismos que assegurem a transparência das negociações, incentiva a atuação de agentes

estatais em desconformidade com as exigências do interesse público. Surge, daí, o risco da captura.

O fenômeno se manifesta sob as naturezas política e econômica. No primeiro caso, citam-se as nomeações para cargos de direção das agências por razões de conveniência político-partidária, alheias à qualificação técnica exigida para o exercício da função. No segundo caso, é possível mencionar a edição de normativos favoráveis aos interesses econômicos exclusivos de setores determinados ou movimentos de *revolving door*, marcados pela concessão de privilégios recíprocos entre reguladores e regulados.

O risco da captura é fruto da circunstância de que as agências atuam em um ambiente assinalado por influências multifatoriais. Além de ser reflexo das falhas de mercado a que as relações regulatórias estão sujeitas, como a ocorrência de externalidades e a existência de assimetrias informacionais, também decorre da racionalidade com que atuam os diversos agentes econômicos e políticos em favor da maximização de interesses particulares.

A dinâmica de influências recíprocas entre grupos de interesse e Poder Público, presente nas relações regulatórias, é mais bem compreendida se acrescentadas às contribuições das teorias do interesse público e do interesse privado as variáveis de cunho institucional, como o faz a corrente institucionalista. Ainda, os atores da regulação se comportam e tomam decisões de acordo com os estímulos do contexto social, político e cultural no qual estão inseridos, fator que deve ser levado em consideração para a determinação do risco de captura.

Dessa forma, a distribuição de interesses e de poder na sociedade, o funcionamento de instituições como os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, as características do sistema político nacional e das práticas culturais são condicionantes do comportamento dos grupos de pressão e do desempenho da função de regulação. Por refletirem os incentivos presentes no espaço regulatório e delinearem as relações entre governo e regulados nele estabelecidas, podem contribuir para a ocorrência do fenômeno da captura.

Como efeito, observa-se que os grupos detentores de poder econômico ou político, motivados pelos próprios interesses, dispõem de maior poder de barganha junto aos reguladores, se comparados com grupos maiores e menos organizados, como o de consumidores. Quer dizer, a influência político-partidária e a disponibilidade de recursos financeiros e informacionais fortalecem os mecanismos

de pressão exercidos quando do *lobby* e, por isso, os grupos que delas dispõem possuem maiores chances de terem seus interesses levados em consideração pelos tomadores de decisão, por vezes com o sacrifício do interesse geral da sociedade.

A desigualdade participativa no contexto regulatório é agravada por falhas institucionais. A falta de transparência e de *accountability* das negociações entre grupos e reguladores incentivam a prática de condutas ilegais e antiéticas, como o tráfico de influência, o abuso de poder econômico e a corrupção, em favor de objetivos estritamente particulares, alheios ao escrutínio do grande público. Além disso, a ausência de parâmetros para a atuação do *lobbying* e para o funcionamento dos mecanismos participativos das agências reguladoras dificulta o monitoramento da legitimidade e da regularidade da atividade.

As particularidades do sistema político no qual estão inseridas as agências reguladoras, por sua vez, também colaboram para o desvio da regulação estatal. O sistema presidencialista de coalizão brasileiro demanda uma relação harmônica e coordenada entre os Poderes Executivo e Legislativo, a fim de concretizar a agenda de políticas governamentais. A consolidação da base de apoio parlamentar se dá mediante negociações, inclusive distribuição de cargos, como forma de induzir os parlamentares ao comportamento cooperativo. Apesar de o modelo possibilitar a composição de equipes competentes e conferir maior flexibilidade à sua atuação, pode igualmente fomentar a existência de uma conjuntura suprapartidária e informal, acionada para a satisfação de projetos pessoais ou setorializados.

Por último, em relação ao contexto sociocultural, sistemas nos quais são institucionalizadas relações burocráticas personalistas e informais, sobretudo aqueles tradicionalmente marcados por práticas clientelistas, como o brasileiro, possuem maior probabilidade de incorrer em captura. Isso porque os padrões de conduta coletiva moldam os comportamentos dos agentes regulatórios e influenciam os relacionamentos políticos. Se os padrões são desviantes, encorajam condutas no plano da regulação com a mesma característica, além de comprometer a qualidade e a legitimidade da função.

Nota-se que as variáveis mencionadas, em maior ou menor grau, culminam no comprometimento da autonomia dos entes reguladores. Para reverter o quadro, recomenda-se reduzir a nebulosidade do espaço em que a regulação é desenvolvida.

Nessa tarefa, as prerrogativas de independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade dos dirigentes das agências cumprem importante papel. Contudo, tais garantias não são suficientes para, por si mesmas, assegurar a autonomia da função regulatória e a impedir interferências externas sobre seu funcionamento.

Em acréscimo a essas, outras medidas podem ser levadas a efeito para alcançar o intento. Uma delas é a elaboração de parâmetros normativos mais densos que os contidos na Lei nº 13.848/2019 para a atuação dos órgãos reguladores, sobretudo aqueles que orientam a realização de consultas e audiências públicas, atribuindo prazos realistas, requisitos mínimos de fundamentação das respostas aos comentários recebidos e sanções em caso de descumprimento. O incremento normativo não só melhora a qualidade e a credibilidade das decisões regulatórias, como também estimula a participação e o engajamento da sociedade civil na formulação de políticas regulatórias.

A regulamentação do *lobby* no país também é uma medida com grande potencial para reduzir a suscetibilidade da regulação à captura pelos grupos de interesse. A criação de regras para o exercício da atividade, como a exigência de prestação de contas pelos lobistas, torna mais transparente as negociações realizadas entre reguladores e grupos de pressão, e, ao mesmo tempo, desincentiva comportamentos ilegítimos e facilita a fiscalização das condutas e a responsabilização dos agentes.

A combinação dos esforços contribui para a autonomia do sistema de regulação brasileiro na medida em que ameniza o desequilíbrio dos interesses em disputa. Por meio da associação de comando, transparência, participação e controle na função das agências, é possível impulsionar o desenvolvimento de um desenho regulatório mais autônomo, eficiente e adequado às especificidades do país.

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Sérgio Henrique. A democracia brasileira vai bem mas requer cuidados. *In*: João Paulo dos Reis Velloso (Org.). **Como vão a democracia e o desenvolvimento no Brasil?** Rio de Janeiro: José Olympio, 2001. p. 251-277.
- ABRANCHES, Sérgio Henrique. O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.
- ABRUCIO, Fernando Luiz. O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente. **Cadernos ENAP**, Brasília, n. 10, p. 1-52, 1997.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 10, p. 1-50, maio/jul. 2007.
- ARAGÃO, Murillo de. A ação dos grupos de pressão nos processos constitucionais recentes no Brasil. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 6/7, p. 149-165, 1996.
- ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. O controle das agências reguladoras pelo Poder Legislativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 55, n. 217, p. 203-221, jan./mar. 2018.
- AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate**. New York: Oxford University Press, 1992.
- BAIRD, Marcello Fragano. O lobby na regulação da publicidade de alimentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 24, n. 57, p. 67-91, mar. 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras: constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-311, jul./set. 2002.
- BARZELAY, Michael. **Breaking through bureaucracy: a new vision for managing in government**. Los Angeles: University of California Press, 1992.
- BATISTA, Mariana. Mensurando a independência das agências regulatórias brasileiras. **Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, n. 36, p. 213-250, 2011.
- BECKER, Gary S. A theory of competition among pressure groups for political influence. **Quarterly Journal of Economics**, n. 98, p. 371-400, 1983.
- BENDOR, Jonathan; GLAZER, Amihai; HAMMOND, Thomas H. Theories of delegation. **Annual Review of Political Science**, v. 4, n. 1, p. 235-269. jun. 2001.

BENTLEY, Arthur F. **The process of government**: a study of social pressures. Chicago: The University of Chicago Press, 1908.

BERNSTEIN, Marver B. **Regulating business by independent commission**. Princeton: Princeton University Press, 1955.

BERTRAND, Marianne; BOMBARDINI, Matilde; TEBBI, Francesco. Is it whom you know or what you know? An empirical assessment of the lobbying process. **NBER Working Paper**, n. 16765, 2011. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w16765.pdf>. Acesso em: 22 set. 2020.

BEVILÁQUA, Clóvis. O desenvolvimento do estudo da legislação comparada. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 11, n. 1, 1903.

BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 153, abr./jun. 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Belo Horizonte: EUnB, 2011.

BONIFÁCIO, Robert; RIBEIRO, Ednaldo. Corrupção e participação política no Brasil: diagnósticos e consequências. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 20, p. 7-42, 2016.

BONIS, Daniel Funcia de. **Os limites do desenho institucional**: uma investigação empírica dos mecanismos da influência presidencial sobre as agências reguladoras independentes no governo federal brasileiro. 2016. 195 f. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016.

CABALLERO, Francisco Velasco. Metodología comparativa para el derecho administrativo. **Revista Española de Derecho Administrativo**, n. 200, p. 51-76, jul./set. 2019.

CAMPOS, Anna Maria; ÁVILA, Jorge Paula Costa; SILVA JÚNIOR, Dércio Santiago da. Avaliação de agências reguladoras: uma agenda de desafios para a sociedade brasileira. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 5, p. 29-46, set./out. 2000.

CAMPOS, Humberto Alves de. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão de literatura sobre regulação econômica. **Revista Prismas**: direito, políticas públicas e mundialização, Brasília, v. 5, n. 2, p. 341-370, jul./dez. 2008.

CARDOSO, Fernando Henrique. **O modelo político brasileiro e outros ensaios**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1973.

CARTER, Neil; KLEIN, Rudolf; DAY, Patricia. **How organizations measure success: the use of performance indicators in government**. London/New York: Routledge, 1992.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 219, p. 253-270, jan./mar. 2000.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A reserva da densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade. *In*: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. **Princípio da legalidade: da dogmática à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 221-234.

CESÁRIO, Pablo Silva. Redes de influência no Congresso Nacional: como se articulam os principais grupos de interesse. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 24, n. 59, p. 109-127, set. 2016.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, oct. 1960.

COHEN, Jeffrey E. The dynamics of the "revolving door" on the FCC. **American Journal of Political Science**, v. 30, n. 4, p. 689-708, 1986.

CORWIN, Erik. Congressional limits on agency discretion: a case study of the Hazardous and Solid Waste Amendments of 1984. **Harvard Journal on Legislation**, v. 29, p. 517-560, 1992.

CUSHMAN, Robert Eugene. **The independent regulatory commissions**. New York: Oxford University Press, 1941.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 27-60.

DINIZ, Eli. Empresariado, Estado y políticas públicas en Brasil: nuevas tendencias en el umbral del nuevo milenio. **América Latina hoy**, v. 33, p. 125-156, 2003.

DIXIT, Avinash K. **The making of economic policy: a transaction-cost politics perspective**. Cambridge: MIT Press, 1996.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, Breno Fraga Miranda e. Fake news: um desafio ao antitruste? **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 37-57, 2018.

DUTRA, Pedro. A fiscalização dos serviços públicos privatizados. **Gazeta Mercantil**, Rio de Janeiro, p. A-3, out. 1998.

DYE, Thomas; ZEIGLER, Harmon. **The irony of democracy: an uncommon introduction to American politics**. California: Wadsworth Publishing Co., 1970.

ESTADOS UNIDOS. Senado. Committee on homeland security and governmental affairs. Staff Report. **Abuses of the federal notice-and-comment rulemaking process**, Washington, 2019. Disponível em: <https://www.hsgac.senate.gov/imo/media/doc/2019-10-24%20PSI%20Staff%20Report%20-%20Abuses%20of%20the%20Federal%20Notice-and-Comment%20Rulemaking%20Process.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2020.

EVANS, Peter. Development as institutional change: the pitfalls of monocropping and the potentials of deliberation. **Studies in Comparative International Development**, v. 38, n. 4, p. 30-52, 2004.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. Rio de Janeiro: Globo, 2001.

FERNANDES, Ciro Campos Christo. **A reforma administrativa no Brasil**: avanços e limites 1995-98. Trabalho elaborado para o Minerva Program, no Institute of Brazilian Business and Public Management Issues da George Washington University, Washington, EUA. 1999. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/1697/1/A%20Reforma%20administrativa%20no%20Brasil%201995-1998%20avan%C3%A7os%20%20limites.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2020.

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

FIGUEIREDO, Ney de Lima. **O lobby no Brasil**: uma trajetória histórica. Rio de Janeiro: Organicom, 2011.

FIGUEIREDO, Rui de; EDWARDS, Geoff. Does private money buy public policy? Campaign contributions and regulatory outcomes in telecommunications. **Journal of Economics & Management Strategy**, v. 16, n. 3, p. 547-576, 2007.

FREITAS, Lorena de Melo; LUZ NETO, Luiz Guedes da. Anatel e limitação da banda larga de internet no Brasil: caso clássico do embate dos grupos de interesse na regulação setorial. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 04, n. 45, p. 227-244, 2016.

FRIEDMAN, Lawrence M. **A history of American Law**. New York: Simón & Schuster, 1973.

FUNG, Archon. Varieties of participation in complex governance. **Public Administration Review**, v. 66, p. 66-75, dec. 2006.

FUNG, Archon; WRIGHT, Erik Olin. **Deepening democracy**: institutional innovation in empowered participatory governance. London/New York: Verso, 2003.

GAMA, Paulo Calmon Nogueira da. O fenômeno da captura das agências reguladoras: federalização indevida de causas judiciais relacionadas aos setores regulados. **Revista Centro de Estudos Judiciários - CEJ**, Brasília, n. 26, p. 63-68, jul./set. 2004. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/626/806>. Acesso em: 14 ago. 2020.

GOLDEN, Marissa Martino. Interest groups in the rule-making process: who participates? Whose voices get heard? **Journal of Public Administration Research and Theory**, v. 8, p. 245-270, 1998.

GONÇALVES, Pedro Costa. **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2019.

GORMLEY, William T. A Test of the Revolving Door Hypothesis at the FCC. **American Journal of Political Science**, v. 23, n. 4, p. 665-683, 1979.

GRANOVETTER, Mark. Economic action and social structure: the problem of embeddedness. **The American Journal of Sociology**, v. 91, n. 3, p. 481-510, 1985.

GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário do modelo norte-americano? In: GUERRA, Sérgio. (Org.). **Teoria do Estado Regulador**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 13-106.

GUERRA, Sérgio. Discrecionalidade técnica e agências reguladoras. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Orgs.). **Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 869-907.

GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natasha. **Lei das Agências Reguladoras: avanços e limites dos seus mecanismos de participação decisória**. 2019. (On-line). Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/lei-das-agencias-reguladoras-avancos-e-limites-dos-seus-mecanismos-de-participacao-decisoria-08102019>. Acesso em: 14 ago. 2020.

HAEDER, Simon F; YACKEE, Susan Webb. Influence and the administrative process: lobbying the U.S. President's Office of Management and Budget. **American Political Science Review**, v. 109, n. 3, p. 507-522, 2015.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **El Federalista**. México: FCE, 2001.

HANCHER, Leigh; MORAN, Michael. Organizing regulatory space. In: HANCHER, Leigh; MORAN, Michael (Eds.). **Capitalism, culture and economic regulation**. New York: Oxford University Press, 1989. p. 271-299.

HERNÁNDEZ, David Guinard. La regulación económica como instrumento de dirección estatal de la economía. **Revista Digital de Derecho Administrativo**, n. 18, p. 177-224, ago./dez. 2017.

HERTOG, Johan den. Review os economic theories of regulation. Utrecht School of Economics, Tjalling C. Koopmans Research Institute. **Discussion Paper Series**, 10-18, p. 1-61, 2010.

HERZ, Michael. E-rulemaking's democratic transformation: anticipated, actual, and potential. **Revue Internationale des Gouvernements Ouverts**, v. 3, p. 195-208, Dec. 2016.

HOLANDA, Nilson. Reforma administrativa e reforma do Estado. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 117, n. 2, p. 117-132, set./dez. 1989.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMAN, Craig. Origins, evolution and structure of the lobbying disclosure act. **Public Citizen**, Washington, p. 1-18, May 2006.

HOOD, Christopher. Transparency. *In*: HOOD, Christopher. (Org.). **Encyclopedia of democratic thought**. London: Routledge, 2001. p. 700-704.

HOOPER, Jack F. Planning, Programming, Budgeting System. **Journal of Range Management**, Arizona, v. 21, n. 3, p. 123-125, May 1968.

JOSKOW, Paul; NOLL, Roger. Regulation in theory and practice: an overview. *In*: FROMM, Gary. (ed.). **Studies in public regulation**. Cambridge: MIT Press, 1981. p. 1-78.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KENIS, Patrick. The preconditions for policy networks: some findings from a three-country study on industrial restructuring. *In*: MARIN, Bernd; MAYNTZ, Renate. **Policy networks: empirical evidence and theoretical considerations**. Frankfurt am Main: Campus, 1991. p. 297-330.

LAENDER, Gabriel Boavista. **As teorias da regulação e as agências reguladoras no Brasil**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade de Brasília – UNB, Brasília, 2005.

LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. **A theory of procurement and regulation**. Cambridge: MIT Press, 1993.

LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. The politics of government decision making: regulatory institutions. **Journal of Law, Economics and Organization**, v. 6, n. 1, p. 1-31, Mar./May 1990.

LANE, Edgar. **Lobbying and the law**. Berkeley: University of California, 1964.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. São Paulo: Alfa-Omega, 1993.

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

LEVINE, Michael E. Regulatory capture. *In*: NEWMAN, Peter. **The new palgrave dictionary of economics and the law**. New York: Palgrave Macmillan, 2002. p. 267-271.

LEVY, Brian; SPILLER, Pablo. Regulations, institutions and commitment in telecommunications: a comparative analysis of five country studies. **The World Bank Economic Review**, v. 7, n. 1, p. 215-252, Dec. 1993.

LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. **Novos Estudos**, São Paulo, v. 76, p. 17-41, nov. 2006.

LLOVET, Enrique García. Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho. **Revista de Administración Pública**, n. 131, p. 61-118, mayo/ago. 1993.

LUNEBURG, William. The evolution of federal lobbying legislation: where we are now and where we should be going. **McGeorge Law Review**, California, v. 41, n. 1, p. 85-129, 2009.

LUPIA, Arthur. Delegation of power: agency theory. *In*: SMELSER, Neil J.; BALTES, Paul B. (Eds.). **International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences**. Oxford: Elsevier Science Limited, 2001. p. 3375-3377.

LUZ NETO, Luiz Guedes da. **Agências reguladoras: uma promessa não realizada contra o risco da captura**. 2016. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016.

MAGAT, Wesley A.; KRUPNICK, Alan J.; HARRINGTON, Winston. **Rules in the making: a statistical analysis of regulatory agency behavior**. Washington: Resources for the Future, 1986.

MANNHEIMER, Sérgio Nelson. Agências estaduais reguladoras de serviços públicos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 343, p. 221-233, 1997.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**, Salvador, n. 1, p. 1-17, fev. 2005.

MARTÍNEZ, Juan Miguel de la Cuétara. Aproximación a la regulación de servicio publico como nuevo paradigma para la prestación de servicios económicos. *In*: ORTIZ, Gaspar Ariño; LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis Martínez; MARTÍNEZ, Juan Miguel de la Cuétara. **El nuevo servicio publico**. Madri: Marcial Pons, 1997. p. 87-106.

MARTÍNEZ, María Salvador. **Autoridades independientes**: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España. Barcelona: Ariel, 2002.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. *In*: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 211-228.

MCCUBBINS, Mathew; NOLL, Roger; WEINGAST, Barry. Administrative Procedures as instruments of political control. **Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 3, n. 2, p. 243–277, 1987.

MEDAUAR, Odete. Regulação e autorregulação. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 123-128, abr./jun. 2002.

MELO, Marcus André. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, n. 116, v. 46, p. 55-68, 2001.

MELO, Marcus André. Política regulatória: uma revisão de literatura. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais – BIB**, Rio de Janeiro, n. 50, p. 7-44, 2000.

MELO, Thiago Dellazari. **A “captura” das agências reguladoras: uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador**. 2010. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política**: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

MITNICK, Barry. Capturing "capture": definition and mechanisms. *In*: LEVI-FAUR, David. **Handbook on the politics of regulation**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011. p. 34-49.

MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, n. 791, p. 739-756, set. 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e “elaboração processual de normas”. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 221-255, abr./jun. 2003.

MOREIRA, Vital. **Autorregulamentação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA, Vital. Serviço Público e Concorrência: a Regulação do Sector Eléctrico. *In: NUNES, António José Avelãs et al. Os caminhos da privatização da Administração Pública*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 223-225.

MORGAN, Bronwen; YEUNG, Karen. **An introduction to law and regulation: texts and materials**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

MOSCA, Gaetano. **Elementi di scienza politica**. Torino: Fratelli Bocca, 1896.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Agências, expertise e profissionalismo: o paradigma da técnica na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 254, p. 1-28, 2010.

MUELLER, Bernardo. Regulação, informação e política: uma resenha da teoria política positiva da regulação. **Revista Brasileira de Economia de Empresas**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 9-29, set./dez. 2001.

NISKANEN, William. **Bureaucracy and representative government**. Chicago e New York: Aldine Atherton, 1971.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direito Administrativo Contemporâneo**. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Há uma discricionariedade técnica? **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Federal da Bahia**, Salvador, v. 26, nº 28, p. 130-131, fev. 2016. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/18273>. Acesso em: 12 jul. 2020.

NUNES, Edson de Oliveira. **A gramática política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

NUNES, Edson de Oliveira; NOGUEIRA, André Magalhães; COSTA, Cátia Couto da; ANDRADE, Helenice Vieira de; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político-institucional**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

OLSON, Mancur. **The logic of collective action: public good and the theory of groups**. Cambridge: Harvard University Press, 1965.

OROZCO, José Luis. Bentley: notas sobre una ciencia de los grupos de presión. **Revista Mexicana de Ciencia Política**, México, ano 18, n. 68, abr./jun. 1972.

OUTHWHITE, William; BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do pensamento social do século XX**. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

PECI, Alketa; VIEIRA, Alexandre Sérgio Alves. Agências reguladoras independentes? Análise das trajetórias de carreira dos reguladores federais brasileiros. *In: NEGRI, João Alberto de; ARAÚJO, Bruno César; BACELETTE, Ricardo (Orgs.). Desafios da nação: artigos de apoio*. Brasília: Ipea, 2018. p. 539-557.

PELTZMAN, Sam. The economic theory of regulation after a decade of deregulation. **Brookings papers on economic activity: microeconomics**, Washington, v. 20, p. 1-59, 1989.

PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Partidos fracos na arena eleitoral e partidos fortes na arena legislativa: a conexão eleitoral no Brasil. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, p. 735-771, 2003.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Reforma do Aparelho do Estado e a Constituição Brasileira. **Texto para discussão ENAP**, Brasília, p. 4-18, jan. 1995.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Lua Nova – Revista de Cultura Política**, São Paulo, n. 45, p. 49-95, 1998.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil**: para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: Ed. 34, 1996.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da Administração Pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 120, n. 1, p. 7-40, jan./abr. 1996.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Estratégia e estrutura para um novo Estado. **Revista de Economia Política**, v. 17, n. 3, p. 24-38, jul./set. 1997.

PINTO JÚNIOR, Helder; PIRES, Melissa Cristina Pinto. Assimetria de informações e problemas regulatórios. **Agência Nacional do Petróleo – ANP**, p. 1-12, fev. 2000.

POLIDANO, Charles; DAVID, Hulme; MINOGUE, Martin. **Beyond the New Public Management**: changing ideas and practices in governance. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 1999.

POLLITT, Christopher. Antistatist reforms and the new administrative directions: public administration in the United Kingdom. **Public Administration Review**, v. 56, n. 1, p. 81-87, jan./fev. 1996.

POLLITT, Christopher; BOUCKAERT, Geert. Avaliando reformas da gestão pública: uma perspectiva internacional. **Revista do Serviço Público**, Brasília, n. 3, p. 7-31, jul./set. 2002.

PORRAS, Eloísa Carbonell. Las agencias administrativas y su posición en el sistema constitucional. *In*: CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. **Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América**. Madri: Marcial Pons, 1996. p. 21-52.

POSNER, Richard. Theories of economic regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 5, n. 2, p. 335-358, 1974.

QUIRK, Paul J. **Industry influence in federal regulatory agencies**. New Jersey: Princeton University Press, 1981.

RAMÍREZ, Gloria Luz Alejandre. Arthur Bentley, grupos de presión y élites políticas: una visión pragmática del ejercicio del poder. **Estudios Políticos**, México, v. 9, n. 31, p. 147-163, jan./abr. 2014.

REINO UNIDO. House of Commons. The quango debate. **Research paper**, n. 5, p. 1-40, abr. 2005. Disponível em: <http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp2005/rp05-030.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2020.

REZENDE, Flávio da Cunha. Desafios gerenciais para a reconfiguração da administração burocrática brasileira. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, ano 11, n. 21, p.344-365, jan./jun. 2009.

REZENDE, Flávio da Cunha. O dilema do controle e a falha sequencial nas reformas gerenciais. **Revista do Serviço Público**, Brasília, ano 53, n. 3, p. 53-77, jul./set. 2002.

RODRIGUES, Ricardo. A regulamentação do lobby no Brasil: leitura crítica de um projeto de lei. **Revista de Administração Pública – RAP**, Rio de Janeiro, n. 30, v. 1, p. 55-63, jan./fev. 1996.

RODRIGUES, Ricardo. Mudança e continuidade na regulamentação do lobby nos Estados Unidos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 196, p. 83-93, out./dez. 2012.

RUA, Maria das Graças. Desafios da Administração Pública brasileira: governança, autonomia, neutralidade. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 48, n. 3, p. 133-152, set./dez. 1997.

SALGADO, Lúcia Helena. Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, Rio de Janeiro, Texto para discussão, n. 941, p. 1-56, mar. 2003.

SALINAS, Natasha. Impulsionando a Administração a agir: o papel dos prazos administrativos nas leis sobre políticas públicas. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 41, p. 1-19, mar./maio 2015.

SALINAS, Natasha; MARTINS, Fernanda. Os mecanismos de participação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, vol. 8, n. 3, p. 343-368, dez. 2018

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SÁNCHEZ, Luis Alberto Pomed. Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes. **Revista de Administración Pública**, n. 132, p. 117-170, set./dec. 1993.

SANTOS, Luiz Alberto dos. Desafios da governança regulatória no Brasil. *In*: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula. **Desafios da regulação no Brasil**. Brasília: ENAP, 2009. p. 105-130.

SANTOS, Manoel Leonardo. Representação de interesses na arena legislativa: os grupos de pressão na Câmara dos Deputados (1983-2012). Texto para discussão 1975. **Instituto de Pesquisa Econômica - IPEA**, Rio de Janeiro, jun. 2014. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3140/1/TD_1975.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2020.

SANTOS, Manoel Leonardo. Representação de interesses na Câmara dos Deputados: o lobby e o sucesso da agenda legislativa da indústria. **Revista Ibero-Americana de Estudos Legislativos - RIEL**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 52-70, mar. 2014.

SANTOS, Manoel Leonardo; CUNHA, Lucas. Propostas de regulamentação do lobby no Brasil: uma análise comparada. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA**, Rio de Janeiro, maio 2015. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25357. Acesso em: 14 ago. 2020.

SANTOS, Mário Augusto da Silva. **Associação Comercial da Bahia na Primeira República**: um grupo de pressão. 1973. 321 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 1973.

SCHEFFER, Mário; BAHIA, Lígia. O financiamento de campanhas pelos planos e seguros de saúde nas eleições de 2010. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 96, p. 96-103, jan./mar. 2013.

SHAPIRO, Stuart. Does the amount of participation matter? Public comments, agency responses and the time to finalize a regulation. **Policy Sciences**, v. 41, n. 1, p. 33-49, 2008.

SHAPIRO, Stuart. Presidents and process: a comparison of the regulatory process under the Clinton and Bush administrations. **Journal of Law and Politics**, v. 23, n. 393, p. 393-418, 2007.

SHEPHERD, Geoffrey; VALENCIA, Sofia. Modernizando a Administração Pública na América Latina: problemas comuns sem soluções fáceis. **Revista do Serviço Público**, Brasília, ano 47, v. 120, n. 3, p. 1-27, set./dez. 1996.

SILVA, Mariana Batista da. **Independência após a delegação?** Uma análise exploratória da interferência política nas agências regulatórias brasileiras. 2010. 100 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

SIX, Frédérique E. Trust in responsive regulation theory: a critical appraisal from a trust perspective. **University Amsterdam, Department of Governance Studies, Faculty of Social Sciences**. Paper presented at ECPR Standing Group on Regulation & Governance Exeter, p. 1-18, jun. 2012.

SKOCPOL, Theda. El Estado regresa al primer plano: estrategias de análisis em la investigación actual. **Zona Abierta**, v. 50, p. 71-122, jan./mar. 1998.

SMITH, Adam. **An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**. Oxford: Oxford University Press, 1976.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências Reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 216, p. 125-162, abr./jun. 1999.

STADLER, Inés Macho; CASTRILLO, David Pérez. **An introduction to the economic of information**. New York: Oxford University Press, 1997.

STIGLER, George. The theory of economic regulation. **The Bell Journal of Economics**, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971.

STIGLITZ, Joseph E. **Economics of the public sector**. New York: WW Norton & Co, 1986.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17-38.

SUNSTEIN, Cass R. Constitutionalism after the New Deal. **Harvard Law Review**, v. 101, n. 2, p. 421-510, 1987.

TABAKOVIC, Haris; WOLLMAN, Thomas. From revolving doors to regulatory capture? Evidence from patent examiners. **NBER Working Paper Series**, n. 24638, p. 1-38, 2018. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w24638.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 202, p. 1-10, out./dez. 1995.

THOMAS, Clive S. Interest group regulation across the United States: rationale, development and consequences. **Parliamentary Affairs**, Oxford, v. 51, n. 4, p. 500-515, 1998.

TRUMAN, David B. **The governmental process**: political interests and public opinion. New York: Alfred A. Knopf, 1951.

VERMEULE, Adrian. The Administrative State: law, democracy, and knowledge. *In*: TUSHNET, Mark; GRABBER, Mark A.; LEVINSON, Sanford. **Oxford Handbook of the United States Constitution**. New York: Oxford University Press, 2013. p. 1-26. VISCUSI, Kip; HARRINGTON, Joseph; VERNON, John. **Economics of regulation and antitrust**. Cambridge: MIT Press, 2005.

WAGNER, Wendy; BARNES, Katherine; PETERS, Lisa. Rulemaking in the shade: an empirical study of EPA's air toxic emission standards. **Administrative Law Review**, v. 63, n. 1, p. 99-158, 2011.

WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel. Agências reguladoras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, p. 143-171, jan./mar. 1999.

WARREN, Kenneth F. **Administrative Law in the Political System**. Upper Saddle River: Prentice-Hall, 1996.

WEST, William F. Formal procedures, informal processes, accountability, and responsiveness in bureaucratic policy making: an institutional policy analysis. **Public Administration Review**, v. 64, p. 66-79, 2004.

WIARDA, Howard; KLINE, Harvey. **Latin American politics and development**. New York: Westview Press, 1990.

WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of Capitalism**. Free Press: New York, 1985.

WRIGHT, Maurice. Policy community, policy network and comparative industrial policies. **Political Studies**, v. 36, p. 593-612, 1988.

YACKEE, Susan Webb. Sweet-talking the fourth branch: assessing the influence of interest group comments on federal agency rulemaking. **Journal of Public Administration Research and Theory**, v. 16, n. 1, p. 103-124, jan. 2006.

YACKEE, Susan Webb. The politics of ex parte lobbying: pre-proposal agenda building and blocking during agency rulemaking. **Journal of Public Administration Research and Theory**, v. 22, n.2, p. 373-393, 2012.

ZAMPIERI, Ênio. Ação dos grupos de pressão no processo decisório das comissões permanentes do Congresso Nacional. **E-Legis**, v. 6, n. 12, p. 122-136, 2013.