

## A INTERDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

THE COORDENATE ATUATION BY REGULATORY AGENCIES IN BRASIL\*

### *Felipe Chiarello de Souza Pinto*

*Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie,*

### *Kristian Rodrigo Pscheidt*

*Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, é especialista em Direito Tributário pelo Centro Universitário Curitiba, possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e graduação em Jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.*

**RESUMO:** É comum pensar o Direito e o Estado dentro de uma concepção formalista, encaixados em um recipiente de Leis e regramentos. Todavia, o estudo do Estado deve ocorrer além destes vícios, momento em que será possível analisar a totalidade das relações e as reais concepções da realidade.

Neste contexto é possível concluir que as agências reguladoras mostram-se como importante ferramenta do Estado Neoliberal para a concessão de suas políticas públicas. No entanto, tenta-se atribuir a estes entes autárquicos uma função para a qual não foi originariamente concebida, que é assegurar garantias e níveis de satisfação ao consumidor. Por isso fala-se no fracasso destas instituições. Todavia, o que se evidencia é que as agências reguladoras foram criadas para manter a competição e o mercado aquecido, e neste escopo, o objetivo foi atingido de forma esplêndida.

*Palavras-chave: Agências Reguladoras; Intervenção do Estado; Autonomia administrativa.*

**ABSTRACT:** It is common to think State and Law in a formalist conception, embedded in a container of laws and rules. However, the study of the state must occur above these vices, when it will be possible to analyze all of the real relations and conceptions of reality.

In this context it's possible to conclude that the regulatory agencies appear to be an important tool of Neoliberal State for granting of public policies. Furthermore, attempts to assign to these entities a function for which it wasn't originally conceived, which is guarantees and ensure consumer satisfaction levels. About it, threats like the failure of these institutions. However, it is evident that the regulatory agencies were principally created to keep the competition and the hot market, and in this scope, the goal has been achieved so splendid.

*Key Words: Regulatory Agencies; autonomy and interdependence*

*Sumário: 1. Introdução; 2. Premissas Teóricas; 2.1. A Noção de Estado; 2.2. Soberania e efetividade; 2.3. O Neoliberalismo; 3. As agências reguladoras; 3.1. O “fracasso” das agências reguladoras; 4. Considerações finais.*

## **1. INTRODUÇÃO**

A força do Direito está presente a cada momento do ser humano na sociedade contemporânea. Não há qualquer ação humana que não possa ser subsumida a algum dispositivo legal. Ainda que não expressos, cada instante está abarcado por princípios ou regras gerais do Direito.

Nesta toada, o Direito possui um papel central na sociedade, criando uma redoma de direitos e obrigações na qual o indivíduo enche-se de problemas e questões naquele submundo que o rodeia. Todavia, o que o consome no dia a dia são os problemas periféricos, pois é inerente à sociedade capitalista a existência de crises e conflitos que exijam reorganização social, permitindo que o sistema evolua<sup>1</sup>. Neste mundo regrado, ensinam os Juspositivistas<sup>2</sup>, coube ao Estado a função de absorver um fragmento da liberdade do indivíduo e impor condutas de organização social.

---

<sup>1</sup> Tal ensinamento é extraído de Joachim Hirsch, que enuncia que “a sociedade capitalista é caracterizada por crises e conflitos permanentes que perturbam o sistema existente da aparelhagem política, obrigando-o a periódicas reorganizações. Apenas através desses processos de crises e de reorganização a particularidade e a autonomia relativa do Estado pode ser mantida”. (Teoria Materialista do Estado. Trad. Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Revan, 2010, p. 45)

<sup>2</sup> Tais como Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert Hart e Norberto Bobbio.

No entanto, o mundo não é restrito ao amparo do Direito, sendo a realidade fática e concreta superior aos formalismos da Lei. Abaixo da redoma, existe um conjunto de fatores estruturantes que definem como e porque o Direito atuará e, doravante, seu principal braço, que é o Estado. Isso significa que as relações sociais não são regidas pelo Estado, mas sim por interesses que o formalizam.

Trata-se de um sistema maior que o Direito que define os rumos da sociedade. Esse complexo estruturante é composto por grupos detentores dos meios de produção, mormente ligados à política econômica de cada região, hoje já expandidas a níveis intercontinentais. Aquele que detém os meios de produção é o proprietário do capital; e numa sociedade capitalista, é Senhor de suas decisões.

O Estado brasileiro, por exemplo, nunca deteve os meios de produção ou, se o obteve, foi por meio de financiamentos obtidos do capital estrangeiro. Sem ser efetivamente proprietário, está à mercê daqueles que o financiaram. Não há soberania econômica; e sem soberania econômica não há independência, vontade própria ou livre disposição de vontade.

Neste aspecto que é possível afirmar a subordinação do Estado ao Capital, que transforma as instituições em instrumentos para a manutenção e consecução de objetivos econômicos. Por isso, o Estado pode ser descrito como forma, enquanto o conteúdo está nos alicerces da sociedade, que pode ser resumido na política econômica. Portanto, a política econômica usa o direito para moldar o Estado de acordo com suas vontades.

Contemporaneamente, com a derrocada do liberalismo e a desestatização dos serviços de infraestrutura, o papel central para a organização do sistema neoliberal está com as agências reguladoras, que se tornaram um instrumento jurídico de legitimação da intervenção na iniciativa privada criada para fins de manutenção do mercado. A garantia de manutenção de direitos sociais é o escopo secundário, incipiente e lateral. A criação destes entes autárquicos apenas esboça um modelo capaz de garantir que o capital continuará circulando.

Isso porque, como sublinhado acima, tais agências não são Senhoras de suas decisões, pois são economicamente dependentes, seja do Estado (que também é subordinado ao capital), seja diretamente do próprio capital privado. Por isso que os ideais de autonomia, independência, tecnicidade, descentralização, funções normativas, fiscalizadoras, sancionatórias e julgadoras são apenas roupagens, formas estipuladas pelo Direito; enquanto o problema crucial, o conteúdo, é mantido intacto, pois está sob e acima da abóbada que mantém o sistema.

Neste contexto que o presente estudo, de forma incipiente, pretende demonstrar que independentemente da criação ou atuação efetiva das agências reguladoras, não lhes cabe criar um mundo de bem-estar e garantias ao cidadão. As concepções do modelo das agências reguladoras não possuem outro escopo senão manter o mercado em funcionamento.

Porém, ludibriando seu objetivo principal, o conceito legal das agências reguladoras traz resquícios de justiça social, imposição de garantias ao cidadão e consecução de um mínimo de qualidade nos serviços. Essas características viciam os estudiosos<sup>3</sup> a aterem-se em meras formalidades, isto é, nas arestas destes entes autárquicos, enquanto o núcleo, o conteúdo, permanecerá inalterado. E isso, sem dúvidas, permitirá a perenidade do sistema.

## **2. PREMISSAS TEÓRICAS**

### **2.1. A NOÇÃO DE ESTADO**

Todo trabalho científico, como o que ora se propõe realizar, exige fundamentar suas premissas teóricas e estabelecer um mínimo de conceitos para possibilitar um raciocínio coerente e sem desvios lógicos. Por isso que o presente tópico, apesar de perfunctório, pretende definir a premissa histórico-filosófica das conclusões que ao final se chegará.

Neste sentido, reconhece-se que existe notável embate filosófico acerca do papel exercido pelo Estado. De um lado estão os Juspositivistas, como sendo o grande campo de legitimação e de aceitação do direito e das instituições políticas e jurídicas, em uma visão estatal, formalista, institucional e liberal; e de outro os Não Juspositivistas, que se mostram não liberais, não institucionais e sempre caminhando para uma compreensão realista do fenômeno jurídico<sup>4</sup>.

A consequência imediata da discussão envolvendo ambas as correntes é o reconhecimento da supremacia nas normas constitucionais frente ao Estado (Juspositivistas);

---

<sup>3</sup> Veja-se que autores de renome, como Ricardo Marcondes Martins, insistem em atribuir um papel social para o setor. Ele afirma que “a regulação jurídica tem por objeto o sistema econômico. Busca, precipuamente, a manutenção do equilíbrio do sistema econômico – a correção das chamadas falhas de mercado -, a eficiência econômica e a modificação do sistema econômico – a realização de justiça social – a equidade econômica”. (Regulação Administrativa a Luz da Constituição Federal. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 119)

<sup>4</sup> Classificação esta adequada da divisão realizada por Alysson Leandro Mascaro (*in* Filosofia do Direito. São Paulo: Atlas, 2010, cap. 12). Todavia, na classificação original do autor, remanesce uma terceira categoria, denominada de “Marxista”, que seriam os Não Juspositivistas com uma crítica mais elaborada. Todavia, por imperativo dos predicados da lógica, em especial a regra do terceiro excluído, entende-se aqui que tal grupo (marxista) deve ser alocado como um subgrupo dos “Não Juspositivistas”.

ou a visão de que o Estado é soberano e dita o caminho das normas de acordo com suas vontades (Não Juspositivistas).

O primeiro grupo, em sua visão extremada do reducionismo, tem como maiores expoentes Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert Hart e Norberto Bobbio, todos pregando obediência aos ditames constitucionais, vislumbrados sobre a norma hipotética fundamental, que permitiriam concluir que a Constituição se consubstanciaria ao próprio Estado<sup>5</sup>. Desta forma, é indubitável que a norma estaria em sobreposição ao Estado, dirigindo, regulando e limitando os passos do mesmo.

Entretanto, o problema desta concepção reside na redução do próprio conceito de Estado<sup>6</sup>, que é tomado apenas como uma entidade fictícia criada pelo Direito para ser titular de direitos e deveres. Assim, os juristas perdem-se em batalhas inócuas, porque a noção de Estado é muito maior, e deve ser compreendida como sendo um conjunto de elementos congruentes entre si, mormente sociais, econômicos e políticos, integrados para a consecução de uma finalidade pública<sup>7</sup>. Não é pelo Direito que se deve conceber o Estado.

Porém, há uma ruptura marcante entre realidade e teoria. O mundo fenomênico é recheado de elementos e situações que extrapolam os limites do Estado. Se encaminhado para a matemática, deve-se reconhecer que o Estado (E) é menor (<) que a realidade (R). Por isso, neste viés, a realidade precisa ser concebida na sua integralidade, e os fatores que a influenciam mostram-se os elementos centrais da sociedade.

Por isso que, extrapolando-se os limites jurídicos, em meio a dezenas de definições de Estado<sup>8</sup>, há de se mostrar mais correta aquela definição concebida por Leon Duguit<sup>9</sup>, na

---

<sup>5</sup> Conclusão esta obtida por Hans Kelsen ao discorrer sobre o conceito de Estado, afirmando “*o Estado como comunidade jurídica não é algo separado de sua ordem jurídica, não mais do que a corporação é distinta de sua ordem constitutiva*” (Teoria Geral do Direito e do Estado. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 263). Bobbio, por exemplo, classifica o direito como sendo “*um conjunto de regras que são consideradas (ou sentidas) como obrigatórias em uma determinada sociedade porque sua violação dará, provavelmente, lugar a intervenção de um terceiro (magistrado ou eventualmente árbitro) que dirimirá a controvérsia emanando uma decisão seguida de uma sanção ao que violou a norma*”. (BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Marcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997, p. 27).

<sup>6</sup> Neste sentido, ver DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva: 1998, Capítulo II, item 58.

<sup>7</sup> Concepção esta que pode extraídas das lições de Darcy Azambuja, que define o Estado como sendo “*uma sociedade, pois se constitui essencialmente em um grupo de indivíduos unidos e organizados permanentemente para realizar um bem comum*” e logo após conclui: “*Estado é a organização político-jurídica de uma sociedade para realizar o bem público, com governo próprio e território delimitado*”. (Teoria Geral do Estado. Rio de Janeiro: Globo, 2000, pp. 2 e 9).

<sup>8</sup> No livro “A Nomenclature in Political Science”, C. H. Titus (American Political Science Review, 1931, p. 45-60) identifica na doutrina nada menos do que 45 conceitos diferentes de Estado.

<sup>9</sup> Logo na primeira página de seu livro “*L'état, les gouvernants et les agents*”, Leon Duguit afirma que “*L'Etat n'est pas ne personne juridique; L'Etat n'est pas une personne souveraine. L'Etat est le produit historique d'une différentiation sociale entre les forts et les faibles dans une société donnée*”. (Paris: Ancienne Librairie Thorin et Fils, 1903, p. 1)

qual o Estado é tido como uma força material irresistível, acrescentando que essa força, atualmente, não é limitada, mas somente regulada pelo Direito.

Essa conotação é percebida pela própria evolução histórica da humanidade<sup>10</sup> e foi bem desenvolvida por doutrinadores como Hérman Heller<sup>11</sup> e Georges Bordeau<sup>12</sup>. O Estado legítimo verifica-se como sendo aquele regulado e construído pelo Povo, sendo as suas Leis os instrumentos para a atuação Estatal. Daí que doutrinadores como Alysson Leandro Mascaro<sup>13</sup> e Gilberto Bercovici<sup>14</sup> criticam a utilização do Estado de Direito pelas elites para moldar o rumo da economia de acordo com os interesses de mercado, e não vice-versa, isto é, o Povo definindo as políticas sociais e desenvolvimentistas.

Por isso o presente estudo concebe o Estado como força superior a própria organização formalista da Lei, em especial sua Constituição. O Estado é parte delegada do Povo<sup>15</sup> para organizar a vida em sociedade, sendo o Direito o mais eficaz de seus instrumentos. Desta forma, filiando-se a corrente materialista, é de Joachim Hirsch (2010, p. 32) a melhor definição contemporânea de Estado<sup>16</sup>, que se traduz como sendo não apenas uma “expressão de vontade geral, nem o mero instrumento de uma classe, mas a objetivação de uma relação estrutural de classes e de exploração”.

Todavia, mesmo estando em degrau superior, isso não significa que o Estado pode negar a força normativa da Constituição. A ordem social e econômica preconizada na Lei deve ser obedecida, por exigência da própria sociedade. Desta forma, o Direito não deve ser visto como um entrave a evolução social e econômica, mas como uma ferramenta de garantia

---

<sup>10</sup> A despeito das questões históricas, importante mencionar que a melhor forma de compreensão do Estado deve ser efetivada pelo método histórico, pois tão somente assim será possível obter o exato conteúdo presente nas formas de atuação do Estado, conforme leciona Paulo Bonavides (Teoria Geral do Estado. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 119)

<sup>11</sup> Para Hérman Heller, o Estado deve ser entendido como *“toda organización, es un poder engendrado por varios factores pero que, por su parte, actúa unitariamente, y cuyos actos no pueden ser imputados ni a los órganos exclusivamente ni a la ordenación entrelazada en sí misma y ni siquiera a lados los actuales participantes”*. (Teoria del Estado. trad. Luis Tobío, 2ªed. México: FCE, 1998. p. 90)

<sup>12</sup> Georges Bordeau possui um olhar crítico sobre a noção de Estado, afirmando que trata-se de uma idéia concebida no século XV para institucionalização do poder. Proclama o autor que “se o Estado procede do que chamamos a institucionalização do Poder, essa operação não se dá por acaso. É determinada por um conjunto de circunstâncias que concorrem, em dado momento, para torná-lo ao mesmo tempo possível e necessário”. (O Estado. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 13).

<sup>13</sup> Ver em a “Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro” (2ªed São Paulo: Quartier Latin, 2001)

<sup>14</sup> Ver em a “Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo” (São Paulo: Quartier Latin, 2008)

<sup>15</sup> Noção esta que é referendada pelas ideias de Friederich Müller, que enuncia na sua obra “Fragmentos (sobre) o Poder Constituinte do Povo” que a atuação estatal, especialmente a Constituição, só é legítima se estiver em consonância com a vontade do povo. (Trad. Paul Naumann. São Paulo: RT, 2004)

<sup>16</sup> Teoria Materialista do Estado. São Paulo: Revan, 2010, p. 32. O mesmo autor complementa na p. 29 que as “relações capitalistas apenas podem se formar inteiramente quando a força de coerção física se separa de todas as classes sociais, inclusive das classes economicamente dominantes: isso ocorre precisamente sob a forma de Estado”.

de direitos. Assim, a partir do momento em que se adota um modelo, nas acepções de Eros Roberto Grau<sup>17</sup>, calcado em um sistema capitalista, aberto mas protegido de mudanças extremas, visando o bem-estar, estar-se-á reconhecendo a força normativa da Constituição de 1988.

Próximo, mas não semelhante às conclusões de Ferdinand Lassale<sup>18</sup> acerca da diferença entre Constituição formal e real, por estar em um degrau acima (além da Lei), este trabalho estabelece como consequência direta deste raciocínio o reconhecimento de que o Direito é um instrumento estruturante, um modo de operar, uma roupagem ou ferramenta ideal para o Estado conduzir a organização social. Trata-se de um modelo, na acepção formal, capaz de impor condutas e traçar certo grau de previsibilidade e calculabilidade das relações.

Já o conteúdo, por sua vez, é aquele definido pela política econômica. Por isso que, muito mais importante do que definir a forma, o Estado deve preocupar-se diretamente com o conteúdo, o que, inegavelmente, vem sendo relegado a grupos privados e seus princípios capitalistas, seja por fatores históricos, políticos ou econômicos. Obviamente que o conteúdo é reconhecido dentro do próprio sistema normativo, como enuncia Eros Roberto Grau (1981, p. 83) ao expor que a Constituição adota o princípio da liberdade de iniciativa econômica empresarial, que “enseja a reserva de um campo da atividade econômica a ser exercitado pela empresa privada. Dentro dele, em condições de liberdade regulamentada (...) movimentam-se empresas privadas, no exercício da atividade econômica”. Porém, é fora do Direito que se revela o conteúdo da política econômica do Estado. O importante é tecer olhares críticos sobre a estrutura, diretamente sobre a base, isto é, no núcleo que sustenta o Direito, que é o que se tentará obter no tópico seguinte.

## **2.2. SOBERANIA E EFETIVIDADE**

O esvaziamento do conceito jurídico, formalista do Direito, não deve ser entendido como a desconsideração da soberania e autonomia dos Estados, sendo a definição da política econômica a sua principal variável. A noção de política econômica pode ser captada desde as lições liberais da “mão-invisível” de Adam Smith<sup>19</sup>, enunciando que o Estado deve propor-se

---

<sup>17</sup> Conforme conclusões lançadas na sua obra já clássica: *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 348.

<sup>18</sup> O que é uma Constituição. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 2000.

<sup>19</sup> O autor complementa informando que "*a economia política, considerada como ramo da ciência do estadista ou legislador, propõe dois objetivos distintos: primeiro, proporcionar uma renda abundante, ou subsistência para o povo, ou, mais propriamente, permitir-lhe proporcionar uma tal renda ou subsistência para ele mesmo; e*

“a enriquecer o povo e o soberano” e, para atrair riquezas, há que se adotar (ou não) uma série de medidas para angariar fundos. Esse é o papel da política econômica, que pode ser entendida<sup>20</sup> como a “intervenção do governo na economia com o objetivo de manter elevados níveis de emprego e elevadas taxas de crescimento econômico com estabilidade de preços”.

Porém, é preciso evidenciar que uma política econômica eficaz somente terá êxito se o Estado detiver soberania econômica<sup>21</sup>. A ultrapassada ideia de soberania<sup>22</sup> como sendo a “entidade que não conhece superior na ordem externa nem igual na ordem interna” somente é eficaz a partir do momento em que remanescem meios (econômicos) para essa atitude de soberba. Por isso que é através da economia que um Estado firma sua posição de independência, sendo correto afirmar que uma nação dependente econômica e tecnologicamente não concretizará sua soberania política<sup>23</sup>.

A acepção é simples e de fácil constatação. Se a atuação político-econômica do Estado depender de qualquer fator exógeno, isto é, não inerente a si mesmo, certamente que qualquer atitude terá que ultrapassar este obstáculo. E sendo um objeto intransponível, a superação somente pode ocorrer por duas vias: pela força ou pela concessão (acordo). Em uma era de paz e harmonia de mercados, a primeira hipótese (militar) fica descartada; e remanesce a submissão ao capital.

Neste contexto que reside o problema do Brasil. Aqui, além da política econômica mostrar-se indefinida e incipiente, é maltratada e desconsiderada em privilégio das políticas de mercado estrangeiras. Trata-se de uma malformação do Estado Brasileiro, evidenciada por Celso Furtado<sup>24</sup>, ainda em meados da década de 1950, como um problema histórico, evolutivo, estrutural e inerente a própria cultura nacional.

---

*segundo, suprir o estado, ou comunidade, com uma renda suficiente para os serviços públicos.* " (SMITH, Adam. Riqueza das Nações. Rio de Janeiro: Ediouro, 1986, p. 169)

<sup>20</sup> Conceito extraído de GREMAUD, Amaury Patrick. VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. TONETO JR. (Economia Brasileira Contemporânea. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 190).

<sup>21</sup> Vicente Bagnoli muito bem explica que uma nação somente poderá ser considerada soberana a partir do momento em possuir autonomia financeira. Enquanto a dependência de recursos financeiros persistir, sempre ficará refém da vontade estrangeira. (Direito e Poder Econômico. São Paulo: Campus, 2008)

<sup>22</sup> Propugnada por Jean Bodin na sua obra “Os Seis livros da República”.

<sup>23</sup> Posição também adotada por Cláudio Luis da Silva Noble (Soberania Econômica e a OMC. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, nº 106. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=436>>).

<sup>24</sup> O autor evidenciava ainda em 1950 que, “*assim como a segunda metade do século XIX se caracteriza pela transformação de uma economia escravagista de grandse plantações em um sistema econômico baseado no trabalho assalariado, a primeira metade do século XIX está marcada pela progressiva emergência de um sistema cujo principal centro dinâmico é o mercado interno*” (Formação Econômica do Brasil. 32<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Editora Nacional, 2005, p. 242). Porém, conforme texto de Leda Maria Paulani (*in* A Utopia da Nação: Esperança e Desalento. *In* PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & REGO, José Marcio (orgs.), A Grande Esperança em Celso Furtado: Ensaio em Homenagem aos seus 80 anos. São Paulo. Ed. 34, 2001, PP. 139-156), as percepções de Celso Furtado não foram cumpridas, o que devolve o país ao estado de dependência do capital estrangeiro idêntico ao período anterior ao intervencionismo criado após a crise de 1929, o que a leva a concluir

Um exemplo latente dessa deficiência verifica-se logo após crise do modelo liberal do início do século XX, que era pautado pela não intervenção do Estado na Economia. Com o desnivelamento social assoberbado, a ausência completa de infraestrutura, a falta de mercado externo e o sistema agro exportador monocultor (café), exigiram-se a adoção de políticas internas. O governo de Getúlio Vargas<sup>25</sup>, após a década de 1930, pretendeu adotar essa política desenvolvimentista nacional, com financiamento de grandes obras, sobretudo nos setores siderúrgico, elétrico e ferroviário. No entanto, apesar do esforço interno é fato que, conforme a conclusão que Pedro Paulo Zahluth Bastos<sup>26</sup> o Estado Novo “ou liberava um empréstimo que ia de encontro a seus projetos nacionalizantes (...) ou todo o esquema financeiro para superar ‘cooperativamente’ os estrangulamentos da infraestrutura básica ruiria de início”. O capital externo e seu modelo liberalista “é um fator de ‘proletarização’: tem por função coagir o povo a aceitar o seu estatuto de proletário e as condições de exploração do proletariado”, conforme enuncia Michel Foucault<sup>27</sup>.

Embutido nesta dependência do capital externo, é fato que a década de 1930 marca o fim do liberalismo, isto é, do abstencionismo Estatal, e remete a um momento histórico em que o Estado se agigantou. Com Vargas (1930-1954) adveio as estatais da indústria siderúrgica, petrolífera, energética, transporte ferroviário e marítimo, e a instituição bancária oficial. Depois com Juscelino Kubitschek (1956-1961) veio a consolidação do modelo energético, a constituição da indústria automobilística, a construção de rodovias e a edificação de Brasília. Ainda que endividado pelo financiamento estrangeiro, a base nacional estava consolidada.

---

que a noção de subserviência às metrópoles européias e americanas se trata também de um problema cultural do povo brasileiro.

<sup>25</sup> Neste sentido, Sonia Draibe, em um relato do Brasil no período de 1930 até 1945, chegou a conclusão que o país, ainda que compelido pela crise de 1929 e pelo intenso desrespeito aos direitos sociais que o liberalismo econômico propiciou, fez sua atuação na economia de maneira desorganizada e apenas compromissada com os interesses da burguesia. A autora enuncia que “a forte presença, na conjugação de forças políticas, das forças que combatiam a industrialização acelerada, a autonomização nacional e, em decorrência, a centralização e o intervencionismo econômico do Estado, revela-se na própria feição e no âmbito de atuação do aparelho econômico, deixando assim impressa, na forma estatal, a marca de seus interesses – que, ao final, não poderiam ser reduzidos aos da burguesia exportadora”. (1930-1945: Rumo a Industrialização e a Nova Forma do Estado Brasileiro, in Rumos e Metamorfoses: Estado e Industrialização no Brasil, 1930-1960, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2004, p. 115)

<sup>26</sup> O autor chega a esta conclusão após verificar que Getúlio Vargas, ainda que embuído de intenção nacionalizantes e anti-liberais, teve que ceder aos financiamentos estrangeiros ante a ausência de capital interno. Uma vez dependente de bancos americanos, aquelas instituições ditavam o ritmo de investimento no país. (A construção do Nacional-Desenvolvimentismo de Getúlio Vargas e a Dinâmica de Interação entre Estado e Mercado nos Setores de Base. Revista Economia, vol 7, nº 4, Brasília, dezembro de 2006, p. 268)

<sup>27</sup> FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Rio de Janeiro, Graal, 1996, PP. 23-31.

As premissas adotadas seguiram o modelo John Maynard Keynes<sup>28</sup>, primordiais para o desenvolvimento daquilo que se convencionou como o Estado de Bem-Estar, no qual o Estado deve fomentar a economia, ainda que em tempos difíceis, pois somente assim o mercado fluirá e voltará a garantir rendimentos. Desta forma, é certo afirmar que o Brasil possui, como sempre possuiu, políticas econômicas. Entretanto, verifica-se que o problema é que as mesmas estão ligadas aos interesses internacionais, ante a nítida falta de poder econômico do Estado Nacional, fato este que não foi sanado mesmo com a entrada do modelo neoliberal na rotina econômica do país. Como já lecionava Caio Prado Júnior (2006, p. 353), “a evolução da economia brasileira é, e tem sido, nesse sentido de satisfazer obrigações externas com novas obrigações ainda maiores”.

Portanto, o anseio estruturante, independente e soberano não é pleno, mas sim mitigado. Arestas são cortadas e moldadas livremente, mas o núcleo, a estrutura, a raiz remanesce no sentido de manter os anseios do capitalismo, isto é, do proprietário dos meios de produção. Contemporaneamente, a manutenção deste conteúdo, mormente outras ferramentas, está a cargo das agências reguladoras. Todavia, antes de discorrer sobre o papel exercido pelas agências reguladoras, importante tecer o contexto e as motivações históricas, em brevíssimas palavras, acerca criação destas autarquias.

### 2.3. O NEOLIBERALISMO

Em 1962, Milton Friedman<sup>29</sup>, professor da Escola de Chicago, arraigado nas premissas de Richard Allen Posner<sup>30</sup>, dispara que “a maior parte dos empreendimentos

---

<sup>28</sup> Conforme explica John Maynard Keynes: “*Eu entendo, portanto, que uma socialização algo ampla dos investimentos será o único meio de assegurar uma situação aproximada de pleno emprego, embora isso não implique a necessidade de excluir ajustes e fórmulas de toda a espécie que permitam ao Estado cooperar com a iniciativa privada. Mas, fora disso, não se vê nenhuma razão evidente que justifique um socialismo do Estado abrangendo a maior parte da vida econômica da nação. Não é a propriedade dos meios de produção que convém ao Estado assumir. Se o Estado for capaz de determinar o montante agregado dos recursos destinados a aumentar esses meios e a taxa básica de remuneração aos seus detentores, terá realizado o que lhe compete. Ademais, as medidas necessárias de socialização podem ser introduzidas gradualmente sem afetar as tradições generalizadas da sociedade*”. (A teoria geral do emprego, do juro e da moeda. Trad. Mario da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 345)

<sup>29</sup> O autor complementa: “*O erro central dessas medidas reside no fato de tentarem, por meio do governo, obrigar as pessoas a agir contra seus interesses imediatos a fim de promoverem um suposto interesse geral. Tentam resolver o que se supõe um conflito de interesses, ou uma diferença de pontos de vista com relação a interesses, não por meio de uma estrutura que elimine o conflito ou tentando persuadir as pessoas a ter interesses diferentes, mas forçando as pessoas a agir contra seu próprio interesse. Substituem os valores dos participantes pelos que estão de fora; alguns dizendo a outros o que é bom para eles ou o governo tirando de alguns para beneficiar outros. Estas medidas enfrentam, portanto, uma das mais poderosas e mais criativas forças conhecidas pelo homem - a tentativa de milhões de indivíduos de defender seus interesses, de viver suas vidas de acordo com seus próprios valores. É esta a razão principal de as medidas haverem tido, tão frequentemente, efeito contrário ao pretendido. É também uma das maiores forças da sociedade livre e explica*”

realizados pelo governo nas últimas décadas não alcançou os objetivos previstos”. Com sua obra, ganhadora do prêmio Nobel de Economia em 1976, o “Capitalismo e Liberdade” consolida a tese do neoliberalismo e marca o fim do Estado de Bem-Estar. Sua justificativa é bastante simples, explicando que durante a liberdade econômica a humanidade presenciou o maior avanço da história. E com a superação da crise de 1929, não remanesce motivo para manter uma máquina Estatal ineficiente como propulsora da economia. O individualismo retoma com força total, mas incrustado sob uma forma diferente.

São premissas do neoliberalismo que a economia se regula automaticamente, devendo ser mantida a liberdade do indivíduo e a propriedade privada. Ao Estado coube um papel secundário, definidor de estruturas administrativas, desregulador do trabalho e mantenedor da austeridade fiscal<sup>31</sup>. A atuação estatal na economia deve ser essencialmente diminuta, devendo-se privilegiar a atividade privada, inclusive nos setores de grande repercussão pública (saúde, transporte e alimentação)<sup>32</sup>. Porém, para não repetir o fracasso do liberalismo clássico, prima-se por uma nova concepção liberal, permeada por regulamentos. E tais instrumentos, oriundos do Direito, tentam garantir o normal funcionamento do mercado, como induz Alexandre Santos de Aragão (2006, p. 81) ao afirmar que “a regulação estatal da economia deve, no atual momento histórico, sem perder de vista os valores humanos e sociais do Estado Democrático de Direito, ser eficiente em relação às dificuldades postas pela crise que sobre ele se abateu”.

O conteúdo do modelo neoliberal é a manutenção da lógica de mercado, de estimular o sistema financeiro, de manter hígido o mercado de capitais, enfim, de manter acesa a vela do capitalismo. Perfunctoriamente, de forma lateral e incidente, as formas são utilizadas como garantias de direitos fundamentais. Essa é a roupagem do neoliberalismo.

---

*por que os regulamentos governamentais não conseguem dominá-la*”. (Capitalismo e Liberdade. Coord. Igor César Franco. p. 112)

<sup>30</sup> Principalmente na sua obra “Economic Analysis of Law”.

<sup>31</sup> Harvey divaga sobre a prática monetária do neoliberalismo afirmando que “os Estados neoliberais tipicamente facilitam a difusão das instituições financeiras por meio de desregulação, mas também é muito comum que garantam a todo custo a integridade e a solvência de tais instituições. Esse compromisso deriva em parte (legitimamente em algumas versões neoliberais) de usarem o monetarismo como base política estatal – a integridade e a solidez da moeda são um pilar central dessa política. Mas isso significa, paradoxalmente, que o Estado neoliberal não pode tolerar fracassos financeiros de grande monta, mesmo quando foram as instituições financeiras que tomaram más decisões (Harvey, David. Neoliberalismo – história e implicações. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 19)

<sup>32</sup> Neste sentido adverte Conrado Hubner Mendes que “a tendência atual, designada pelo dúbio termo da desregulação, não pode confundir-se com um retorno ao modelo liberal, de ausência completa de regulação artificial. Tal termo, na verdade designar uma mudança de postura, um rearranjo institucional para permitir que setores considerados essenciais, por critérios eminentemente políticos, sejam regulados com eficiência”. (Reforma de Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os parâmetros de discussão. In Direito Administrativo Econômico. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 113)

No Brasil, tardio como sempre, esse movimento foi consolidado na década de 1990, no apagar das luzes do século XX, quando a influência internacional, a submissão ao capital externo e a impagável dívida externa exigiram do país a adoção de políticas liberais. A falta de soberania econômica, aliada a falência dos setores de infraestrutura como a telecomunicação e a energia elétrica exigiram a privatização de seus modelos. Tal perspectiva pode ser percebida em julho de 1995, quando o Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA) elaborou um estudo<sup>33</sup> para auxiliar o Ministério do Planejamento e Orçamento a adotar políticas públicas visando o desenvolvimento do país. Redigido em um momento histórico que consolidou o modelo neoliberal nos Estados Unidos da América, com políticas econômicas almejando a abertura do mercado às empresas internacionais e máxima eficiência dos monopólios nacionais, o texto foi intitulado de “Elementos para Discussão de uma Política Industrial para o Brasil” e tece, de forma clara e objetiva, que o país deve adotar uma política de competição e regulação<sup>34</sup> visando estimular a ou manter um ambiente competitivo na economia.

Com remissão aos pensamentos de Possas<sup>35</sup>, verifica-se que o caminho indicado para as políticas públicas de abertura do mercado visam incrementar a competição, cabendo ao Estado garantir os direitos sociais como os relacionados ao consumidor e ao meio ambiente. Este é o sentido da regulação que se propugna<sup>36</sup>. Esse estudo do IPEA (uma fundação pública) explicita outra grande característica da política econômica nacional, que é a garantia de liberdade de atuação das empresas estrangeiras.

---

<sup>33</sup> O estudo foi coordenado por Annibal V. Villela e Wilson Suzigan para o então Ministro José Serra, e tem como objetivo “divulgar resultados de estudos desenvolvidos direta ou indiretamente pelo IPEA, bem como trabalhos considerados de relevância para disseminação pelo Instituto, para informar profissionais especializados e colher sugestões”. (VILLELA, Annibal V., SUZIGAN, Wilson. Elementos para discussão de uma política industrial para o Brasil. Texto para discussão nº 421. Brasília: IPEA, 1996)

<sup>34</sup> Interessante nota que, logo na sinopse, menciona-se que a política industrial deve estar “articulada a uma política de competição (defesa da concorrência) e a política regulatória (direitos de propriedade intelectual, investimento direto do estrangeiro, transferência de tecnologia, mercado de trabalho, direitos do consumidor, proteção ao meio ambiente)”.

<sup>35</sup> A referência ao autor M. L. Possas relata diretamente o aspecto concorrencial e de proteção a competição da obra, momento em que recita-se passagens como: “o objetivo essencial das políticas é o de assegurar que as empresas operem num ambiente submetido a permanentes pressões competitivas em suas posições de mercado, de forma não só a coibir os abusos de um poder econômico em si legítimo, como também a estimular os ganhos da eficiência e de capacidade inovativa e sua difusão” (POSSAS, M.L. Competitividade sistêmica e política industrial: implicações para o Brasil. 2ª versão. Rio de Janeiro, IEI-FEA/UFRJ, 1995, p. 36).

<sup>36</sup> Neste sentido, Alexandre Santos de Aragão enuncia que a regulação estatal da economia “é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-se em direções socialmente desejáveis”. (ARAGÃO, Alexandre Santos. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 37)

O exemplo mais marcante é a criticada privatização dos serviços públicos. Oficialmente lançado em 1990, por meio da Lei 8.031/1990, o Programa Nacional de Desestatização (PND) privatizou, em 4 anos (1990-1994), 33 empresas, sendo 18 controladas e 15 participações minoritárias, o que gerou um resultado de US\$ 11,9 bilhões<sup>37</sup>. Neste primeiro momento, apenas 5% das “vendas” foram efetivadas a grupos estrangeiros.

Porém, no período ulterior, de 1995-2002, 53% do total arrecadado com as desestatizações pelo governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) advieram de empresas estrangeiras, o que corresponde a US\$ 41 bilhões. Essas privatizações elevaram aos grupos estrangeiros o controle da infraestrutura do país, pois acertou principalmente a Petroquímica, Petróleo, Mineração, Financeiro, Elétrico, Transportes, Portuário, Gás, Telecomunicações e Informática.

Essa dependência do capital estrangeiro evidencia a ausência de soberania econômica ainda que, como enuncia Leo Huberman<sup>38</sup>, haveria menos "pobreza em meio à abundância", haja vista o imenso potencial agrícola, industrial, tecnológico, de trabalho, que tem o Brasil, com seus mais de oito milhões de quilômetros quadrados e quase 200 milhões habitantes. Porém, sem ser soberano sobre tais elementos, por não lhes pertencer, o Estado nacional ficou órfão de gerenciamento sobre os serviços públicos essenciais.

Assim, dentro da ótica neoliberal, o Estado elegeu uma nova roupagem para manter este cenário e evitar o fracasso da liberdade total. Dado o momento de desconcentração do aparelho estatal<sup>39</sup>, o direito novamente é instado a adotar um rol mínimo de possibilidades de manutenção do sistema vigente. Eis aí que resplandecem as agências reguladoras. A estrutura de supressão de classes, de alienação do ser humano permanece, mas são eivados elementos para dissuadir um mínimo de dignidade.

### 3. AS AGÊNCIAS REGULADORAS

---

<sup>37</sup> Números divulgado pelo BNDES. Privatizações no Brasil. Disponível em <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/pnd/Priv\\_Gov.PDF](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/pnd/Priv_Gov.PDF)>

<sup>38</sup> HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem. 21.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: LTC – Livros Técnicos e Científicos, 1986. p. 292). O autor completa informando que “*E perfeitamente claro que, desde o fim da Idade Média até o século XVIII, todas as leis contra os mendigos, os ociosos e os vagabundos, todos os órgãos de polícia destinados a expulsá-los os coagiam – e era esse o seu papel – a aceitar no próprio lugar onde viviam as condições extremamente más que lhes eram impostas. Se as recusavam, tinham que partir, se mendigavam ou “não faziam nada”, seu destino era o aprisionamento e freqüentemente o trabalho forçado*”.

<sup>39</sup> Como enuncia José Eduardo Faria, contemporaneamente vive-se a “*desconcentração do aparelho estatal, mediante a descentralização de suas obrigações, a desformalização de suas responsabilidades, a privatização de empresas públicas e a ‘deslegalização’ da legislação social*”. (Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 11)

Dentro deste contexto, percebe-se que as agências reguladoras nada mais se consubstanciam do que uma ferramenta jurídica para manutenção das políticas econômicas do Estado. O objetivo da agência reguladora não é (e nunca foi) a de garantir direitos humanos, níveis de satisfação dos consumidores ou um elevado grau de qualidade nos serviços (forma). Trata-se da manutenção do próprio sistema neoliberal (conteúdo), isto é, a rotação especulativa da realidade capitalista. Realidade que no Brasil é ainda mais agravada em virtude da ausência total de soberania econômica do próprio Estado que as sustenta, pois o capital pertence as empresas estrangeiras.

A agência reguladora tem como objetivo primordial incrementar a concorrência, evitando atuações desleais e prejudiciais a sociedade. A constatação advém do modelo estrangeiro adotado pelo governo brasileiro, especialmente calcada nas práticas do Reino Unido<sup>40</sup> e no modelo norte-americano<sup>41</sup>. Não obstante, registre-se que não se mostra totalmente correta essa afirmação, uma vez que as acepções estrangeiras são diferentes e partem de sistemas não semelhantes<sup>42</sup>. Portanto, houve apenas a assunção dos princípios e fundamentos, mas não propriamente do modelo.

A ideia de garantia da competição é o núcleo da agência reguladora, fato que pode ser percebido em todas as doutrinas especializadas no assunto, seja a nacional tais como Carlos Ari Sunfeld<sup>43</sup>, Dinorá Adelaide Musetti Grotti<sup>44</sup>, Floriano Azevedo Marques Neto<sup>45</sup>, Ana Maria de Oliveira Nusdeo<sup>46</sup>, Ricardo Marcondes Martins<sup>47</sup>, entre outros; e especialmente a literatura estrangeira como evidencia Johan den Hertog<sup>48</sup> no seu estudo “Review of

---

<sup>40</sup> Perceba-se que a Office of Fair Trading realizou trabalho em novembro de 2011 que declara de forma direta o papel das agências reguladoras: “While our analysis above outlines the role of government in enhancing growth through promoting and protecting competition, the role of competition authorities is also crucial and complementary, helping to ensure vibrant competition across the economy”. (Office of Fair Trading. Competition and Growth. The National Archives. London, November 2011, p. 35).

<sup>41</sup> “No caso dos serviços públicos, portanto, o Estado usa dos mecanismos da concessão e da permissão para possibilitar a desconcentração regulatória operacional. Já para as atividades econômicas em sentido estrito a regra será a desconcentração, podendo o Estado, no entanto, na existência de interesses públicos a serem sopesados, condicionar o exercício de tal atividade à delegação de uma autorização”. (Conrado Hubner Mendes. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os parâmetros de discussão. In Direito Administrativo Econômico. Coord. Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 117).

<sup>42</sup> Nos países de origem anglo-saxônica remanesce a idéia do *Common Law* (inexistência de um complexo de normas), e o conceito de *agencies* de lá advinda refere-se a regulação de setores que sempre estiveram nas mãos das empresas privadas. No Brasil, ao contrário, trata-se de autarquias visando controlar serviços desestatizados.

<sup>43</sup> Direito Administrativo Econômico. Coord. Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 18;

<sup>44</sup> Teoria dos Serviços Públicos e sua transformação. In Direito Administrativo Econômico. Coord. Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 62;

<sup>45</sup> A nova regulação estatal e as agências independentes. In Direito Administrativo Econômico. Coord. Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 94;

<sup>46</sup> A regulação e o direito da concorrência. In Direito Administrativo Econômico. Coord. Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 160;

<sup>47</sup> Regulação Administrativa a luz da Constituição Federal. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 119.

<sup>48</sup> Utrecht School of Economics: Utrecht University, 2010.

economic theories of regulation”, elaborado em 2010, no qual destaca um rol extenso de pensadores americanos que atuam neste mesmo sentido. Dentre as definições, destaca-se aquela de Alexandre dos Santos Aragão<sup>49</sup>, que as define em consonância com o papel do Estado, isto é, criadas para “estimular a competitividade de suas economias, precisam ser se aliar com os interesses econômicos internacionais e serem bons moços na ordem internacional”.

Não é à toa que Eros Roberto Grau (1981, p. 9) enuncia que o Direito não deve ser um obstáculo ao desenvolvimento, elucidando que “se é exato que o Direito está voltado à fundamentação de um estado de segurança e certezas jurídicas, teremos que tais ideais (...) estarão tanto mais realizados quanto mais cristalizados pelo tempo estejam as normas jurídicas que determinam a pauta de conduta, no dia a dia, de cada membro da comunidade”. Isso evidencia que os próprios autores formalistas, em sua essência, preocupam-se que o Direito não seja um entrave ou um obstáculo ao desenvolvimento dos mercados.

É fato que, por se caracterizar em instrumento, toda vez que o modelo normativo impede o exercício pleno do mercado, as empresas privadas conseguem infiltrar meios para atender suas vicissitudes; mormente pode-se dar como exemplo a questão da tecnicidade das agências reguladoras<sup>50</sup>. Isso porque, como se apostou no início deste trabalho, o Estado não é economicamente soberano para desgastar as atividades das empresas privadas. Se há uma relação de dependência, não há como obter plena autonomia. Os vícios das agências reguladoras existem porque elas foram concebidas para serem viciadas.

Fábio Nusdeo<sup>51</sup> enumera essas inoperacionalidades entre cinco situações. A primeira diz respeito ao hedonismo do setor privado, que relega o exercício de uma função social somente após atingidos elevados níveis de satisfação (lucro). Evidencia, por seguinte, a complexa “babel” de leis criadas visando regular as condutas das empresas, tornando-o sistema tão complexo que acaba por inviabilizar as atividades comerciais. O outro ponto refere-se a Teoria da Captura, na qual a força econômica das empresas privadas absorve ou influencia financeiramente a atuação das agências. Por quarto, destacam-se os grupos de interesse, isto é, os *lobbies* realizados sobre legisladores e aplicadores do direito. Por fim, elege o poder da burocracia, que consiste nos andamentos dos processos sancionatórios, cujos

---

<sup>49</sup> Agências reguladoras e a evolução do Direito Econômico Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 78.

<sup>50</sup> A tecnicidade significa o princípio das agências reguladoras na qual seus dirigentes e funcionários devem ser técnicos ou pessoas com elevado conhecimento do meio que regulam para que não criem embaraços para o normal desenvolvimento do setor.

<sup>51</sup> Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 6ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 217-219.

regulamentos permitem o deslocamento de pautas e julgadores, tornando-se suspeito o seu resultado final.

Por isso que corolários básicos das agências reguladoras, tais como a autonomia (possibilidade de um ente jurídico estabelecer normas de sua própria conduta), função normativa, fiscalizadora e sancionatória (criar dispositivo infralegais, exigir seu cumprimento e punir sua violação), atividade julgadora (solução de controvérsias), caráter técnico (dirigentes com conhecimento específico), regime pessoal (vedação a exoneração *ad nutum*) e regime licitatório (escolha de prestadores) são formas dentro de um conteúdo viciado pelo capitalismo.

Não há como exigir que um ente mergulhado no capital seja independente e crie um cenário ideal de direitos e igualdades. Trata-se de um vício embrionário, no qual o Estado serve-se da economia, “preservando os interesses rentistas do estamento burocrático e de seus agregados, independentemente da classe social”, nas palavras de Marcos Fernandes Gonçalves da Silva<sup>52</sup>. Não há como propugnar, como fez Marcos Augusto Perez<sup>53</sup>, que “as agências reguladoras são, em essência, organismos típicos do estado de bem-estar”.

Olhar para os interesses sociais resulta certamente no fracasso das agências. Além de dependentes econômica e politicamente, não foram concebidas para assegurar bem-estar. Seu escopo é assegurar a competição e educar o mercado a conviver com as falhas<sup>54</sup>. Sobre esse fracasso, relativo e apenas sob os olhos da sociedade, que é o que se exporá no tópico seguinte.

### 3.1. O “FRACASSO” DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Dentro deste escopo, o fracasso<sup>55</sup> atribuído ao papel das agências reguladoras deve ser visto entre aspas. Isso porque não há fracasso algum de acordo com o objetivo principal

---

<sup>52</sup> O autor complementa que “no Brasil existe um cisão entre o público e o privado no momento da produção do bem público (...). Tal cisão é conveniente, num certo sentido, entre o público e privado, assim como a promiscuidade entre tais esferas também o é.” (Formação Econômica do Brasil : uma reinterpretação contemporânea. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 123)

<sup>53</sup> As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro: origem, natureza e função. Revista Trimestral de Direito Público, RTDP, 23/125.

<sup>54</sup> Neste sentido Johan den Hertog enuncia que “the regulation policy of agencies is actually heavily influenced by surrounding forces. They show that agencies honored diffuse interests at the expense of the concentrated interests of regulated industries, by deregulating certain industries”. (Review of Economic Theories of Regulation. Utrecht School of Economics: Utrecht University, 2010. P. 32)

<sup>55</sup> Neste sentido, ver Eli Diniz e Renato Borschi, que enunciam que “num plano mais geral, nossa análise revela uma das maneiras contemporâneas em que sistemas de representação de interesses se entrecruzam com sistemas de representação política. Na medida em que tal entrecruzamento resulta de características impressas no padrão preexistente de diferenciação da estrutura de representação de interesses e sua articulação com o

para a qual foram criadas. O mercado foi aquecido e o capital circula como nunca. Os ideais secundários, obviamente, continuam sendo secundários. Desta feita, somente sob este ponto de vista pode-se dizer em fracasso.

Toma-se como exemplo o ranking das maiores empresas do país<sup>56</sup>, sendo que quase todas fazem referência a setores regulados e com atuação do capital externo: 1º Petrobras, 2º BR Distribuidora, 3º Vale, 4º Ipiranga Produtos, 5º Volkswagen, 6º Fiat, 7º Ambev, 8º Shell, 9º Vivo, 10º Braskem, 11º Telefônica, 12º General Motors, 13º TIM, 14º Telemar, 15º Pão de Açúcar. Isso significa que, se essas gigantes estão no topo do mercado, o capital especulativo que gira em torno destas mostra-se fluído e valorizado.

O caso das telecomunicações e sua agência (ANATEL) é claro em seus objetivos, pois a Lei 9.472/1997 pauta-se por um modelo de concorrência<sup>57</sup>. Como enuncia Floriano Azevedo Marques Neto<sup>58</sup>, “a competição vai se estabelecer na perspectiva de dois, ou três ou quatro prestadores naquele segmento da sociedade em que caiba ou que exista massa econômica para competição, disputando livremente o mercado de serviços de telecomunicações”. Por certo que, no evoluir tecnológico, a satisfação dos clientes tende a elevar, na esteira do objetivo principal da manutenção de um mercado competitivo. Carlos Ari Sundfeld (2006, p. 39) observa que “um serviço regulado pode sujeitar-se a liberdade tarifária em virtude da qual os preços serão determinados pelos próprios prestadores, em função da competição, de suas estratégias empresariais, do comportamento da economia”.

Migrando-se para outro exemplo, o setor de energia elétrica, por meio da ANEEL, permeia-se também pela noção competitiva pautada pela eficiência<sup>59</sup>. A Lei 9.427/1996 dispõe no seu artigo 3º, inciso VIII, que seu papel é “estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica”.

---

*Estado, observa-se nada mais que a emergência do velho*”. (Empresários e Poder Legislativo no Brasil Contemporâneo. Trabalho apresentado no XXIV Encontro Anual da ANPOCS. Outubro 2000)

<sup>56</sup> De acordo com a revista Exame em 2011. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias-melhores-e-maiores/noticias/as-50-maiores>>

<sup>57</sup> Perceba-se que o artigo 2º, inciso V da Lei 9.472/1997, estabelece que o Poder Público tem o dever de “criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo”;

<sup>58</sup> Direito das Telecomunicação e ANATEL. In Direito Administrativo Econômico. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 308;

<sup>59</sup> Neste sentido José Roberto Pimenta Azevedo enuncia que “a moldura legal aplicada ao novo modelo de prestação de serviços públicos de energia utiliza-se de técnica semelhante àquela manejada no direito Americano. Definem-se *standarts* como meios técnicos para expressar a vontade do legislador a ser perseguida pela Administrador na execução da lei, outorgando-se, para tanto, o necessário poder regulador”. (Regulação e o Direito da Energia Elétrica. In Direito Administrativo Econômico. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 339);

Agora no setor petrolífero, ainda mais evidente, a Lei 9.478/1997 logo no seu artigo 1º, inciso XI, declara que as políticas nacionais de aproveitamento de energia deverão “ampliar a competitividade do País no mercado internacional”. Maria D’Assunção Costa Menezello<sup>60</sup> explica que “para implementar a livre competição é necessária a intervenção estatal no mercado, vez que nele não há, atualmente, a competição em determinadas áreas. Na produção do petróleo nacional, por exemplo, não havia competição, em decorrência do antigo monopólio”. Daí desvendado o traço mais evidente das agências reguladoras na medida em que, além de fomentar a competição (concorrência), atua no sentido de criar um mercado nas instâncias onde não havia interesses, seja por motivos de inexistência de público consumidor, seja naqueles em que as Leis proibiam a iniciativa privada.

Portanto, o que se deve entender por fracasso?

Da ótica institucional, capitalista, mercadológica, as agências reguladoras cumpriram com honra seus objetivos, pois incrementaram o mercado, permitiram o ingresso da iniciativa privada e, em momento posterior, encolheram-se para permitir a livre atuação das empresas. Neste segundo momento, em que se deveria exigir a adoção de políticas sociais, houve o esvaziamento das agências, uma vez que as mesmas jamais foram independentes, isto é, autônomas no sentido de possuírem soberania econômica.

Por isso que, do outro lado da moeda, há um fracasso social evidenciado no momento em que os serviços desestatizados e controlados pelas agências reguladoras estão ao alvedrio da iniciativa privada, sendo que apenas a competição e a tecnologia têm sido motivos fortes o bastante para assegurar um mínimo de qualidade e garantia aos consumidores.

Milton Friedman e Rose Friedman<sup>61</sup> enunciam que o cidadão será priorizado e deixará de ser a questão lateral quando o capitalismo assim escolher, eis que *“that power will be used and for what purposes depends far more on the people who are in the best position to get control of that power and what their purposes are than on the aims and objectives of the initial sponsors of the intervention”*.

---

<sup>60</sup> A regulação e o Direito do Petróleo. In Direito Administrativo Econômico. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 395); Veja-se que neste setor, para fazer valer o direito de um competidor ter acesso a infra-estrutura de transporte pertencente a um concorrente a Lei do Petróleo determinou que a PETROBRAS – até então dona dos oleodutos em nosso território – criasse uma subsidiária específica de transporte.

<sup>61</sup> Os autores complementam que *“Government intervention in the marketplace is subject to laws of its own, not legislated laws, but scientific laws. It obeys forces and goes in directions that may have little relationship to the intentions or desires of its initiators or supporters. We have already examined this process in connection with welfare activity. It is present equally when government intervenes in the marketplace, whether to protect consumers against high prices or shoddy goods, to promote their safety, or to preserve the environment. Every act of intervention establishes positions of power. (Free to Choose: a personal Statement. New York 1980, p. 193)*

É neste sentido que as agências reguladoras, preocupadas com seu núcleo constituinte, possuem como conteúdo a manutenção da competição e a circulação do capital. Trata-se de um instrumento do capitalismo para a manutenção do sistema. Daí que de nada adiante travar disputas intermináveis sobre o modelo adotado, a personalidade jurídica, a origem das agências, sua capacidade regulatória, normativa e sancionatória, isto é, travar disputas no interior de uma instituição enquanto não percebido que a política econômica é maior que o Estado, superior ao Direito, e dita os rumos da sociedade. Simon<sup>62</sup> muito bem enuncia que a criação e suporte de uma cultura de direito ganha destaque justamente por serem considerados fundamentais para o bom funcionamento das instituições formais. O real sentido da discussão deve ser iniciado tendo-se em consideração o seu conteúdo, estruturante e fora da mera formalidade.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os tópicos acima permitem extrair duas assertivas diretas: a) o Estado e o Direito são criações formais do capitalismo para manutenção do equilíbrio do mercado, das instituições privadas e da ordem social; e b) tais instituições, em especial no Brasil, não possuem plena autonomia e capacidade funcional, uma vez que não detém soberania econômica, isto é, dependem do capital privado.

Essas acepções deixam patentes que as instituições são formas, modelos de controle social. Já o conteúdo, o núcleo, é a política econômica detentora dos meios de produção. O Senhor de nosso tempo contemporâneo é o Capital.

Na mesma linha de raciocínio, esses instrumentos jurídicos de controle social evoluem, subvertem-se, alteram, ganham força e incidem, ora direta, ora indiretamente no convívio social. Atualmente, essa política intervencionista está a cargo das agências reguladoras. Por isso acreditar que institutos neoliberais, tais como as agências reguladoras, foram criados visando o bem-estar da sociedade e a garantia de direitos sociais é atribuir uma tarefa a estas autarquias para as quais não foram criadas. E essa limitação fica evidente por um aspecto essencial: sem dependência econômica não há liberdade de atuação.

Por isso, não há que se definir como malsucedida a empreitada das agências reguladoras. Dentro de seu escopo principal, o capital estrangeiro tomou conta dos setores de infraestrutura nacional, as empresas atuam diretamente sobre os interesses públicos e, por derradeiro, a competição tomou conta de mercados antes inatingíveis para a iniciativa privada.

---

<sup>62</sup> *Democratic Governance. New York: Free Press, 1995, p. 28*

Quase que como um efeito colateral, reconhece-se o pequeno avanço em tecnologia e garantias ao consumidor. Mas a garantia de direitos sociais, por ser secundário, não é o escopo destas autarquias.

Para a efetivação plena de direitos humanos, sociais ou transcendentais, a roupagem da agência reguladora mostra-se insuficiente. Ela não permite, por estar subordinada e viciada, alterar o processo capitalista. Como enuncia Joachim Hirsch<sup>63</sup>, trata-se de uma tarefa muita mais penosa, na qual deve-se abandonar as orientações comportamentais, padrões de consumo e representação de valores tradicionais. Para o autor, “isso exige não apenas esforços intelectuais, fantasia social e forças de convencimento, mas uma ação prática”.

A solução talvez esteja sobre o “titular de soberania, ou melhor, do poder, que é a nação, porque é elemento humano do Estado”. Esta concepção de soberania de Darcy Azambuja<sup>64</sup> entrona a esperança de superação do poderio elitista e capitalista do mercado. Mas hoje, o que se percebe é a existência de um conteúdo político econômico subjuga o Estado brasileiro perante as políticas estrangeiras. Não é a forma, a roupagem de um direito forte, formalista e dirigente que impedirá o domínio do mercado estrangeiro sobre o país, é a busca de soberania econômica.

Portanto, o elemento humano, economicamente soberano (e somente ele), terá força suficiente para alterar o modo de produção a ensejar a plena igualdade. Porém, tal cenário ainda mostra-se utópico, pois em uma sociedade capitalista, ser soberano economicamente é possuir o próprio capital.

Por isso que não haverá evolução sem uma profunda crise, capaz de abalar os alicerces da estrutura social. Não aquelas revoluções planejadas pelo sistema atual, que o possibilita desenvolver e evoluir sobre os mesmos pilares, mas sim um abalo profundo, uma crise, um conflito intercontinental que exija a alteração do modo de vida atual. Os meios pacíficos de alteração social, como em todos os estágios da evolução do Homem, não terão forças para alterar o sistema.

---

<sup>63</sup> O autor ainda completa: “Nela inclui-se, entre outras coisas, a rejeição sistemática a participar do ciclo consumista de produção e venda, que promove a comercialização de todos os setores da vida. O simples fato de que cada vez menos se possa decidir sobre a própria vida, satisfazendo-se, porém ao mesmo tempo, com uma massa sempre maior de jogos eletrônicos, gera enormes consequências sociais”. (Teoria materialista do Estado. São Paulo: Revan, 2010, p. 305)

<sup>64</sup> Teoria Geral do Estado. Rio de Janeiro, Globo, 2000, p. 86

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro, Forense, 2006;

AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. Rio de Janeiro: Globo, 2000;

BERCOVICI, Gilberto. Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008;

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Marcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997

BORDEAU, Georges. O Estado. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005;

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva: 1998;

DRAIBE, Sonia. 1930-1945: Rumo a Industrialização e a Nova Forma do Estado Brasileiro, in Rumos e Metamorfoses: Estado e Industrialização no Brasil, 1930-1960, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2004;

DUGUIT, Leon. L'état, les gouvernants et les agents. Paris: Ancienne Librairie Thorin et Fils, 1903;

FARIA, José Eduardo. Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 2010;

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Rio de Janeiro, Graal, 1996;

FRIEDMAN, Milton, FRIEDMAN, Rose. Free to Choose: a personal Statement. New York, 1980;

\_\_\_\_\_. Capitalismo e Liberdade. Coord. Igor César Franco; Ed. Abril, 1984;

FURTADO, Celso. Formação Econômica do Brasil. 32ª Ed. São Paulo: Editora Nacional, 2005;

GRAU, Eros Roberto. Elementos de Direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981;

\_\_\_\_\_. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008;

HARVEY, David. Neoliberalismo – história e implicações. São Paulo: Edições Loyola, 2008

HELLER, Herman. Teoria del Estado. trad. Luis Tobío. 2ª Ed. México: FCE, 1998;

HIRSCH, Joachim. Teoria Materialista do Estado. Trad. Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Revan, 2010;

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000

LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 2000;

MASCARO, Alysson Leandro. Filosofia do Direito. São Paulo: Atlas, 2010;

\_\_\_\_\_. Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro. 2ªed São Paulo: Quartier Latin, 2001;

MÜLLER, Friederich. Fragmentos (sobre) o Poder Constituinte do Povo. Trad. Paul Naumann. São Paulo: RT, 2004;

Office of Fair Trading. Competition and Growth. The National Archives. London, November 2011;

PAULANI, Leda Maria. (*in* A Utopia da Nação: Esperança e Desalento. *In* PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & REGO, José Marcio (orgs.), A Grande Esperança em Celso Furtado: Ensaio em Homenagem aos seus 80 anos. São Paulo. Ed. 34, 2001;

POSSAS, M.L. Competitividade sistêmica e política industrial: implicações para o Brasil. 2ª versão. Rio de Janeiro, IEI-FEA/UFRJ, 1995;

PRADO Jr, Caio. História Econômica do Brasil. 47ª reimpr. São Paulo: Brasiliense, 2006;

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves. Formação Econômica do Brasil : uma reinterpretação contemporânea. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012;

SMITH, Adam. Riqueza das Nações. Rio de Janeiro: Ediouro, 1986;

TITUS, C. H. A Nomenclature in Political Science. American Political Science Review, 1931;

VILLELA, Annibal V., SUZIGAN, Wilson. Elementos para discussão de uma política industrial para o Brasil. Texto para discussão nº 421. Brasília: IPEA, 1996