

Teoria Jurídica da Regulação: entre Escolha Pública e Captura

Legal Theory of Regulation: Between Public Choice and Capture

MÁRCIO IÓRIO

Professor Associado de Direito Constitucional e Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Diretor do Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações da UnB (CCOM/UnB) e do Núcleo de Direito Setorial e Regulatório (NDSR/FD/UnB).

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9436-0987>

RESUMO: A regulação, como administração conjuntural das leis, tem sido objeto de especial atenção no Brasil a partir da década de 1990. Este artigo propõe responder à pergunta de pesquisa sobre a relação entre os fundamentos da teoria econômica da regulação e a teoria jurídico-processual da regulação, tendo por parâmetro metodológico a teoria da escolha pública de Duncan Black, Kenneth Arrow, Anthony Downs, James Buchanan, Mancur Olson, William Niskanen e George Stigler. A hipótese que se pretende comprovar é a de que tais abordagens econômica e jurídica não se afirmam como antípodas, mas como abordagens apoiadas em objetivos distintos – descritivos ou prescritivos – e preocupadas com momentos distintos do fenômeno regulatório, senão mesmo, em alguns casos, complementares, como decorre da proposta do mercado de serviços burocráticos de Niskanen. O artigo conclui que, embora os pontos de partida dogmáticos da escolha pública e da teoria jurídico-processual da regulação se diferenciem pela aplicação da concepção orgânica de Estado nesta última, ambas partem de um pressuposto comum de influência dos indivíduos no processo de tomada de decisão coletiva, reconciliando-as frente à principiologia de direito público.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria jurídico-processual da regulação; escolha pública; mercado de serviços burocráticos; teoria econômica da regulação; concepção orgânica de Estado.

ABSTRACT: Regulation, as a phenomenon of legal management and due process, is not foreign to legal research, which, from its most elementary formulations, is concerned with the regulation of human behavior. From the 1990s onwards, however, especially in the countries of the common law tradition, regulation has come to be an object of study proper to legal incursions in accord with a specific method of approach. This paper proposes to answer whether the underpinnings of the economic theory of regulation share a common ground with the administrative-process approach to regulation, from the perspective of the public choice theory of Duncan Black, Kenneth Arrow, Anthony Downs, James Buchanan, Mancur Olson, William Niskanen and George Stigler. The hypothesis advanced in this article is that such economic and legal approaches are not stated as opposites, but as approaches based on different objectives – positive or prescriptive – and concerned with different moments of the regulatory phenomenon, if not in some cases complementary, as demonstrated in the analysis of Niskanen's proposal of government market for a bureau's services. The article concludes that although economic and legal approaches differ at the dogmatic starting points through the application of the organic conception of State in the latter, they start from a common presupposition of influence of individuals in the process of collective choice-making, reconciling them in the face of the principles of public law.

KEYWORDS: Administrative-process theory of regulation; public choice; government Market for a bureau's services; economic theory of regulation; organic conception of State.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Teoria da escolha pública; 1.1 A teoria pura da ciência política, de Duncan Black; 1.2 O teorema da impossibilidade, de Kenneth Arrow; 1.3 O mercado político, de Anthony Downs; 1.4 A teoria da ação coletiva, de James Buchanan; 1.5 A teoria do subproduto e o domínio das minorias, de Mancur Olson; 1.6 O mercado de serviços burocráticos, de William Niskanen; 1.7 O mercado da regulação, de George Stigler; 2 Captura *versus* escolha pública; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Enquanto fenômeno interdisciplinar, a regulação é um campo árido para aplicação de teorias jurídicas usualmente pouco ambientadas em estudos de comportamento regulatório. Um bom começo para essa aclimação está em se desvendar uma das teorias atualmente mais conhecidas sobre motivação da decisão política e burocrática – a teoria da escolha pública –, procurando relacioná-la com o método jurídico para que uma teoria jurídica da regulação possa dialogar com análises econômicas.

A teoria da escolha pública detém o duplo benefício de ser uma teoria reconhecidamente influente sobre as decisões política e burocrática e de carregar consigo o caráter de abertura científica ao fenômeno interdisciplinar da motivação para a escolha coletiva, uma forte candidata à fundamentação de um sistema jurídico.

À procura de pontos de contato e do posicionamento relativo de uma teoria jurídico-processual da regulação frente à literatura econômica da escolha pública e de captura, o presente artigo apresenta os principais expoentes da *public choice* e seus fundamentos dogmáticos para, em seguida, identificar, nos fundamentos do mercado de serviços burocráticos, de Niskanen, e no mercado da regulação, de Stigler, os elementos comuns que os distinguem e, ao mesmo tempo, os aproximam de uma abordagem jurídico-processual da regulação.

1 TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA

O significado mais abrangente atribuído à chamada *escolha pública* (*public choice*) está em considerá-la um ramo de estudos da economia e da ciência política (Tollison, 1999), inaugurado após a Segunda Grande Guerra e preocupado com as *causas do processo de tomada de decisão coletiva, em especial a decisão política, mediante aplicação de métodos da econo-*

mia neoclássica para o estudo das instituições coletivas da sociedade. Muito embora seja um campo de estudos recheado de diversidade de pontos de vista e aplicações, a escolha pública surgiu do paradigma da maximização, da microeconomia moderna e, como afirma Tollison (2008, p. 192), ainda é identificada com essa característica fundamental.

A escolha pública se insere no campo de estudos usualmente conhecido como a teoria econômica da tomada de decisões políticas (*economic theory of political decision-making*), economia política moderna (*modern political economy*), nova economia política (*new political economy*), economia política (*political economics*) ou, simplesmente, economia da política (*the economics of politics*). Tais termos são equiparados à *public choice* como o ramo da ciência social preocupado com as *causas do comportamento governamental*, em oposição a outras abordagens, como a teoria dos bens públicos (*theory of public goods*) e a macroeconomia pós-Segunda Grande Guerra, preocupados com o estudo dos efeitos do comportamento do Governo.

Não por acaso, a primeira publicação científica destinada especificamente a estudos sobre escolha pública fora inaugurada em 1966 sob o título *Papers on Non-Market Decision Making*, ainda hoje publicado pela Springer sob o novo codinome de *Public Choice*, decorrente de alteração ocorrida a partir do volume de 1968. O grupo de pesquisa da *University of Virginia* antecessor da *Public Choice Society*, por sua vez, se autoproclamava o *Committee for Non-Market Decision Making* (Tollison, 1984, p. 4). Assim, o estudo da tomada de decisão estranha ao mercado e afeta à decisão política é o campo de estudos da escolha pública.

A escolha pública situa-se na interface entre economia e política, e busca compreender e prever o comportamento dos mercados políticos, mediante o uso de técnicas econômicas analíticas, em especial do postulado da escolha racional, ao procurar modelar o comportamento de tomada de decisão não mercadológico (Rowley, 2008, p. 3).

O termo *public choice* é acusado, por outro lado, de carregar consigo uma vertente política de direita, pelo que alguns preferem o uso dos demais termos descritivos do campo de conhecimento de análise econômica das causas do comportamento governamental, seja o termo *economia política moderna* ou mesmo *economia política* (Windén, 1988, p. 9-12). Em uma vertente mais ampla apoiada em pressupostos universais liberais, não é de se espantar que o lugar comum na linguagem de teóricos da escolha pública

seja a preocupação em *domar o Leviatã* (Peacock, 1997, p. 85) ou, como anota Musgrave (1981), a predisposição a um Estado Mínimo. A herança liberal, como se verá mais à frente, instalou-se na preocupação da teoria da escolha pública em abrir espaço para o indivíduo na construção da decisão pública.

Enquanto método de pesquisa, a escolha pública segue a tradição da economia neoclássica (*neoclassical economics*) ao ter por ponto de partida o individualismo metodológico (*methodological individualism*) e pressupor, como sua hipótese comportamental fundante (*fundamental behavioral hypothesis*), que os indivíduos seriam regidos por interesses pessoais de modo racional, procurando maximizar utilidades.

Não por acaso, a teoria da escolha pública é reputada como fortemente influenciada pelo utilitarismo (Pattanaik, 2009, p. 323). Ela, entretanto, vai além dos pressupostos tradicionais da teoria econômica neoclássica ao *trasladar os motivos determinantes do comportamento dos indivíduos do mercado para o campo da política*, seja por intermédio de postulados da escolha pública em seu nascedouro, que igualava o indivíduo e a sua racionalidade ao ente social, visto como um ser orgânico, seja por intermédio de postulados de compreensão da formação da vontade coletiva a partir da relação de racionalidade da tomada de decisão dos indivíduos que fazem parte de uma coletividade.

Precisamente aí, quando avança sobre espaços não tocados pela economia neoclássica, é que a teoria da escolha pública resgata a experiência interdisciplinar entre a economia, a ciência política e a filosofia moral vivenciadas no período do iluminismo escocês (*Scottish Enlightenment*) de David Hume, Adam Ferguson e Adam Smith, mas podada quando o campo de conhecimento econômico fora definido, em termos neoclássicos, como uma disciplina positivista destinada a fornecer informações econômicas voltadas a instrumentalizar a atuação *imparcial, benevolente e onisciente* dos governos guiados pela promoção do interesse público na hoje acusada de *Era das Trevas da economia política* de Keynes e Samuelson (Rowley e Schneider, 2008, p. vii).

O uso de linguagem própria à análise dos mercados por parte da *public choice* evidencia essa transposição do instrumental teórico próprio da economia neoclássica para o estudo da decisão política, evidenciada na compreensão das relações entre os indivíduos ou grupos como *transações*

(*transactions*), das quais resultariam preços e resultados aferíveis em *mercados políticos* (*political markets*).

Peacock (1997, p. 13) identifica três mercados políticos de estudo da escolha pública, em que acordos são feitos sem importarem em trocas monetárias, quais sejam, o mercado político primário (*primary political market*), em que políticas são vendidas em troca de votos; o mercado de fornecimento de políticas (*policy supply market*), em que burocratas vendem atuação administrativa e.g., segundo o teorema de Niskanen, para maximização do orçamento público; e, finalmente, o mercado de execução de políticas (*policy execution market*), que pressupõe um *mercado de regulação em constante barganha entre reguladores e regulados* (Peacock, 1984), segundo o qual o governo utilizaria, por exemplo, o orçamento como um mecanismo regulatório para conformação do comportamento de empresas e indivíduos, a partir de hipóteses elencadas pela escolha pública sobre os resultados de tais transações.

Existem, entretanto, duas dimensões da escolha pública, a depender do objetivo primário perseguido pela literatura correspondente. De um lado, a teoria positiva ou descritiva da escolha pública (*positive public choice theory*) preocupa-se com o esclarecimento do funcionamento do mercado de tomada de decisões políticas; enquanto a teoria prescritiva ou normativa da escolha pública (*normative public choice theory*) preocupa-se com a eliminação de ineficiências nas transações no mercado político primário, no mercado de fornecimento de políticas e no mercado de execução de políticas, prescrevendo soluções. Ambas são visíveis nos autores mais proeminentes da escolha pública, a seguir esmiuçados.

1.1 A TEORIA PURA DA CIÊNCIA POLÍTICA, DE DUNCAN BLACK

Duncan Black é tido como o inaugurador dessa abordagem da escolha pública, que significou um renascimento da inter-relação entre economia e ciência política (Rowley e Schneider, 2008), por intermédio de seu artigo seminal, de 1948, intitulado “*On the Rationale of Group Decision-Making*”, em que analisou a racionalidade – motivação e predição – da tomada de decisão em grupos cujos membros não estivessem de pleno acordo a respeito de uma moção, tendo como dados certos procedimentos para alcance da decisão e empregando técnicas de valoração relativa da ciência econômica para o “desenvolvimento de uma teoria pura da ciência política” (Black, 1948, p. 34). O autor tem o objetivo declarado de pavimentar o

caminho de uma teoria de equilíbrio distributivo dos tributos e dos gastos públicos (Black, 1948, p. 23) a partir da aplicação do instrumental de preços e de posições relativos de compradores e vendedores em um processo decisório, seja ele no âmbito da decisão política ou em qualquer outro espaço social de decisão. A sua proposta pode ser tida como inaugural da escolha pública ao introduzir, no campo de estudo da decisão de grupos sociais, o instrumental microeconômico neoclássico apoiado na premissa do comportamento racional.

1.2 O TEOREMA DA IMPOSSIBILIDADE, DE KENNETH ARROW

Em 1951, *Kenneth Joseph Arrow*, um prêmio Nobel de economia por várias contribuições, inclusive na seara da escolha pública, tratou da decisão política, em seu livro *Social Choice and Individual Values*, e propôs o que ficou conhecido como teorema da impossibilidade (*impossibility theorem*) ou teorema de Arrow (*Arrow's theorem*), segundo o qual seria impossível agregar preferências individuais em coletividades por meio de regras de decisão racional não impositivas ou ditatoriais, inclusive a democrática majoritária (Arrow, 1963). O seu teorema questionava, portanto, a possibilidade de uma tomada de decisão democrática verdadeiramente representativa dos cidadãos ao propugnar pela impossibilidade de escolha coletiva racional ou significativa (*infeasibility of meaningful collective choice*). A sua provocação deu origem a outros estudos relevantes para a economia política constitucional, quais sejam, estudos sobre a possibilidade de manipulação da decisão política.

1.3 O MERCADO POLÍTICO, DE ANTHONY DOWNS

Outro expoente da escolha pública – *Anthony Downs* –, em seu conhecido livro sobre teoria econômica da democracia, de 1957, será um contraponto à abordagem do coletivismo sociológico convencional para propor um outro caminho de análise da democracia e dos processos políticos democráticos como alternativa a análises apoiadas em valores ou na cultura política (Reis, 1999, p. 15-16). Downs procura decifrar a política partidária das democracias por seus componentes individuais racionais e sua hipótese central é de que os partidos políticos em uma democracia formulam políticas estritamente como meios para obtenção de votos em um *mercado político* em que o governo seria um empreendedor que *vende políticas em troca de votos* (Downs, 1957, p. 137). Ao enfrentar a experi-

ência democrática pelo viés da tensão entre os âmbitos micro e macro, do indivíduo e da coletividade, Downs trata do processo político-eleitoral a partir da abordagem da escolha racional da ciência econômica apoiada no cálculo individual guiado por interesses e implementado por eleitores e por partidos políticos, e nos resultados analíticos daí derivados. A sua abordagem é a de uma teoria positiva da escolha pública ao explicar, ao invés de prescrever, a motivação das decisões de eleitores e partidos no âmbito das democracias. Trata-se, nos termos usados por Stanley Keller Jr., no prefácio do livro de Downs, de um autor preocupado com a economia da explicação do fenômeno político-partidário. Para Downs, uma “teoria da ação governamental verdadeiramente útil em uma democracia, ou em qualquer outro tipo de arranjo político, deve ser de natureza tanto econômica como política” (1957, p. 150). A abordagem econômica de Downs parte dos pressupostos do comportamento racional e de que todo governo procura maximizar o apoio político, posicionando-se no meio termo entre as concepções orgânicas ou individualistas de Estado que, segundo ele, seriam extremos indesejados (1999, p. 33; 41).

1.4 A TEORIA DA AÇÃO COLETIVA, DE JAMES BUCHANAN

Outro nome de peso, *James Buchanan*, foi um prêmio Nobel de economia responsável por dar notoriedade à teoria da escolha pública e debaterá com Arrow (1963, p. 119) o comportamento de coletividades na tomada de decisão. Buchanan enfatizará o fato de que Arrow teria cometido um equívoco no enquadramento do problema da tomada de decisão coletiva ao tentar impor condições de racionalidade individual sobre as coletividades. Para Buchanan, as coletividades, enquanto realidades distintas dos indivíduos que as compõem, estariam gravadas, nos processos de decisões deliberativas (*processes of deliberative judgments*), de um caráter essencialmente distinto daquele presente nas preferências individuais que embasaram a escolha pública em seu surgimento.

Buchanan e Tullock publicaram seu livro clássico sobre o tema da escolha pública, intitulado *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, em 1962. Esse livro inaugurou a guinada no movimento de teoria de escolha coletiva (*theory of collective choice*), teoria do processo de escolha coletiva (*theory of collective choice-making*), teoria da ação coletiva (*collective action*), teoria da atividade coletiva (*collective activity*) ou teoria da coletividade (*theory of the collectivity*), termos utilizados de modo intercambiável pelos próprios autores, revelando a centra-

lidade da coletividade enquanto instituição com existência, valores e motivações dependentes dos seres humanos que dela fazem parte em frontal oposição à interpretação orgânica da atividade coletiva então predominante na filosofia e sociologia políticas (Buchanan e Tullock, 1962, p. 11).

O Estado, para Buchanan e Tullock, seria uma unidade coletiva (*collective unit*) insubordinável a uma concepção orgânica de coletividades então vistas como unidades supraindividuais (*überindividuelle Entitäten*). Para Buchanan e Tullock, ao se afastarem da concepção orgânica de Estado e do conseqüente tratamento do Estado como unidade supraindividual dotada de comportamento próprio independente dos seres humanos que a constituem, os teóricos da escolha pública seriam obrigados a se debruçar sobre a relação entre valores individuais e valores sociais. Em uma concepção orgânica de Estado, o indivíduo estaria absorvido como parte integrante de um ser mais abrangente e de maior significado: o organismo estatal.

Ao rejeitarem uma interpretação orgânica da atividade coletiva, os autores rejeitaram uma corrente de filósofos políticos alemães que abraçaram a ideia de uma vontade geral derivada do Estado e destacada do processo de tomada de decisão, no bojo do qual as escolhas políticas são gestadas (Buchanan e Tullock, 1962, p. 12).

Há diversos aspectos da teoria de Buchanan e Tullock relevantes para compreensão de sua teoria de escolha pública, como, por exemplo, a diferença entre a escolha constitucional e a tomada de decisão política ordinária; mas a característica fundante de sua teoria, que fornece seu diferencial de análise, está no postulado de ponto de partida de abordagem, segundo o qual a ação coletiva é composta por ações individuais (Buchanan e Tullock, 1962, p. 3). Para Buchanan e Tullock, a escolha pública é uma escolha racional do indivíduo em coletividade em oposição à concepção de que o ente coletivo tomaria decisões destacado dos valores individuais. A racionalidade individual de decisões individuais ainda seria percebida como algo distinto da decisão coletiva, mas isso não significaria que a racionalidade coletiva pudesse ser tratada em separado da racionalidade individual, como uma teoria orgânica do Estado proporia. Segundo os autores, as escolhas das instituições políticas deveriam ser estudadas a partir da sua relação com os valores-guia da decisão dos indivíduos que a compõem.

Outro aspecto relevante da teoria da ação coletiva encontra-se no fato de que a decisão constitucional seria uma decisão de caráter distinto da decisão política ordinária por força da incerteza de que é tomado o

indivíduo, na escolha coletiva de ordem política. O indivíduo, na decisão constitucional, tomaria decisões, mas não teria como prever os efeitos de sua escolha sobre o seu bem-estar no futuro precisamente porque a escolha individual se relacionaria com a escolha coletiva em um nível de racionalidade distinto da tomada de decisão individual, ou seja, porque a escolha privada de racionalidade individual seria essencialmente distinta da escolha individual de racionalidade coletiva (Buchanan e Tullock, 1962, p. 37-38). No caso da decisão constitucional, o indivíduo perderia o senso de responsabilidade sobre a tomada de decisão inerente à escolha privada quando no âmbito de tomada de decisões coletivas (Buchanan e Tullock, 1962, p. 38) e passaria a agir de forma mais racional do que em escolhas individuais privadas na avaliação das alternativas de decisão coletiva postas diante de si (Buchanan e Tullock, 1962, p. 39).

Buchanan e Tullock, com isso, sedimentaram, como contribuição da escolha pública, o cálculo da decisão individual racionalmente previsível por sua relação com a racionalidade coletiva.

1.5 A TEORIA DO SUBPRODUTO E O DOMÍNIO DAS MINORIAS, DE MANCUR OLSON

Em 1965, *Mancur Lloyd Olson* publicou outro clássico da escolha pública, intitulado *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, republicado em 1971 em edição aumentada, aplicando o cálculo racional individual para evidenciar a motivação de partícipes de diversos tipos de coletividades em contribuir para a obtenção de benefícios coletivos.

Em meio às suas conclusões, duas delas são as mais proeminentes: uma destrutiva e outra construtiva (Barry, 1978, p. 23-29).

A assertiva destrutiva de Olson propõe que a explicação de que os indivíduos fazem parte de coletividades para ampliar as chances de sucesso da organização coletiva e, com isso, beneficiar os seus membros seria falaciosa, pois a afirmação estaria tratando dos beneficiários do sucesso coletivo como se fossem um único indivíduo decidindo como alocar seus recursos para o seu melhor proveito.

Por outro lado, agora construtivo, Olson propõe que a motivação de indivíduos mantenedores de uma organização coletiva provedora de bens públicos que os beneficiassem estaria normalmente apoiada em incentivos seletivos ou específicos (*selective incentives*) distintos da própria provisão

de bens públicos ou coletivos (*public goods* ou *collective goods*) benéficos aos seus membros e que justificariam a manutenção das contribuições individuais à organização, como, por exemplo, os incentivos específicos de obtenção de informações privilegiadas, de gozo do senso de pertença coletiva ou da abstenção, por parte da organização coletiva, da prática de atos danosos ao indivíduo.

Em comum com as análises de Downs e Buchanan, Olson, seguindo as bases da escolha pública, aplica a lógica do comportamento racional com o diferencial de que incentivos específicos passam a desempenhar um papel fundamental na explicação da decisão racional individual em apoiar a ação coletiva para os grupos de pressão e, portanto, a partir dos incentivos específicos, sustentar um *lobby* para obtenção de um bem coletivo, seja por poder coercitivo para associação de seus membros, seja por incentivos positivos ofertados aos seus membros.

Em outras palavras, Olson defenderá que grandes *lobbies* econômicos na democracia dos Estados Unidos da América seriam, de fato, explicados pela teoria do subproduto (*by-product theory*), segundo a qual os sindicatos, as representações ruralistas e as organizações profissionais obteriam o apoio dos indivíduos predominantemente mediante a entrega de benefícios outros que não o *lobbying* (Olson, 2002, p. 132-135).

O diferencial, portanto, da teoria de Mancur Olson está em introduzir no campo de análise da escolha pública o comportamento dos grupos de interesse, conforme a sua dimensão (Olson, 2002, p. 53-65) e o detalhamento do que eles deveriam ofertar para obtenção do apoio do indivíduo racional.

Sua análise sobre os *grupos de interesse específico* é especialmente relevante para a compreensão de onde se situa a escolha pública na regulação. O principal argumento de seu livro é o de que há uma diferença fundamental entre os grupos de interesses especiais ou específicos (*special interests*), organizados e dotados de *lobbies*, e os grandes grupos de interesse ou os grupos latentes¹ (*large or latent groups*), por exemplo, os contribuintes, os consumidores, os fazendeiros, os assalariados.

Os grandes grupos de interesse e os grupos latentes não atuariam voluntariamente para proteção de seus interesses comuns (Olson, 2002, p. 165), partindo-se da premissa de que o indivíduo racional não teria in-

1 Para Olson, grupos latentes nada mais são do que grupos muito grandes.

centivos para agir, quando a consequência dessa ação se resumisse à obtenção de um bem coletivo. Ou seja, em um sistema representativo, o mote da atuação individual se resumiria às ambições políticas individuais em troca de benefícios não coletivos, como a distribuição de cargos públicos (Olson, 2002, p. 164). Disso resulta que o grupo de interesse dos consumidores, por falta de estrutura organizacional, seria despido de meios para contrabalançar o poder dos produtores organizados ou monopolísticos (Olson, 2002, p. 166).

A afirmação de maior efeito que resume a proposta de Mancur Olson do inafastável sucesso de grupos de interesses específicos sobre grandes grupos de interesse ou grupos latentes é de que os mecanismos básicos de funcionamento da democracia representativa – os partidos políticos – detêm poderosas estruturas organizacionais, mas não se destinariam à promoção de bens coletivos, pois, na melhor das hipóteses, o partido estaria interessado na obtenção de influência política e, na pior das hipóteses, na implementação de franca corrupção (Olson, 2002, p. 164-165).

A lógica da ação individual em uma sociedade estável, organizada e, na linha de raciocínio do autor, conseqüentemente *apática* (Olson, 2002, p. 162) seria sempre voltada a valorizar os interesses particulares em detrimento dos interesses comuns *econômicos ou não* (Olson, 2002, p. 159) de um grande grupo de interesses ou de um grupo latente. Para Olson, seria uma falácia lógica crer que os indivíduos de grandes grupos de interesse apoiariam o grupo em prol dos interesses mútuos de seus membros (2002, p. 127). Um grupo de interesses específicos formado por uma minoria exerceria, segundo Olson, um enorme poder (2002, p. 142).

Enfim, uma frase marcante e reveladora do pensamento do autor e que evidencia sua proposta de existência de um mecanismo natural de funcionamento dos grupos de interesse em geral é a de tendência de exploração do grande pelo pequeno (*exploitation of the great by the small*), desembocando na assertiva do poder diretivo da lógica individual na ação coletiva (Olson, 2002, p. 3).

Mancur Olson foi o grande inaugurador da análise econômica racional sobre as motivações e os efeitos dos grupos de interesse na política, entregando-a, por consequência, à lógica individual apropriada por minorias dos grupos de interesses específicos e à máxima de que interesses específicos de pequenos grupos tendem a triunfar sobre o interesse popular (2002,

p. 144). Com ele, a afirmação de que *minorias organizadas dominariam o ambiente político* tornou-se uma constante da escolha pública.

1.6 O MERCADO DE SERVIÇOS BUROCRÁTICOS, DE WILLIAM NISKANEN

O próximo passo no desenvolvimento da teoria da escolha pública foi de Niskanen, ao eliminar o último bastião do interesse público hospedado na teoria burocrática. Tanto Buchanan e Tullock quanto Olson estarão tentando estabilizar a relação entre a escolha racional individual e a atuação coletiva: os primeiros, mediante identificação de interferência entre a racionalidade coletiva e a individual em sua simbiose; enquanto Olson irá mais fundo para identificar quais motivos efetivamente movimentam a racionalidade individual na ação coletiva político-partidária e nos mecanismos de influência dos *lobbies* na decisão política. Ambas as abordagens preservam o mantra da escolha pública em partir da racionalidade individual para explicação, previsão ou alteração da decisão coletiva.

Finalmente, em 1971, *William A. Niskanen Jr.* ampliou os horizontes de análise da escolha racional para abarcar a discussão do comportamento burocrático em seu livro *Bureaucracy and Representative Government*, voltado a propiciar sugestões para que instituições coletivas da burocracia estatal pudessem servir melhor aos interesses da população em geral, partindo-se do pressuposto de que funcionários públicos não se comportariam orientados automaticamente pelo interesse público, como se supunha, mas orientariam sua atuação para algo distinto, que deveria ser garimpado e utilizado para conformar o comportamento burocrático, agora sim rumo ao interesse público (Niskanen, 2017, p. v).

Na linha de pensamento próprio à escolha pública, Niskanen se propõe a analisar a atividade econômica das repartições públicas e os problemas de maximização (2017, p. 7-9), desenvolvendo uma teoria geral de oferta por repartições públicas (*general theory of supply by bureaus*) e uma teoria de comportamento do governo representativo sobre suas demandas por produtos burocráticos a partir da identificação de um *mercado governamental de serviços burocráticos* ou *government market for a bureau's services* (2017, p. 127-188).

Para tanto, Niskanen apresentará, em artigo prévio publicado em 1968, um modelo de maximização do comportamento do burocrata, partindo de duas características pressupostas: a) a de que o comportamento do burocrata caminharia no sentido de maximizar o orçamento total de

sua repartição; e b) a de que as repartições burocráticas utilizar-se-iam de produtos específicos da burocracia como moeda de troca para obtenção um dado orçamento (1968, p. 293).

A função de utilidade do burocrata (*bureaucrat's utility function*) teria por função positiva do orçamento total da repartição pública as variáveis de salário, benefícios da função, reputação pública, poder, favores políticos, facilidade de manuseio da repartição pública e facilidade de realização de mudanças (Niskanen, 1968, p. 294), equiparando-se a repartição pública a um agente do mercado com poder monopolístico, com certas diferenças, mas capaz de se apropriar de todo o excedente do consumidor, que, nesse caso, será o legislador sedento por serviços burocráticos (Niskanen, 1968, p. 295).

A análise de Niskanen concentra-se no incentivo burocrático em maximizar o orçamento, por exemplo, por intermédio de técnicas de diminuição de custos em setores com orçamentos reduzidos e de esgotamento do orçamento anual previsto para setores da repartição burocrática com orçamentos volumosos. As suas recomendações para melhor funcionamento da burocracia seguem o modelo econômico por ele aplicado e propõem, por exemplo, a introdução da competição entre repartições públicas para o fornecimento de serviços públicos, o incentivo à criação de novas repartições para oferta de serviços já prestados por outras, a vedação de acordos entre repartições públicas para divisão do mercado, a diminuição dos 5% maiores salários de uma repartição pública quando houvesse o incremento do orçamento total dessa unidade, a preservação do financiamento público de serviços prestados pelo governo, mas com operacionalização contratada com o setor privado com fins lucrativos, que passariam a ser os prestadores desses serviços.

Uma consequência de tais propostas antecipada pelo próprio Niskanen seria a extinção da burocracia voltada à prestação de serviços, restando somente no Estado as agências de acompanhamento e de contratação de tais serviços com a iniciativa privada (1968, p. 304-305).

Como se pode ver, as consequências da escolha pública para o desenho de prestação de serviços burocráticos e, por consequência, para o desenho regulatório gozam do apoio da análise de Niskanen sobre o ótimo racional econômico do mercado governamental burocrático, postulando a prestação de serviços públicos pela iniciativa privada controlada pela burocracia estatal, que estará, por óbvio, tentando emular, em sua função re-

guladora, a função prestacional para se apropriar da moeda de troca por orçamento. Isso explicaria, por exemplo, o esforço das agências reguladoras em justificarem para a sociedade que os benefícios de determinado serviço público se devem à sua atividade reguladora e a vincularem, constantemente, cortes orçamentários ao efeito perverso sobre a qualidade e difusão de serviços públicos.

A escolha pública do mercado governamental de serviços burocráticos é, portanto, amiga da função estatal reguladora, ou ao menos a preserva em troca da prestação de serviços públicos pela iniciativa privada.

Niskanen, na linha tradicional da escolha pública, evidenciará o comportamento agora do burocrata a partir de suas motivações racionais individuais destacadas do interesse público. A escolha pública critica fortemente a abordagem considerada inocente de que o burocrata atuaria, quando houvesse meios disponíveis, rumo ao interesse público de forma automática. Pelo contrário, para a escolha pública, sua atuação seria uma consequência de outros fatores que guiariam o seu comportamento pela maximização de seu esforço rumo a desejos distantes da função coletiva.

A abordagem de Niskanen sedimenta o caminho da escolha pública para o estudo do comportamento burocrático, tangenciando a regulação ao mencionar o espaço de análises da escolha pública para a burocracia no acompanhamento de serviços antes prestados pelo próprio Estado e agora regulados por ele. O enfoque de Niskanen, entretanto, é sobre o *mercado de serviços públicos ao invés do mercado da regulação*, algo que é ainda mais evidente quando de sua declaração de que o título alternativo para o seu livro sobre burocracia e governo representativo poderia ter sido *a oferta de serviços públicos* (2017, p. 9).

Até aqui, entretanto, a escolha pública é silente quanto à relação entre a atividade de regulação de serviços e os incentivos do comportamento racional, senão pela conclusão de Niskanen de que o acompanhamento da prestação dos serviços seria, ao lado da contratação de empresas privadas destinadas à sua prestação, as únicas atividades sobranes ao Estado. Assim, a afirmação comumente difundida de que foi Stigler que primeiramente aplicou a teoria da escolha pública na regulação é falaciosa. Ele realmente foi o primeiro a aplicar a escolha pública na relação do regulador com os regulados, mas não foi o primeiro a aplicá-la à dimensão do desenho regulatório, feito que coube a Niskanen.

Enquanto Niskanen justificou o modelo regulador indireto por delegação de serviços públicos e concentração, no Estado, da atividade reguladora, analisando o mercado de serviços burocráticos, Stigler preocupou-se com o momento seguinte de exercício de atividade reguladora no mercado propriamente dito da regulação.

1.7 O MERCADO DA REGULAÇÃO, DE GEORGE STIGLER

George Stigler, em artigo singelo, mas seminal, de 1971, propôs uma teoria de oferta da regulação (*theory of supply of regulation*) apoiada no pressuposto do comportamento individual racional e em sua repercussão na atuação coletiva, sob o enfoque da economia neoclássica (1971). Ela passou a ser conhecida inicialmente pelo título do artigo de Stigler – a teoria da regulação econômica (*theory of economic regulation*) – para, anos mais tarde, firmar-se pela designação que lhe foi dada por Posner, sob o codinome de *teoria econômica da regulação* (*economic theory of regulation*), ou sua abreviatura hollywoodiana: ET (Peltzman, Levine e Noll, 1989).

O diferencial de Stigler, ao propor sua teoria econômica da regulação, não advém da afirmação de que negócios privados buscam influenciar a regulação. A influência dos atores regulados sobre o processo regulatório fora anteriormente antecipada por cientistas políticos e historiadores preocupados com a manipulação do Estado e, em particular, das agências reguladoras pela indústria regulada (Wilson, 1913; Huntington, 1952; Bernstein, 1955; Kolko, 1963; Lowi, 1969), ou mesmo por estudos do próprio Stigler da década de 1960, revelando o descompasso entre a regulação e os seus objetivos no controle de preços de utilidades públicas a partir de casos do setor de energia elétrica (Stigler e Friedland, 1962), ou o descasamento entre atuação regulatória no mercado de seguros e métodos de avaliação de seus resultados (Stigler, 1964).

O diferencial de Stigler, em 1971, foi o de propor uma teoria geral que estudasse o mercado da regulação, com a aplicação do método e dos instrumentos da economia neoclássica sob o enfoque da escolha pública. A partir daí, toda uma corrente de estudos preocupou-se com a relação entre as motivações da tomada de decisão político-regulatória e a racionalidade econômica pertinente ao mercado da regulação, com incursões, por exemplo, na competição entre grupos de pressão por influência política (Becker, 1983).

Enquanto teoria voltada a explicar quem seriam os beneficiados e os prejudicados pela regulação, que forma tomaria a regulação e quais seriam seus efeitos sobre a alocação de recursos (Stigler, 1971, p. 3), a teoria econômica da regulação apresenta-se, em seu nascedouro, como uma teoria positiva ou descritiva (*positive economic theory of regulation*), ao invés de prescritiva ou normativa, ao se preocupar com o esclarecimento do funcionamento do mercado de tomada de decisões estatais. Antes dela, o campo de pesquisa econômica regulatória era dominado pela economia prescritiva de precificação de custo marginal (*normative economics of marginal cost pricing*), em que o papel do governo seria o de corrigir as falhas de mercado – frise-se, não do mercado da regulação, mas do mercado privado regulado (*private market failures*) – por intermédio das instituições reguladoras de utilidades públicas sob o mantra do monopólio natural e com o objetivo declarado de prevenir o aumento injustificado de preços (Peltzman, 1993, p. 818-819).

Ela também se apresenta como uma teoria de escolha pública, pois pressupõe racionalidade na tomada da decisão política (Stigler, 1971, p. 4) e, como hipótese geral, parte da assertiva de que a indústria atuará como um ator racional à procura da obtenção de regulação voltada ao controle de entrada no mercado regulado (Stigler, 1971, p. 5).

Quando Stigler se opõe a teorias que explicam a regulação como produto do interesse público ou como resultado imprevisível do processo político, ele afirmará, como principal tese da teoria econômica da regulação, que a regulação mesma seria um insumo adquirido pela indústria (*acquired regulation*), moldado e operacionalizado mormente para o benefício da indústria regulada (1971, p. 3), algo justificado pela excepcional existência de regulação onerosa sobre determinado setor industrial e instrumentalizado pelo pressuposto de que os processos políticos seguiriam uma agenda racional (1971, p. 10) pautada pela demanda de partidos políticos por votos e recursos em troca da oferta de regulação (1971, p. 12) e de legislação (1971, p. 16), em frontal oposição a uma visão idealista sobre a regulação pública.

Ao propor uma abordagem de oferta de regulação remunerada por votos e recursos da indústria, Stigler (1971, p. 17) conclui pela ineficácia de medidas que pretendam alterar o comportamento de diretores de agências para que sigam o interesse público em última análise estranho à sua condição de ofertante de regulação em troca de votos e recursos. É importante esclarecer, nesse ponto, que os ofertantes de regulação, para Stigler, são ato-

res políticos inespecíficos, ou seja, tanto os legisladores, quando membros do Executivo, quanto, no modelo americano, os integrantes das agências independentes (Peltzman, 1993, p. 823). Esperar que diretores de agências reguladoras implementassem o interesse público seria o mesmo, segundo Stigler, que esperar dos políticos que deixassem de almejar o apoio popular.

A solução finalmente apontada por Stigler para que as agências reguladoras praticassem atos não obedientes ao processo político seria a de alteração da forma como se dá o apoio político à agência e mediante recompensas aos seus diretores desconectadas dos serviços que prestam à indústria regulada a partir de ensinamentos decorrentes de uma teoria racional do comportamento político (*rational theory of political behavior*).

O direito público percorre precisamente esse caminho ao, por exemplo, enunciar mandatos fixos e protegidos aos diretores de agências e ao qualificar uma agência reguladora como autarquia especial, com independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, estabilidade de seus dirigentes, autonomia financeira e corpo técnico de servidores públicos. A teoria econômica da regulação, portanto, contempla pontos de contato com a teoria jurídica publicista.

Enquanto a teoria econômica da regulação procura explicar o comportamento coletivo e a sua racionalidade, esclarecendo que a regulação é meramente um produto de um mercado estruturado pelo processo político (Carrigan e Coglianese, 2015, p. 288), a teoria do direito público parte do pressuposto de constante interferência do interesse privado nos rumos prescritos pelos princípios publicistas e que dito interesse deve ser compensado por métodos de disciplina jurídica especial da Administração Pública encarnados no regime de direito público, em especial por intermédio dos conceitos de processo, função pública e regime jurídico de entidades de direito público.

Há pontos de conflito entre a teoria econômica da regulação e a teoria jurídica da regulação. Como se verá adiante, eles são de cunho ideológico, não de cunho científico.

2 CAPTURA VERSUS ESCOLHA PÚBLICA

Em nenhum momento de seu artigo seminal de 1971, Stigler menciona o termo *captura*, embora parta do pressuposto de que políticas públicas e regulação seriam produtos de um mercado regido por oferta e demanda

e movimentado por grupos de interesse segundo o pressuposto do comportamento racional testado em equações de medição do interesse econômico individual.

Não faltaram, entretanto, críticas à aproximação entre a teoria econômica da regulação e a teoria da captura. Ao defender que o mercado de execução de políticas (*policy execution market*), segundo a escolha pública, pressuporia um mercado de regulação em constante barganha entre reguladores e regulados, Peacock (1984) traça a linha limítrofe entre manifestações da teoria da escolha pública e da teoria econômica da regulação. Segundo Peacock, a teoria da escolha pública distanciar-se-ia da teoria econômica da regulação proposta por George Stigler, quando esta última fosse compreendida pelo pressuposto da captura do regulador pelo regulado, ao invés de supor – como o faz a escolha pública –, a existência de uma barganha constante entre reguladores e regulados no mercado da regulação (Peacock, 1997, p. 14).

A análise de Peacock, rechaçando a teoria econômica da regulação como espécie de teoria da escolha pública, é, entretanto, contestada por argumentos contemporâneos ao surgimento da teoria econômica da regulação. Richard Posner, em artigo escrito em franco diálogo com o próprio Stigler, defende, ainda em 1974, que Stigler teria apenas aparentemente adotado a teoria da captura, pois, no mesmo artigo seminal de proposição da teoria da regulação econômica, de 1971, Stigler, após aparentar ter adotado uma versão refinada da teoria da captura, a teria abandonado, substituindo a metáfora da “captura” pelo termo mais neutro de “oferta e demanda” de regulação por grupos econômicos (*economic groups, special groups*), sem abandonar o mantra de que a regulação econômica serviria aos interesses privados de grupos políticos efetivos (Posner, 1974, p. 343).

É correto afirmar, todavia, que foram estudos subsequentes sobre captura regulatória (*regulatory capture*) que se apropriaram da teoria econômica da regulação como um arauto eficaz comprovado pela afirmação de Carrigan e Coglianese (2015, p. 287) de que é difícil encontrar um debate sério sobre captura que não tenha citado, nos últimos quarenta anos, o trabalho de Stigler.

Não é correto, entretanto, afirmar que a teoria de Stigler é uma teoria da captura, sob pena de ter-se de afirmar que toda a economia neoclássica, apoiada no reconhecimento de mercados de oferta e demanda, significaria a sua captura pelos demandantes. Em outras palavras, confundir a proposta

de barganha constante entre reguladores e regulados com a postura apodítica de que sempre a regulação, como produto deste mercado, será adquirida na forma, no tempo e nos termos desejados pela indústria, conforme proposto pela teoria da captura, fere um dos pressupostos básicos da escolha pública de que o comportamento racional individual dirige o mercado político, mas sem extingui-lo.

O mercado de decisões políticas é um pressuposto e um *continuum* infinito da escolha pública. O mercado de regulação, para existir, não pode, portanto, ser regido, como pressuposto, pela sua captura, mas sim pela barganha de oferta e demanda de regulação. Há quem argumente até mesmo que a teoria da captura estaria em contradição com os próprios fundamentos da ciência econômica assentada sobre uma teoria de equilíbrio (*theory of balance*) em detrimento de uma compreensão inflexível de tudo ou nada próprio à captura (Becker, 1976, p. 245).

Não se quer dizer, com isso, que ofertas regulatórias, segundo a teoria econômica da regulação, não possam ser apropriadas pelos interesses privados do setor regulado, mas, ao mesmo tempo, dizer que a teoria econômica da regulação propõe a captura como regra é igualmente falso, pois despreza o pressuposto básico da escolha pública de que a regulação seria um produto do mercado de decisões coletivas e, portanto, dependente de condições variáveis e eventualmente controláveis. Ao se afirmar que a escolha pública dialoga com um ambiente de condições variáveis e possivelmente controláveis, não se quer dizer que ela despreze o seu pressuposto básico de que o comportamento individual seria estável e racional; as condições do mercado de tomada de decisão é que são mutáveis. Por isso, a principal crítica à escola da escolha pública em todas as suas manifestações se dirige a questionar o pressuposto do ser individual racional, como propõe Murray (1971), ao afirmar que seria o processo simbólico de apreensão de interesses, pressões, ameaças e possibilidades por parte de grupos de pessoas, o que, de fato, guiaria o comportamento coletivo, em oposição ao pressuposto da escolha pública de comportamento individual racional como dirigente da escolha coletiva.

A proposta de um modelo geral da teoria (econômica) da regulação, por exemplo, afirma que há ganhadores e perdedores no interior de cada grupo identificável no processo regulatório e que, mesmo quando todos os ganhadores pertencem ao mesmo grupo, esse estado de coisas detém vida curta (Peltzman, 1976, p. 240).

A captura do processo regulatório é um tema relevante na literatura de teoria econômica da regulação, mas não diretivo, como ocorre na literatura de teorias da captura. Captura significa transformar a agência reguladora em um vassalo da indústria regulada, após vencido o conflito entre a finalidade institucionalizada em determinada agência reguladora e o desejo desviante da indústria regulada (Posner, 2014, p. 49). Se, por outro lado, a finalidade institucional tiver sido legislada em política pública pró-interesses privados dos regulados, não cabe falar em captura, senão na própria coincidência entre a função pública inscrita no diploma normativo inaugurador da agência e os interesses privados do mercado regulado.

Na linha inaugurada por Posner, a captura se diferencia da escolha pública, pois a primeira implica um conflito entre os interesses privados e o interesse público instituído pelas leis definidoras da missão das agências reguladoras. Não por acaso, Posner propõe que o termo *captura regulatória* seja aposentado (2014) por ser incapaz de descrever minimamente a realidade de funcionamento de uma agência reguladora. A tarefa descritiva do funcionamento das agências caberia à teoria econômica da regulação, em obediência à lei de oferta e demanda do mercado da regulação. Nessa mesma linha de raciocínio, da teoria econômica da regulação e do direito público – esta é a proposta esboçada no presente artigo –, devem surgir as prescrições de desenho regulatório apropriadas a equacionar os interesses no processo público de tomada de decisão.

Se a possibilidade de captura da decisão pública, por si só, pudesse ser interpretada como uma consequência natural da regulação, estudos jurídicos de direito público seriam todos eles sobre captura, pois partem do pressuposto de constante regramento do comportamento desviante do interesse público. A mera consciência de que o processo de decisão coletiva pode ser apropriado por interesses individuais dominantes não significa que o processo terá se transformado em tais interesses dominantes, senão nos casos em que essa dominação for reconhecida. Para o direito público, a dominação de processos públicos por interesses privados é disfuncional precisamente pelo fato de que existe uma função pública informadora do processo de produção dos atos estatais. Para a escolha pública, a dominação de processos públicos por interesse privados é explicável pelos métodos e instrumentos da economia neoclássica, mas não perseguida por ela; pelo contrário, os principais expoentes da teoria da escolha pública propõem comportamentos que diminuem a dominação do processo de decisão política pelos demandantes de leis e regulação. Finalmente, para um conseqüente

da escolha pública – a teoria econômica da regulação –, a dominação de processos públicos de entrega de regulação por interesses privados é explicado pelo mercado de oferta de regulação, mas não exaltado; o próprio Stigler, na singela conclusão de seu artigo seminal, procurará esboçar caminhos para se evitar que a agência reguladora entregue a exata regulação demandada pela indústria, mediante compreensão do incentivo que guia a atuação dos dirigentes das agências reguladoras. Nenhuma dessas teorias propõe ser a captura o único formato de estruturação regulatória, nem mesmo se convencem de que ela não possa ser evitada por medidas conscientes sobre o processo de tomada de decisão política. Nenhum dos expoentes dessas teorias procura celebrar decisões capturadas pelos regulados; pelo contrário, todos eles tentarão justificar suas análises como necessárias à melhoria do processo de tomada de decisão rumo ao que a Suprema Corte dos Estados Unidos já sintetizara, ainda em 1910, nos idos da institucionalização das primeiras agências reguladoras, sobre sua finalidade ser “maior que os interesses [dos regulados] [...] [pró] interesse do País como um todo” (ICC v. Chicago, R. I. & Pac. Ry. Co., 218 U.S. 88, 103 (1910)).

CONCLUSÃO

O objeto de pesquisa de Niskanen, como expoente da escolha pública preocupado com o mercado de serviços burocráticos, passa ao largo dos processos internos das repartições públicas ou do governo representativo (2017, p. 11).

Stigler (1971, p. 7), por sua vez, como expoente da escolha pública preocupado com o mercado da regulação, vê nas garantias processuais administrativas meros obstáculos ao ingresso de novos entrantes no mercado, percebidos como instâncias plenamente conversíveis em custos administrativos (*administrative costs*) ofertados pelo Estado e demandados pela indústria. É certo que a equação de oferta e demanda regulatória de Stigler reserva espaço para os efeitos maléficos de controle do novo entrante e derivados da burocracia, mas também é certo que, para Stigler, a burocracia e as normas são caixas-pretas percebidas exclusivamente por seus efeitos obstructivos e consequente valor de barganha no mercado de oferta e demanda da regulação.

O processo administrativo é precisamente o aspecto obscuro às abordagens de escolha pública, que pode ser iluminado por uma teoria jurídico-processual da regulação (Croley, 2008).

Ao fim e ao cabo, as vertentes da escolha pública evidenciam como a regulação pode ser enfrentada sob diversos ângulos, mas principalmente como a definição do ponto de partida antecipa resultados. A afirmação de Posner de que o comportamento individual racional para preservação do seu interesse “tem que ter” sua aplicação estendida ao processo político e que a economia importaria, ao contrário do que ocorreria com a ciência política, em “teorias de verdade” (1974, p. 356), é prova de que os pontos de partida de uma teoria informam muito das suas conclusões.

Enquanto a escolha pública, ao pressupor o comportamento individual racional, dirige a análise regulatória a uma estratégia de prestação indireta de serviços públicos regulados (Niskanen), ou rumo ao enfoque sobre a diminuição da dependência dos dirigentes das agências reguladoras do mercado da regulação (Stigler), outros pontos de partida revelarão resultados bem distintos.

Pontos de vista que partam, por sua vez, de valorização da liberdade individual ou de diminuição da coerção governamental podem desprezar a lógica individual racional ao dogmatizar a preferência por uma postura apriorística de não intervenção do Estado na economia, senão, quando muito, para casos anômalos de mercados que destruam os próprios princípios de liberdade individual justificadores do próprio mercado ou que deformem o seu bom funcionamento.

Outras teorias estarão assentadas na preservação das normas e nas pressões inerentes ao sistema social regulado, clamando pela preservação dos códigos normativos do Estado e do mercado regulado.

Ainda, haverá teorias que partirão do pressuposto de que a intervenção estatal na economia deve justificar-se por sua efetiva habilidade em produzir resultados desejados, sejam quais forem esses resultados.

Várias são as razões para regulação: controle de monopólios; controle de benefícios auferidos por produtores e proprietários, mas desvinculados de sua eficiência; desconexão entre o aumento de custos e o preço de bens ou serviços; correção de assimetria de informações; competição excessiva; correção de exposição a risco gerado pelo problema agente-principal; falta de incentivos mercadológicos para o planejamento industrial, inclusive fusões, voltadas a dar maior eficiência empresarial; desequilíbrio do poder de barganha entre as partes; escassez; paternalismo estatal, entre outras (Breyer, 1979, p. 553-559). Alfred Kahn (2001) diria que várias são as razões para

desregular. Em geral, entretanto, os programas regulatórios apoiam-se não em uma, mas em várias razões distintas e – o mais importante – cada razão de regular impõe uma solução específica (Breyer, 1979, p. 560). O esforço de conjugação de tais abordagens ainda é uma tarefa a ser implementada na literatura nacional e estrangeira.

A análise implementada neste artigo demonstra como o fundamento dogmático da escolha pública somente se prestou a endereçar o problema da regulação em formulações externadas a partir de Niskanen e Stigler. Por outro lado, somente recentemente o fundamento dogmático da teoria orgânica do Estado pôde orientar análises regulatórias de cunho jurídico-processual, fazendo uso de tradicional principiologia do Direito para contribuir com o debate regulatório em posição de igualdade à Economia, sem idolatria nem beligerância.

O presente artigo não pretendeu avançar sobre os diversos pontos de partida dogmáticos para previsão ou prescrição da atuação regulatória. Este artigo, pelo contrário, se resume ao posicionamento relativo da teoria da escolha pública frente a uma teoria jurídica da regulação ao evidenciar que o fundamento primeiro da teoria da escolha pública de repercussão do indivíduo racional sobre a ação coletiva é o elemento central que a afasta da abordagem jurídica eminentemente apoiada em uma teoria orgânica do Estado.

Uma teoria orgânica incorpora princípios de interesse público como identificadores da pessoa de direito público e, portanto, ao trazer ao centro do prosclênio o interesse público, desviará a atenção do subjetivo – do indivíduo racional – para o objetivo – o jurídico, o ordenamento, o normativo, o principiológico –, abrindo espaço, na teoria da regulação, a abordagens jurídicas com enfoque no processo objetivo de tomada de decisão de direito público. Uma abordagem jurídica do interesse público é, por excelência, prescritiva. Como tal, ela escapa à crítica histórica levantada pela escolha pública e dirigida à teoria econômica do interesse público, de caráter descritivo, que vê a regulação como uma tentativa honesta, mas usualmente fracassada, de alcance do interesse público (Ogus e Veljanovski, 1984, p. 242).

O distanciamento entre os pontos de partida dogmáticos da escolha pública e da teoria jurídico-processual da regulação não significa que a abordagem jurídica da regulação seja inimiga mortal da escolha pública, em geral, ou da teoria econômica da regulação, em particular, nem mesmo significa que toda abordagem jurídica seja necessariamente processual. A

existência de teorias jurídicas da regulação de cunho criminalizador, sistêmico, responsivo ou de modelagem institucional evidenciam que o direito vê o fenômeno da regulação sob diversos enfoques.

A diferença entre uma abordagem jurídico-processual da regulação e as teorias da escolha pública reside precisamente no fato de que elas partem de um pressuposto comum – a influência de indivíduos no processo de tomada de decisão coletiva –, mas o moldam segundo enfoques distintos. Para a escolha pública, eminentemente descritiva, o comportamento racional individual detém orientação e significado suficientes para justificar as equações dos mercados de escolha pública. Para a teoria jurídico-processual da regulação, eminentemente prescritiva, o comportamento individual, seja racional ou não, é essencial ao constructo jurídico de direito público – o processo de produção dos atos de poder –, e isso justifica a existência de mecanismos regulatórios de compensação de interferências que visem anular a principiologia de direito público que o informa, mediante a preservação do caminho processual de tomada da decisão pública conformada por um regime de direito público.

REFERÊNCIAS

- ARROW, K. J. *Social Choice and Individual Values*. 2. ed. New York: John Wiley & Sons, 1963.
- BARRY, B. *Sociologists, Economists and Democracy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1978.
- BECKER, G. S. Toward a More General Theory of Regulation: Comment. *Journal of Law and Economics*, v. 19, n. 2, p. 245-248, Aug. 1976.
- _____. A Theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 98, n. 3, p. 371-400, Aug. 1983.
- BERNSTEIN, M. H. *Regulating Business by Independent Commission*. Princeton: Princeton University Press, 1955.
- BLACK, D. On the Rationale of Group Decision-Making. *Journal of Political Economy*, v. 56, p. 23-34, 1948.
- BREYER, S. Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 3, p. 549-609, Jan. 1979.
- BUCHANAN, J. M. From Private Preferences to Public Philosophy: The Development of Public Choice. In: _____. *The Economics of Politics*. London: Institute of Economic Affairs, 1978.

- BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962.
- CARRIGAN, C.; COGLIANESE, C. George J. Stigler. The Theory of Economic Regulation. In: BALLA, S. J.; LODGE, M.; PAGE, E. C. *The Oxford Handbook of Classics in Public Policy and Administration*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 287-299.
- CROLEY, S. P. *Regulation and Public Interests: The Possibility of Good Regulatory Government*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- DOWNS, A. An Economic Theory of Political Action in a Democracy. *Journal of Political Economy*, v. 65, n. 2, p. 135-150, 1957.
- _____. *Uma teoria econômica da democracia*. Trad. Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.
- GREEN, D. P.; SHAPIRO, I. *Pathologies of rational choice theory: a critique of applications in political science*. London: Yale University Press, 1994.
- HUNTINGTON, S. P. The Marasmus of the ICC: The Commission, the Railroads, and the Public Interest. *The Yale Law Journal*, v. 61, n. 4, p. 467-509, Apr. 1952.
- KAHN, A. E. *Whom the Gods Would Destroy, or How Not to Deregulate*. Washington, D.C.: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2001.
- KOLKO, G. *The Triumph of Conservatism: A Reinterpretation of American History, 1900-1916*. New York: Free Press, 1963.
- LOWI, T. J. *The End of Liberalism: Ideology, Policy, and the Crisis of Public Authority*. New York: Norton, 1969.
- MURRAY, E. *Politics as Symbolic Action: Mass Arousal and Quiescence*. New York: Academic Press, 1971.
- MUSGRAVE, R. A. Leviathan Cometh – Or Does He? In: LADD, H. F. A. T. N. *Tax and Expenditure Limitations*. Washington, D.C.: The Urban Institute, 1981. p. 77-120.
- NISKANEN, W. A. The Peculiar Economics of Bureaucracy. *The American Economic Review*, v. 58, n. 2, p. 293-305, May 1968.
- _____. *Bureaucracy & Representative Government*. New York: Routledge, 2017.
- OGUS, A. I.; VELJANOVSKI, C. G. *Readings in the Economics of Law and Regulation*. Oxford: Clarendon Press, 1984.
- OLSON, M. L. *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. 20. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, v. Harvard Economic Studies, v. CXXIV, 2002.
- PATTANAIK, P. K. Limites of Utilitarianism as the Ethical Basis of Public Action. In: ANAND, P.; PATTANAIK, P. K.; PUPPE, C. *The Handbook of Rational & Social Choice*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 323-345.

- PEACOCK, A. T. *Public Choice Analysis in Historical Perspective*. Milano: Cambridge University Press – Raffaele Mattioli Foundation, 1997.
- _____. (Ed.). *The Regulation Game: How British and West German Companies Bargain with Government*. New York: Basil Blackwell, 1984.
- PELTZMAN, S. Toward a More General Theory of Regulation. *The Journal of Law and Economics*, v. 19, n. 2, p. 211-240, Aug. 1976.
- _____. George Stigler's Contribution to the Economic Analysis of Regulation. *Journal of Political Economy*, v. 101, n. 5, p. 818-832, Oct. 1993.
- PELTZMAN, S.; LEVINE, M. E.; NOLL, R. G. The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation. *Bookings Papers on Economic Activity: Microeconomics*, v. 1989, p. 1-59, 1989.
- POSNER, R. Theories of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 5, n. 2, p. 335-358, Autumn 1974.
- _____. The Concept of Regulatory Capture: A Short, Inglorious History. In: CARPENTER, D.; MOSS, D. A. *Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit It*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 49-56.
- REIS, F. W. Apresentação. In: DOWNS, A. *Uma Teoria Econômica da Democracia*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999. p. 11-18.
- ROWLEY, C. K. Public Choice and Constitutional Political Economy. In: ROWLEY, C. K.; SCHNEIDER, F. *Readings in Public Choice and Constitutional Political Economy*. New York: Springer, 2008. p. 3-29.
- ROWLEY, C. K.; SCHNEIDER, F. Preface. In: ROWLEY, C. K.; SCHNEIDER, F. *Readings in Public Choice and Constitutional Political Economy*. New York: Springer, 2008.
- STIGLER, G. J. Public Regulation of the Securities Markets. *The Business Lawyer*, v. 19, n. 3, p. 721-753, Apr. 1964.
- _____. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3-21, Spring 1971.
- STIGLER, G. J.; FRIEDLAND, C. What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity. *The Journal of Law & Economics*, v. 5, p. 1-16, Oct. 1962.
- TOLLISON, R. D. Public Choice, 1972-82. In: BUCHANAN, J. M.; TOLLISON, R. D. *The Theory of Public Choice-II*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1984. p. 3-8.
- _____. Foreword. In: _____. *The Collected Works of James M. Buchanan*. Indianapolis: Liberty Fund, Inc., v. 3, 1999. p. ix-xi.

_____. The Perspective of Economics. In: ROWLEY, C. K.; SCHNEIDER, F. *Readings in Public Choice and Constitutional Political Economy*. New York: Springer Science+Business Media, 2008. p. 191-209.

WILSON, W. *The New Freedom: A Call for the Emancipation of the Generous Energies of a People*. Garden City, N.Y.: The Country Life Press, 1913.

WINDEN, F. A. A. M. V. The Economic Theory of Political Decision-Making: A Survey and Perspective. In: BROECK, J. V. D. *Public Choice: A selection of papers presented at the annual conference of the Association of Post-Keynesian Studies at the Erasmus University*. Rotterdam: Springer-Science+Business Media, 1988. p. 9-42.

Data de submissão: 09.10.2018

Data de aceite: 22.11.2019