

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”  
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

**AUGUSTO MARTINEZ PEREZ FILHO**

**AGÊNCIAS REGULADORAS: PARTICIPAÇÃO CIDADÃ NO SEU CONTROLE E  
GESTÃO COMO FORMA DE COMBATE À CAPTURA**

**FRANCA**

**2012**

**AUGUSTO MARTINEZ PEREZ FILHO**

**AGÊNCIAS REGULADORAS: PARTICIPAÇÃO CIDADÃ NO SEU CONTROLE E  
GESTÃO COMO FORMA DE COMBATE À CAPTURA**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.**

**Orientador: Prof. Dr. José Carlos de Oliveira**

**FRANCA**

**2012**

Martinez Perez Filho, Augusto

Agências reguladoras : participação cidadã no seu controle e gestão como forma de combate à captura / Augusto Martinez Perez Filho. – Franca : [s.n.], 2012

104 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: José Carlos de Oliveira

1. Agências reguladoras – Sociedade. 2. Direito administrativo. 3. Economia – Serviços públicos. I. Título.

CDD – 341.353

**AUGUSTO MARTINEZ PEREZ FILHO**

**AGÊNCIAS REGULADORAS: PARTICIPAÇÃO CIDADÃ NO SEU CONTROLE E  
GESTÃO COMO FORMA DE COMBATE À CAPTURA**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.**

**BANCA EXAMINADORA**

**Presidente:** \_\_\_\_\_  
**Prof. Dr. José Carlos de Oliveira**

**1º Examinador:** \_\_\_\_\_

**2º Examinador:** \_\_\_\_\_

**Franca, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2012.**

## **DEDICO**

A Jesus Cristo, por sua presença tão real em minha vida.

Dedico à minha filha Beatriz e minha esposa Marília, as duas maiores bênçãos que já recebi. A elas todo o meu amor.

Não poderia deixar de dedicar esta obra aos meus pais, Lúcia e Augusto, exemplos em todos os sentidos e fonte de inspiração eterna. Dedico também a meus irmãos, Caio e Ana pelo apoio de sempre.

Finalmente, dedico este trabalho a Hugh S. Gregson, David Nuffer, William (“*Bill*”) F. Atkin, Stephen G. Wood e Ralph R. Mabey *men who taught me to do good simply because it is the right thing to do.*

## **AGRADECIMENTOS**

Ao estimado professor José Carlos de Oliveira pelos conselhos e orientação segura na elaboração deste trabalho.

A todos que de algum modo auxiliaram ao longo desta importante jornada, em especial: Professor José Carlos Garcia de Freitas, Stephen Q. Wood, Eduardo Borri, Paula Zenizo, Lori Lewis e Fernando Manzano.

À Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Paulista "Júlio de Mesquita Filho" pela notória excelência acadêmica.

Aos funcionários da Secretaria de Pós-Graduação e Biblioteca desta Faculdade, especialmente Ícaro Henrique Ramos, Maísa Helena de Araújo e Laura Odette Dorta Jardim.

Por fim, aos colegas de mestrado, amizades verdadeiras em todos os momentos.

PEREZ FILHO, Augusto Martinez. **Agências reguladoras:** participação cidadã no seu controle e gestão como forma de combate à captura. 2012. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2012.

## RESUMO

A presente dissertação trata das agências reguladoras e participação cidadã no seu controle e gestão, como forma de combate à captura. Para tanto, fez-se uma incursão histórica sobre a evolução do Estado até a sua conformação atual de Estado-regulador. As agências reguladoras como instrumentos na concretização do modelo de ordem econômica previsto na Constituição Federal são vistas desde as suas origens. Há uma abordagem sobre suas características e a relevância do seu papel no âmbito do direito regulatório. Por sua importância, o fenômeno da captura e as formas de combatê-lo é analisá-lo a partir da experiência do direito norte-americano. A participação cidadã como meio de minimizar a ocorrência da captura é apontada como solução no direito brasileiro, ao lado de outras sugestões como ampliação da quarentena e diversificação de mercado regulado.

**Palavras-chave:** regulação. serviço público. mercados regulados. agências reguladoras. captura. participação cidadã. quarentena.

PEREZ FILHO, Augusto Martinez. **Agências reguladoras: participação cidadã no seu controle e gestão como forma de combate à captura.** 2012. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2012.

### **ABSTRACT**

This work is about regulatory agencies and citizen participation on its control and management a manner to combat capture. For this purpose, an incursion was made over State's historical evolution until its present format as a regulatory State. Regulatory agencies as instruments to perform the economic order established by Federal Constitution are seen from its origin. A discussion is conducted about agency's characteristics and the importance of their role within regulatory law. Due to its relevance, the capture phenomenon and forms to its combat is analyzed from US caselaw perspective. Citizen participation as a means of minimizing capture occurrence is presented as a solution before Brazilian law, along with other suggestions such as quarantine expansion and diversification of regulated market.

**Keywords:** regulation. public service. regulated markets. agencies. capture. citizen participation. quarantine.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
 <b>CAPÍTULO 1</b>	
<b>O ESTADO MODERNO E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA .....</b>	<b>13</b>
<b>1.1 O Estado moderno .....</b>	<b>13</b>
<b>1.2 O princípio da eficiência .....</b>	<b>18</b>
 <b>CAPÍTULO 2</b>	
<b>AGÊNCIAS REGULADORAS E SEU PAPEL NA SOCIEDADE.....</b>	<b>22</b>
<b>2.1 Agências reguladoras: noções históricas e conceito.....</b>	<b>22</b>
<b>2.2 O papel das agências reguladoras .....</b>	<b>31</b>
<b>2.3 Características jurídicas das agências reguladoras.....</b>	<b>34</b>
<b>2.4 Agências reguladoras: independentes?.....</b>	<b>37</b>
 <b>CAPÍTULO 3</b>	
<b>O FENÔMENO DA CAPTURA DOS ENTES REGULADORES.....</b>	<b>40</b>
<b>3.1 O fenômeno da captura: conceito e aspectos gerais .....</b>	<b>40</b>
<b>3.2 O fenômeno da captura: teorias .....</b>	<b>48</b>
<b>3.3 O fenômeno da captura: corrupção ou lobby? .....</b>	<b>52</b>
<b>3.4 Índícios do fenômeno da captura no Brasil.....</b>	<b>55</b>
 <b>CAPÍTULO 4</b>	
<b>FORMAS DE MITIGAÇÃO DA CAPTURA .....</b>	<b>63</b>
<b>4.1 Como minimizar o fenômeno da captura: haveria alternativa à autorregulação? .....</b>	<b>63</b>
<b>4.2 A contratação direta (sem concurso) dos funcionários administrativos e a eleição de dirigentes das agências reguladoras .....</b>	<b>65</b>
<b>4.3 A ampliação do instituto da quarentena .....</b>	<b>71</b>
<b>4.4 A diversificação de mercados regulados e ampliação de <i>networking</i> das agências.....</b>	<b>75</b>

<b>4.5 Exemplos da jurisprudência norte-americana: parâmetros úteis de combate à captura.....</b>	<b>76</b>
<b>4.6 A participação popular nos entes reguladores: potencial minimizador do fenômeno da captura .....</b>	<b>80</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>93</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>98</b>

## INTRODUÇÃO

As agências reguladoras floresceram num momento de autêntica crise do Estado e a sua proliferação tem a ver com o que se chamou de “processo de privatização”. Eugênio Ripepe fala que essa crise do Estado em verdade representa talvez uma crise da forma “Estado” e, com isto, provavelmente está a questionar a própria instituição estatal.<sup>1</sup>

No Brasil, esse processo de privatização ocorre sem uma prévia discussão e debate sobre o que privatizar e como privatizar, limitando-se à importação de um modelo de regulação de determinados setores da economia, sem muita certeza sobre a conformação jurídica desses novos entes. A bibliografia existente sobre o direito regulatório e o regime jurídico das Agências, como lembra Floriano de Azevedo Marques Neto, representa esforço doutrinário pós-fato, na medida em que, como já apontado, as mudanças não foram precedidas de discussão, a provocar dúvidas sobre a exata conformação desses entes administrativos que apontam falhas, algumas decorrentes do nosso sistema constitucional.<sup>2</sup> Com efeito, a doutrina majoritária inclina-se pela origem inglesa das agências reguladoras, cujas raízes remontam à criação de órgãos autônomos destinados à efetivar promessas contidas em textos legais, pelo Parlamento, em 1834.<sup>3</sup> Todavia, o instituto floresce no direito dos Estados Unidos da América, a partir de 1887, com a criação da *Interstate Commerce Commission*. Tanto que nos Estados Unidos, o que nós conhecemos como direito administrativo, em verdade, limita-se ao “direito das agências”, exatamente por seu papel significativo na regulação dos serviços de caráter público prestados por entes privados.

Tem-se aqui razão de eventuais conflitos com o sistema constitucional brasileiro, fortemente influenciado pelo direito continental, a implicar na ideia de centralização administrativa hierarquizada.

Ao contrário, no direito norte-americano não se tem exatamente a noção de serviço público como entre nós, na medida em que, de maneira não-vinculada e pragmática, os entes reguladores daquele país privilegiam a prestação descentralizada, informal e de alto desempenho oriunda da iniciativa privada.

---

<sup>1</sup> RIPEPE, Eugênio. **Riforma della Costituzione o assalto alla Costituzione?** Padova: Cedam Casa di Milano, 2000. p. 24.

<sup>2</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 53.

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Agências reguladoras.** São Paulo: Atlas, 2002. p. 22-23.

O sucesso das agências no direito norte-americano, ainda que parcial, tem a ver com aquilo que foi antevisto por Alex de Tocqueville, quando compara a administração pública francesa centralizada com a administração pública desenvolvida em terras norte-americanas, para quem: “[...] a descentralização foi levada a um grau que nenhuma nação européia seria capaz de suportar, penso eu, sem profundo mal-estar [...] os americanos tinham quase inteiramente isolado a administração do governo [...]”<sup>4</sup>

Não obstante tenha-se na Inglaterra o berço das agências reguladoras, entre nós, preferiu-se estabelecer um modelo a partir da experiência norte-americana, conforme aponta Leonardo André Paixão, ao afirmar que:

[...] a doutrina nacional já enfatizou bem a origem das agências reguladoras, lembrando que são oriundas do direito norte-americano. Existem entes semelhantes em outros países, como as Autoridades Administrativas Independentes da França e Itália, mas a inspiração direta do legislador brasileiro foi, sem dúvida, as *agencies* dos Estados Unidos.<sup>5</sup>

Um dos problemas enfrentados pelo Poder Legislativo consiste na adequação do instituto do direito estrangeiro às peculiaridades do sistema normativo interno. Assim, por exemplo, a previsão de medida provisória na ordem constitucional brasileira trouxe uma série de entraves práticos, uma vez que a previsão de competência para a edição de normas legislativas primárias, com força de lei, foi quase que literalmente reproduzida da constituição italiana, cuja conformação é parlamentarista. Desta forma, a sua incorporação sem a devida adaptação revelou-se de difícil compatibilidade prática com o modelo presidencialista aqui adotado.

No âmbito das agências reguladoras, tal dificuldade se reproduz.

De fato, um dos desafios das agências, na origem norte-americana, consiste na chamada “captura”<sup>6</sup>. Esta questão é apresentada por Mariano Carbajales, lembrando Richard Stewart<sup>7</sup>:

[...] desde os anos 60 foi de domínio público que as agências encarregadas de aplicar a legislação reguladora da economia privada eram “capturadas” pelas indústrias que supostamente estavam chamadas a regular. Esta opinião

<sup>4</sup> TOCQUEVILLE, Alex de. **A democracia na América**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 101.

<sup>5</sup> PAIXÃO, Leonardo André. Aspectos jurídico-institucionais do setor elétrico brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia. (Coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 382-383.

<sup>6</sup> A partir deste ponto, a expressão “captura”, será empregada sem aspas, por se tratar de vocábulo que representa o eixo central da dissertação.

<sup>7</sup> STEWART, Richard. The reformation of American Administrative Law. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 88, n. 8, p. 1669, 1682, jun. 1975. (tradução nossa).

se viu logo confirmada pelo fato de que os autos funcionários postos no comando destes entes só estavam a serviço do governo por uns anos para logo emigrar para grandes empresas ou escritórios privados vinculados, precisamente, às empresas que antes regulavam.<sup>8</sup>

O caminho da captura pode ser percorrido em ambos os sentidos, ou seja, executivos de empresas reguladas são “recrutados”<sup>9</sup> para os postos diretivos das agências responsáveis pela regulação das suas atividades econômicas ou, ao término de seus mandatos ou após certo período como servidores públicos nos entes reguladores, transferem-se para as empresas reguladas (por meio de contratações diretas ou via consultorias). A isto, na terminologia inglesa, denomina-se *revolving door*.<sup>10</sup>

A criação de Agências tem a ver com a meta de profissionalização do aparelhamento burocrático estatal, duradouro, competente, protegido contra interferências do poder político, por natureza temporário e sujeito a alternâncias. Daí a lição de Fábio Konder Comparato no sentido de que os órgãos reguladores deveriam ser dotados de “[...] plena autonomia em relação à Administração pública centralizada.”<sup>11</sup>

Várias questões podem ser levantadas no âmbito do Estado regulador, particularmente no que diz respeito às agências. Assim, o seu poder normativo, à luz da tradicional tripartição de poderes e mesmo com o próprio Estado de Direito contemporâneo, fruto do liberalismo, em que o princípio da legalidade tem a ver com a limitação dos poderes de interferência da Administração Pública sobre os direitos do cidadão.<sup>12</sup>

Todavia, este trabalho tem por hipótese a ser enfrentada o estudo do fenômeno da captura dessas agências reguladoras, apresentar suas causas, efeitos e, por fim, propor maneiras de mitigá-lo, sobretudo por meio da participação popular.

O estudo das agências reguladoras e a sua participação no estabelecimento de políticas públicas e sua consecução, bem como a sua eventual sujeição ao fenômeno da captura não se

<sup>8</sup> CARBAJALES, Mariano. **El Estado regulador**: hacia un nuevo modelo de Estado. Buenos Aires: Depalma, 2006. p. 210-211 (tradução nossa).

<sup>9</sup> Note-se que aqui, o termo “recrutado” é utilizado para representar a livre-escolha que o Presidente da República possui para escolher o Diretor Presidente e membros do conselho diretivo das agências reguladoras, na forma do art. 5º da Lei n. 9.986/2000, desde que atendidos os requisitos impostos pela lei (nacionalidade brasileira, reputação ilibada, formação universitária e elevado conhecimento técnico para o cargo que ocupará) e aprovação pelo Senado, que historicamente nunca reprovou uma indicação formulada pelo Poder Executivo.

<sup>10</sup> Esta expressão representa a ideia da “porta giratória”, por meio da qual indivíduos adentram nas agências visando uma futura atuação no setor privado e vice-versa, tudo de modo a atender interesses de empresas reguladas e seus executivos.

<sup>11</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Muda Brasil**: uma Constituição para o desenvolvimento democrático. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 45.

<sup>12</sup> CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 76.

relaciona com a concepção Hegeliana de Estado. Para este, apenas o Estado, como resultado da vontade dos indivíduos, é dotado de poder coercitivo. O que se busca é exatamente o estudo das agências reguladoras como instrumentos de normatização da atividade econômica e da prestação de serviços públicos que não são próprios do Estado e, assim, próprios de um sistema capitalista de produção.

Num primeiro momento, o trabalho cuidará das origens dos entes reguladores, com incursões pontuais no direito norte-americano, para, em seguida, situar o instituto em nosso sistema legal. Neste capítulo será considerado o papel das agências reguladoras na sociedade brasileira, à luz do comando constitucional que reserva a atividade econômica à iniciativa privada, cabendo ao Estado, atuação subsidiária ou complementar.

Assim, impõe-se uma breve reflexão sobre o Estado de bem-estar social, gradativamente substituído pelo Estado neoliberal, sem intervenção, mas com acentuado papel regulatório.

Em outro capítulo, pretende-se examinar a questão da legitimação das agências e o fenômeno da captura como uma das suas mais graves mazelas e uma das causas da chamada “desregulamentação”. Na sequência, almeja-se apontar formas e instrumentos capazes de minimizar as ocorrências de captura, buscando o aprimoramento do direito regulatório.

Finalmente, serão apresentadas algumas conclusões decorrentes da exposição.

A metodologia no desenvolvimento do trabalho levará em consideração a utilização de técnicas de pesquisa bibliográfica e de pesquisa documental.

A primeira técnica servirá para a construção do trabalho, quer no sentido da análise da legislação, quer no que se refere aos quadros teóricos que envolvem o tema. Quanto à pesquisa documental, serão analisados dados existentes em documentos emanados dos órgãos jurisdicionais, de modo a se ter uma visão concreta da jurisprudência sobre o tema.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Tais procedimentos pretendem atender aos requisitos metodológicos apontados por Alda Judith Alves Mazzotti: “É importante esclarecer também que toda pesquisa supõe dois tipos de revisão de literatura: (a) aquela que o pesquisador necessita para seu próprio consumo, isto é, para ter clareza sobre as principais questões teórico-metodológicas pertinentes ao tema escolhido, e (b) aquela que vai, efetivamente, integrar o relatório do estudo.” (ALVES MAZZOTTI, Alda Judith. O método nas ciências sociais. In: \_\_\_\_\_.; GEWANDSZNAJDER, Fernando. **O método nas ciências naturais e sociais**. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1998. p. 179).

## CAPÍTULO 1

### O ESTADO MODERNO E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

#### 1. 1 O Estado moderno

Em Adam Smith temos a primeira sistematização do que conhecemos por liberalismo econômico, pilar de sustentação do Estado Liberal que sucede o mercantilismo e o Estado absolutista. A ideia de Estado Liberal se relaciona com o princípio de ramos de Poder como mecanismos de garantia das liberdades individuais em oposição ao Poder concentrado nas mãos do monarca.

Este modelo estatal propõe a não-intervenção nos assuntos da economia que se regularia pelas leis de mercado, num autêntico *laissez faire laissez passer, le monde va de lui même*.<sup>1</sup>

Max Weber retoma as ideias de Adam Smith, como pioneira manifestação de política econômica racional com alicerce nas parcerias entre empresas capitalistas e Estado, a partir do século XVI. Segundo ele, isto permitiu o aumento da riqueza interna como decorrência da exportação de produtos manufaturados e, simultaneamente, uma forma de controle da importação, tudo isto gerando o que se conhece como balança comercial, sendo esta um instrumento de política econômica.<sup>2</sup>

Todavia, esta riqueza permaneceu fortemente concentrada, uma vez que o Estado Liberal preocupava-se essencialmente em garantir tão somente a ordem jurídica, com a proteção de garantias fundamentais de primeira geração, não se atentando para os problemas sociais agravados com a revolução industrial ocorrida a partir do século XVIII.

Neste sentido:

A riqueza acumulou-se em proporções astronômicas nas mãos de uma minoria privilegiada, enquanto a imensa maioria do povo era escravizada pelo domínio capitalista. O Estado liberal, que tanto empolgara a humanidade sofredora nos idos da revolução francesa, tornara-se, no dizer de Thierry Maulinier, “o reino dos cidadãos teoricamente livres e materialmente escravizados.”<sup>3</sup>

<sup>1</sup> “Deixe fazer, deixe caminhar, o mundo anda por si mesmo” (tradução nossa).

<sup>2</sup> WEBER, Max. **Economia y sociedad esbozo de sociología comprensiva**. México (Ciudad): Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 34.

<sup>3</sup> MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 299-300.

A pressão das massas proletárias, insufladas diante da desigualdade social, fez com que já no início do século XX, o Estado Liberal clássico fosse colocado a termo. A Constituição alemã de Weimar, exarada no ano de 1919, trouxe à luz um Estado atuante e intervencionista, denominado de Estado Social, cujo objetivo, na lição de Sahid Maluf:

[...] era o de restabelecer a harmonia tradicional entre o capital e o trabalho, entre as classes patronais e obreiras. A nova ordem democrática acolhe as cooperativas, os sindicatos, as associações classistas de toda natureza e as instituições de previdência; promove a revisão das leis; cria o ministério do trabalho e demais departamentos; regulamenta o direito de greve; institui a justiça social trabalhista de representação paritária; [...] O Estado intervém, inclusive, nas indústrias essenciais, nacionalizando-as; nas empresas de serviços de interesse coletivo, regulamentando-as ou incorporando-as ao patrimônio público [...].<sup>4</sup>

Dessa maneira buscou-se equilíbrio entre as classes operária e burguesa, servindo o Estado como espécie de instrumento harmonizador das desigualdades sociais. Em outras palavras, mantinha-se a economia de mercado ao passo em que o Estado prestava diretamente serviços de interesse público, visando assim auxiliar com a produção de justiça social.

A evolução do Estado Social trouxe à baila discussões sobre democracia e os limites a serem impostos ao intervencionismo estatal, por meio de uma Constituição.

Daí o surgimento dos Estados de Direito, que Roque Carrazza ensina serem Estados nos quais:

[...] os governantes (tanto quanto os governados) sujeitam-se ao império da lei. Nele o Poder Público [...] pauta sua conduta por regras que, ao outorgarem e garantirem os chamados direitos individuais, apontam os meios que ele poderá empregar, para a consecução de seus fins.<sup>5</sup>

Tais bases influenciaram a formação do Estado brasileiro, que se constitui num Estado Democrático de Direito, expressão esta adequada na visão de José Afonso da Silva, para quem:

[...] o democrático qualifica o Estado, que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica. O Direito, então imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 300.

<sup>5</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 215.

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. p. 105-106.



Em relação à ordem econômica e, em especial, no que se refere à intervenção estatal no campo econômico, há características trazidas do Estado Social e parecem evidentes quando da leitura do texto constitucional.

A Constituição Federal, quando disciplina a ordem econômica, cria um microsistema que disciplina a macro economia, regulando a atuação da iniciativa privada e a iniciativa pública, naquilo que Uadi Lammêgo Bulos denomina “constituição econômica formal”.

O Estado capitalista, cujos alicerces residem na propriedade privada dos meios de produção e tem como fundamento a livre iniciativa, enfrenta dificuldades na distribuição de renda e na disciplina financeira, o que gera resultados perniciosos para a sociedade, em especial, os cidadãos que integram as camadas menos favorecidas.

Deste modo, todos os fundamentos da constituição econômica formal devem ser harmonizados, já que podem mesmo resvalar em paralelismo de princípios, tudo pela preservação da segurança e estabilidade institucionais.<sup>7</sup> O Supremo Tribunal Federal, a propósito, tem decidido nesta esteira:

Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. (STF, ADIn n. 319-QO, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 30.04.1993).<sup>8</sup>

No entanto, o constituinte de 1988 deu nova feição à ideia de interferência estatal, em especial no que se refere à prestação de serviços de natureza pública, ao determinar que ao Estado coubesse o trabalho de coordenação de sua prestação.

Isto seria realizado por meio do processo regulatório, que no sistema legal brasileiro encontra fundamento no artigo 174 da Constituição Federal:

Art. 174 - Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Portanto, o Estado brasileiro, em razão de expresso dispositivo da Magna Carta, deve intervir tanto no setor privado como no público, de modo a incentivar e planejar suas

---

<sup>7</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1490-1491.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 1492.

atividades, conduzindo-as para o atendimento dos ditames previstos no texto constitucional e promovendo, deste modo, a existência digna e a justiça social.

Trata-se de uma visão capitalista permeada por ideais sociais, conforme leciona Fábio Ulhoa Coelho:

A disciplina jurídica da atividade econômica é baseada no Brasil, nos primados característicos da organização neoliberal da economia. A liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho humano são referidas [...] como os fundamentos da ordem econômica, e nos desdobramentos do dispositivo, convivem os princípios da livre concorrência e da propriedade privada lado a lado com a de defesa do consumidor e do meio ambiente e o da função social da propriedade. Além disso, é prevista, também, a repressão legal ao abuso do poder econômico praticado com vistas ao domínio de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário de lucros.<sup>9</sup>

Anota Itamar de Carvalho Júnior que esta visão socioeconômica tem sua raiz no pensamento de Friedrich A. Hayek, para quem: “[...] é possível atingir os ideais de justiça social, maior igualdade e segurança, que são os fins últimos do socialismo, por meio do sistema capitalista.”<sup>10</sup>

Contudo, os objetivos traçados pelo constituinte e almejados pelo povo brasileiro não foram devidamente alcançados, sobretudo no que se refere à qualidade dos serviços públicos.

O Estado intervencionista na prestação de tais serviços mostrou-se pouco eficiente, conforme anotou Belmiro Valverde Jobim Castor:

Há poucas dúvidas (se é que existe alguma) de que o modelo de administração pública, da forma como foi concebido e implantado no Brasil a partir de 1930 entrou em absoluto e definitivo colapso nos últimos anos. O aparelho público degradou-se em todas as áreas de atuação direta e indireta do Estado [...].

Um extenso rol de fatores está associado a esse colapso. É impossível estabelecer com exatidão relação de causalidade, pois no mais das vezes produziu-se um efeito circular em que a causa e consequência se confundem. No entanto é indiscutível a importância de alguns elementos no processo de deterioração do setor público em nosso país [...].

Em primeiro lugar, *o modelo do Estado-condutor do processo econômico e social se esgotou*. Como é bem sabido, o modelo de administração pública implantado no Brasil [...] era caracterizado por uma forte presença do Estado na vida do país [...].<sup>11</sup>

<sup>9</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 3.

<sup>10</sup> CARVALHO JÚNIOR, Itamar de. Constituição Federal de 1988: liberdade, regulação e concorrência. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Org.) **Desafios atuais da regulação econômica e concorrência**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 128.

<sup>11</sup> CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. Fundamentos para um novo modelo do setor público no Brasil. In: LOPES, Ernani Rodrigues et al. (Col.). **A reengenharia do Estado brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 146-147 (grifo do autor).

Por esta razão, teve início na década de 90, uma verdadeira “reengenharia” do Estado brasileiro visando a sua modernização. Na lição de Hamilton Dias de Souza:

O que ambiciosamente se pretende é repensar por completo o Estado Brasileiro. [...]

Ser, não o produtor de bens e serviços, mas fator de viabilização daqueles que produzem bens e serviços. [...] Importante é que se aplique ao Estado o princípio da subsidiariedade, isto é, só deve atuar quando a empresa privada livremente não possa fazê-lo.

Mas não é só. Num país continente, como o Brasil, onde são grandes os desafios, onde há carência de serviços públicos e falta de recursos compatíveis para prestá-los [...] É nesse sentido que devem o objeto de nossa reflexão considerações sobre o papel da iniciativa privada no campo social em geral, bem como importante coadjuvante, até mesmo na prestação de serviços que tenham as características da continuidade, impessoalidade, moralidade e igualdade que caracterizam o serviço público.

Nesse sentido, tanto em uma quanto em outra atividade, com certeza pode o Estado delegar à iniciativa privada a execução de tarefas variadas. Não me refiro à transferência de funções, mas à delegação balizada, onde o Estado pode, como em muitas vezes deve, manter a fiscalização sobre as atividades desempenhadas pelo setor privado.<sup>12</sup>

A ideia foi concentrar no Estado apenas as tarefas intrínsecas à própria atividade estatal, transferindo as demais para a iniciativa privada com o intuito de assim obter-se ganhos de qualidade e eficiência.

Buscou-se à época, adotar no Brasil a figura do Estado moderno que, segundo Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, é aquele que:

[...] apresenta como traço característico a concentração do poder de coordenar e conduzir a sociedade, que se traduz num poder dentro de uma perspectiva governativa. Em outras palavras, ressaltamos uma das características que conforma o Estado Moderno, qual seja, a existência de “uma autoridade com poder sobre todas as pessoas e sobre a maioria das ações que aconteçam na área de sua jurisdição.”<sup>13</sup>

Deu-se início, portanto, ao processo de privatizações e concessões dos serviços públicos, até então prestados pela Administração. Paralelo a isto, permaneceu com o Estado o dever de regular a prestação destes serviços pela iniciativa privada, por intermédio das agências reguladoras, que teriam a atribuição de fiscalizar, além de estabelecer metas para os setores regulados.

<sup>12</sup> SOUZA, Hamilton Dias de. Abertura do seminário reengenharia do Estado brasileiro. In: LOPES, Ernani Rodrigues et al. (Col.). **A reengenharia do Estado brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 9-11.

<sup>13</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 29.

## 1.2 O princípio da eficiência

Toda reestruturação da função do Estado, ocorrida ao longo da década de 90, com a instituição de novo marco jurídico-regulatório teve por objetivo final, melhorar o grau de qualidade dos serviços públicos até então prestados pela Administração Pública.

A adoção do modelo regulatório por meio de agências teve por objetivo imprimir maior eficiência aos serviços que, transferidos à iniciativa privada, em tese, seriam prestados melhor, a menor preço.

Segundo se pensava à época, uma das razões da má qualidade dos serviços públicos e seu preço elevado derivava das falhas de gestão inerentes à Administração Pública, lenta para tomar decisões, com insuficiência de caixa para realizar os investimentos necessários, atrasada tecnologicamente, em função do pouco investimento em pesquisa de novas tecnologias, tradicionalmente presa a rituais burocráticos, além da carência de quadros qualificados para o bom desempenho de suas funções.

Em razão disto, optou-se pela transferência dos serviços públicos para a iniciativa privada sem, contudo, perder de vista a necessidade de instância de controle não só da sua qualidade e adequada contraprestação pecuniária, garantidos os direitos do usuário.

Tais atribuições estariam enfeixadas no rol de responsabilidades dos entes reguladores, um dos quais expressamente previsto na norma constitucional decorrente da emenda n. 9, de 09 de novembro de 1995, que alterou o parágrafo 1º do artigo 177.

A preocupação do legislador leva em conta que o princípio da eficiência<sup>14</sup>, como norteador da atividade administrativa, deve ser visto à luz dos planos de efeitos das normas jurídicas.

É que a norma jurídica, antes de realmente valer para a sociedade, passa por alguns estágios de verificação de sua conformidade com o ordenamento, para que possa gozar de todos os elementos necessários para sua implementação.

A doutrina<sup>15</sup> divide tais planos em existência, validade, eficácia e efetividade. São eles:

- 1) Existência: para que a norma jurídica exista, ela precisa ser validamente aprovada pelo órgão constitucionalmente estabelecido para tanto, de acordo com o trâmite estabelecido. Passa a norma a existir com sua

<sup>14</sup> Sobre o princípio da eficiência, Cf. PEREZ, Caio Frederico Fonseca Martinez. **Princípio constitucional da eficiência, efetividade da tutela jurisdicional e responsabilidade do Estado-juiz**. 2011. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011.

<sup>15</sup> Evidentemente que não há homogeneidade nos conceitos aqui apresentados. A finalidade didática, porém, não é afetada pelas eventuais diferenças, por vezes apenas semânticas.

- sanção (conversão do projeto de lei em lei de fato) e promulgação (ato do chefe do executivo que dá autenticidade à lei).<sup>16</sup>
- 2) Validade: recai sobre a legitimidade formal e material da norma. Seu conteúdo deve estar de acordo com o procedimento previsto anteriormente pela norma superior que lhe dá fundamento (validade formal), não podendo entrar em choque com as determinações ali dispostas, isto é, a matéria sobre a qual fala não pode ir de encontro ao que já estabelecido em outro sentido naquela norma que lhe é superior (validade material).<sup>17</sup>
  - 3) Eficácia: Traduz-se na “potencialidade da norma de produzir efeitos concretos, ou seja, o poder da norma de irradiar efeitos jurídicos concretos, de forma a ser um plano abstrato e geral”.<sup>18</sup> Também diz respeito ao lapso temporal entre a entrada em vigor e a revogação da norma. Pelo mesmo conceito é que se estudam os efeitos de ultra e retroatividade normativos – o primeiro, quando a norma faz incidir seus efeitos sobre situação ocorrida fora da sua vigência; e o segundo, quando incidir sobre situação pretérita, anterior à vigência da norma.<sup>19</sup>
  - 4) Efetividade: também chamada de eficácia social, ocorre com a incidência de fato daquela previsão legal. Neste caso, a norma não apenas regulamenta o *dever-ser*, mas materializa-se no mundo do *ser*. É a nomeação do “fenômeno social de obediência às normas jurídicas”.<sup>20</sup>

No plano de validade das normas, a divisão proposta tem por objetivo situar os fenômenos etimologicamente próximos de efetividade, eficácia e eficiência.

A efetividade seria, portanto, a capacidade de se alcançar resultados pretendidos, enquanto a eficiência diz respeito à habilidade adequada para se alcançar aqueles resultados de forma econômica. Finalmente, a eficácia traduz a ideia de se atingir metas previamente determinadas.

Neste sentido, leciona José dos Santos Carvalho Filho<sup>21</sup>:

A eficiência não se confunde com a eficácia nem com a efetividade. A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade é voltada para os resultados obtidos com as ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos. O desejável é que tais qualificações caminhem simultaneamente, mas é possível admitir que haja condutas administrativas produzidas com eficiência, embora não tenham eficácia ou efetividade. De outro prisma,

<sup>16</sup> DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 44.

<sup>17</sup> KÜMPEL, Vitor Frederico. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Método, 2007. p. 111.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Ibid. Ressalva-se que o referido autor entende que os fenômenos de *vigência* e *vigor* estariam inseridos na *efetividade* da norma, entendimento este do qual respeitosamente se discorda.

<sup>20</sup> NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 73. (grifo do autor).

<sup>21</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 34.

pode a conduta não ser muito eficiente, mas, em face da eficácia dos meios, acabar por ser dotada de efetividade. Até mesmo é possível admitir que condutas eficientes e eficazes acabem por não alcançar os resultados desejados; em consequência, serão despidas de efetividade.

Com a Emenda Constitucional de n. 19, de 1998, a eficiência tornou-se princípio expresso da Administração Pública, conforme a redação do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988<sup>22</sup>, sendo conceituada como “[...] a obrigação [da Administração Pública] de realizar suas atribuições com *rapidez, perfeição e rendimento*”<sup>23</sup>, ou, conforme Alexandre de Moraes<sup>24</sup>, um princípio:

[...] que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir maior rentabilidade social.

Por isso, a atuação do administrador – e nisto incluem-se os entes reguladores -, deve aplicar a melhor técnica para alcançar os fins esperados numa adequada sinergia entre custo e benefício. Portanto:

Todas essas tendências atuam no sentido de despojar-se a Administração Pública de certas características burocráticas pesadas, assumidas nos países de tradição jurídica continental europeia, na linha do Direito Administrativo gerado pela Revolução Francesa, e, de certa forma, entre nós, agravadas e desvirtuadas pela herança ibérica colonial de cunho paternalista, patrimonialista e centralizador.<sup>25</sup>

O Código de Defesa do Consumidor prevê a “[...] adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral” (art. 6º, X), o que coloca o serviço público no mesmo patamar dos serviços prestados pela iniciativa privada no tocante ao seu desempenho. Pode-se exigir das empresas prestadoras de serviços públicos, sob a supervisão e controle das agências, com fundamento na legislação consumerista, o melhor desempenho das suas funções, de modo a atender satisfatoriamente os interesses do usuário cidadão.

<sup>22</sup> Art. 37 - “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]”

<sup>23</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 22. (grifo do autor).

<sup>24</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 108.

<sup>25</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 119.

O princípio da eficiência não deve ser analisado isoladamente, mas sim em conjunto com os demais princípios, de modo a que se tenha a otimização de resultados, tal como preleciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>26</sup>: “A eficiência é o princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.”

Márcio Pestana registra a importância da gestão com ênfase nos resultados, a partir de metas em busca da administração ótima, “[...] assegurando-se excelência na qualidade dos serviços a serem prestados aos indivíduos e à coletividade, tudo de acordo com o menor custo possível.”<sup>27</sup>

E não poderia ser de outro modo, pois como pontifica Roberto Dromi, a sociedade “[...] aspira à eficácia da organização administrativa.”<sup>28</sup>

A busca pela maior eficácia é da própria essência do próprio Estado moderno:

O Direito Público do Estado contemporâneo visa satisfazer determinadas necessidades sociais, sendo vinculado ao atendimento eficiente dos fins sociais e fáticos aos quais se destina.

A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos.<sup>29</sup>

As agências reguladoras incorporam-se ao direito positivo exatamente para cumprir essa obrigação constitucional de eficiência no âmbito dos serviços de interesse público transferidos à iniciativa privada.

<sup>26</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 83.

<sup>27</sup> PESTANA, Márcio. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 236.

<sup>28</sup> DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 9. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001. p. 41.

<sup>29</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 236, p. 1, jul./set. 2004.

## CAPÍTULO 2

### AGÊNCIAS REGULADORAS E SEU PAPEL NA SOCIEDADE

#### 2.1 Agências reguladoras: noções históricas e conceito

Na segunda metade do século XIX os Estados Unidos da América receberam levas de imigrantes e houve um sensível aumento da sua população. O momento histórico coincide com os movimentos de colonização do oeste norte-americano, a partir da descoberta de ouro no Estado da Califórnia. É o mesmo período de ampliação do território, com a conquista de parcelas significativas até então pertencentes ao México.

Verificou-se o fortalecimento do mercado e o florescimento do parque industrial localizado na costa leste do território norte-americano.

A ampliação da malha ferroviária, acompanhando os movimentos migratórios e o estabelecimento de novas áreas de ocupação, trouxe igualmente problemas sérios, notadamente porque as ferrovias representavam então o núcleo mais poderoso da economia norte-americana e delas dependia em larga medida, o comércio entre as comunidades existentes nas costas leste e oeste daquele país.

Como a expansão das ferrovias era realizada por meio de empresas particulares, disso decorreu o fenômeno da cartelização com eventuais abusos na fixação de preços e nas condições dos serviços prestados. Daí a criação, em 1887 da primeira agência destinada a regular o serviço público de transporte, a *Interstate Commerce Commission* (ICC), embora sejam encontradas “comissões” com atribuições regulatórias anteriormente, a exemplo da comissão de Massachusetts, de 1869, criada para combater abusos das companhias ferroviárias, que por meio de técnicas contábeis maquiavam seus balanços visando a contornar normas legais que limitavam seus lucros anuais.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> “Em 1867, duas das principais companhias ferroviárias do estado de Massachusetts (EUA) se fundiram. Por um truque contábil, o valor das ações da nova empresa resultou superior à soma dos capitais das duas empresas originais. O truque – conhecido na época como *stock watering* (diluição de ações) – visava burlar uma lei que limitava o ganho das ferrovias em 10% ao ano. Se o percentual de lucro não podia ultrapassar um teto, o lucro real em dólares poderia ser ilimitado, desde que se inflasse artificialmente a base sobre a qual se aplicava o percentual. Os legisladores perceberam a jogada e agiram no sentido de coibi-la. Só que de forma errada, como em geral ocorre quando um tema novo e complexo é resolvido pelos dotados apenas de “senso comum”. Eles criaram incentivos para o surgimento de novas empresas. Imaginavam que, com a competição, o preço das passagens de trens cairia. Não foi o que ocorreu porque cada empresa teve que fracionar os custos fixos – trilhos, locomotivas e vagões – por um número menor de passageiros e volume menor de cargas. Resultado: as passagens ficaram mais caras. [...] Dois anos depois, em 1869, criou-se a comissão de Massachusetts, exatamente para dotar o Poder Público desta capacidade regulatória.” (KELMAN, Jerson. **Desafios do regulador**. Rio de Janeiro: Synergia, 2009. p. 3-4.



Além das comissões mencionadas, historicamente é possível identificar-se entes reguladores mais remotos, vindos do direito anglo-saxão, antes mesmo das *public utilities* norte-americanas. Assim:

[...] foi somente em 1820 que o Congresso dos Estados Unidos da América outorgou à cidade de Washington o direito de regular o preço do pão, do serviço de limpeza de chaminé e de amarra nos cais. A cidade Rhode Island criou, em 1839, uma comissão reguladora, no que foi seguida por New Hampshire (1844) e Connecticut (1853). Tais comissões tinham caráter acessório e de investigação dos fatos, com jurisdição limitada às indústrias de construção de estadas de ferro, implementando os níveis de segurança, porém, sem controle sobre as tarifas. As primeiras agências reguladoras estaduais se estabeleceram logo após [...] Do período que vai de 1871 a 1874, Illinois, Iowa, Minnesota e Wisconsin estabeleceram comissões com autoridade de fixar tarifas máximas, para prevenir discriminações e evitar a união entre empresas concorrentes nas estadas de ferro.<sup>2</sup>

O liberalismo econômico praticado no hemisfério norte permitiu o desenvolvimento da indústria e o florescimento da economia, desde a revolução industrial de meados do século XIX, levando a uma concentração do poder econômico e conseqüente agravamento da desigualdade social. Os instrumentos liberais protetivos da liberdade e da igualdade, embora proclamados expressamente nos textos fundamentais, com destaque na Constituição Norte-Americana e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, revelaram-se insuficientes para a superação dessa desigualdade.

Esta nova realidade, sobretudo a partir do início do século XX, provocou uma reação concretizada numa maior intervenção estatal, de modo a alavancar o acesso dos desprotegidos aos bens que a riqueza nacional proporcionava.

O *crack* da bolsa de Nova Iorque, em 1929 foi um marco determinante da maior presença do Estado como indutor da economia, por meio de mecanismos intervencionistas que se revelam plenamente no *New Deal* proposto por Roosevelt e os seus desdobramentos e influência na comunidade internacional. Surge o chamado Estado Social cujo papel fundamental é a prestação direta ou indireta de serviços públicos considerados essenciais, aqui pelas empresas estatais.

Esta preponderância do Estado como agente econômico e a previsão constitucional de matéria econômica, tal como posto na Constituição alemã de Weimar (1919) e na Constituição Mexicana (1917), foram reproduzidas em outros países, inclusive no Brasil.

---

<sup>2</sup> OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. **A defesa dos usuários de serviços públicos concedidos no Brasil**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. p. 108-109.

O agigantamento do Estado e a sua excessiva participação em todos os setores sociais acabaram por arranhar garantias individuais, a exigir uma reflexão sobre o novo papel do Estado, que deixa de ser protagonista na ordem econômica para assumir postura subsidiária.

Assim, a atividade econômica passa a ser responsabilidade do setor privado e apenas de forma complementar, intervém o Estado. O interesse público primário é buscado por meio de mecanismos de regulação econômica, de modo a permitir a implementação de direitos e garantias fundamentais, compatíveis com o princípio fundamental da liberdade.

É o momento do neoliberalismo e do fenômeno da privatização, a originar as agências reguladoras, cujo papel fundamental é cuidar da atuação das empresas prestadoras de serviço público, notadamente por meio de concessões.

Todavia, a experiência prática demonstrou a existência de desvios nesta forma de prestação de serviços. Por isto, a ocorrência de abusos por parte do prestador de serviços justifica a existência de entes reguladores, como já lecionou José Carlos de Oliveira ao mencionar que:

Cada um dos serviços públicos (energia elétrica, telefonia, combustíveis, ferrovias e rodovias, gás, saneamento básico, coleta de resíduos sólidos, transporte coletivo, e outros...) será individualmente regulamentado pelo Legislativo, de forma que a concessionária tenha uma linha mestra para atuar e que esta regulamentação sirva também de parâmetro para avaliar o grau de eficiência e do atendimento aos objetivos da gestão privada em serviços de interesse coletivo.<sup>3</sup>

Prossegue o autor evocando lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Melo ao indicar, para além da abusividade da conduta do prestador do serviço, a necessidade da existência de entes reguladores não suscetíveis de serem capturados.<sup>4</sup>

Na década de 1990, o Brasil atravessou momento ideológico no qual buscou-se implementar a figura do Estado “contemporâneo”, que, segundo Márcio Iorio Aranha é aquele no qual há:

---

<sup>3</sup> OLIVEIRA, José Carlos de. **Concessões e permissões de serviços públicos**. Bauru: Edipro, 1996. p. 133.

<sup>4</sup> Neste sentido: “[...] o serviço exercido por concessão, em regra, tem seu fim deturpado pelo concessionário, o qual procura satisfazer quase que exclusivamente as suas ambições gananciosas, em detrimento do bem estar coletivo – razão de ser do serviço. Demais, a fiscalização do Poder Público, contra abusos dos concessionários, é muito difícil e dispendiosa, pois estes procuram estabelecer o máximo de transtornos à ação do Poder Público, procurando, por todos os meios, fugir à sua interferência controladora.” (RF 1941, v. 87/13-26 apud OLIVEIRA, J. C., op. cit., p. 134).

[...] menor intervencionismo direto e maior intervencionismo indireto, ou, em outras palavras, regulação operacional descentralizada e regulação normativa centralizada e qualificada pela delegação de poderes ao ente regulador, separando-se as figuras do *controlador* e do *prestador*.<sup>5</sup>

Houve, deste modo, um afastamento das posturas clássicas de Estado, representadas pelo Estado mínimo, de viés ideológico liberal, bem como do Estado provedor, o qual se revela por meio do intervencionismo direto da Administração Pública na prestação de serviços públicos.

Tal posicionamento objetivou estabelecer o novo paradigma do Estado regulador, eliminando seu “papel de empresário”<sup>6</sup>. Assim, o processo de privatização ocorrido ao longo da década de 90 retirou do Estado brasileiro as tarefas executórias para substituí-las pelas tarefas reguladoras, isto é, fiscalizadoras, no sentido de se impor ao ente privado concessionário o dever de proporcionar serviços públicos dentro de limites normativos pré-estabelecidos em consonância com o texto constitucional.<sup>7</sup>

A mudança se relaciona com a postura neoliberal bem sintetizada no que se convencionou chamar de “terceira via”, de origem inglesa<sup>8</sup>.

Cabe lembrar a lição de Diógenes Gasparini, para quem:

Com a implementação da política que transfere para o setor particular a execução dos serviços públicos e reserva para a Administração Pública a regulamentação, o controle e a fiscalização da prestação desses serviços aos usuários e a ela própria, o Governo Federal, dito por ele mesmo, teve a necessidade de criar entidades para promover, com eficiência, essa regulamentação, controle e fiscalização, pois não dispunha de condições para enfrentar a atuação dessas parcerias. Tais entidades, criadas com essa finalidade e poder são as agências reguladoras.<sup>9</sup>

Apesar do florescimento desses entes a partir dos anos 90, ainda que sob denominações diversas o Brasil já contava em sua história com autarquias criadas para a regulação da produção e do comércio de determinados bens. Assim, o Comissariado de Alimentação Pública, criado em 1918, o Instituto de Defesa Permanente do Café, de 1923, o

<sup>5</sup> ARANHA, Márcio Iorio. Agências: sua introdução no modelo jurídico-administrativo brasileiro. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). **O novo direito administrativo brasileiro: Estados, as agências e o terceiro setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 169-170. (grifo do autor).

<sup>6</sup> BRASIL. Ministério das Comunicações. **Diretrizes gerais para a abertura do mercado de telecomunicações: sumário executivo**. Brasília, DF, 1997. Disponível em: <<http://telecomunicacoes.ifhc.org.br/acervo/index.php?module=xml&event=download&id=64>>. Acesso em: 30 dez. 2012.

<sup>7</sup> Cf. 21, XI, *in fine*, c.c. art. 177, §2º, III da Magna Carta.

<sup>8</sup> “A terceira via é a favor de crescimento, empreendedorismo e criação de riquezas, mas é também a favor de maior justiça social e acredita no Estado mais atuante para a consecução de tal finalidade.” (UK Politics What is the third way? **BBC News**, London, sep. 1999. Disponível em: <[http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/politics/458626.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/458626.stm)>. Acesso em: 31 out. 2010).

<sup>9</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 344-345.

Instituto de Açúcar e do Alcool (1933), o Instituto Nacional do Sal (1940), o Conselho Monetário Nacional e a Comissão de Valores Mobiliários.<sup>10</sup>

Mais recentemente, destaque-se o papel regulador do Banco Central do Brasil, como agente garantidor da estabilidade da moeda e da higidez do sistema financeiro nacional, ao lado do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), cuja missão regulatória consiste em zelar pela preservação da ordem econômica, funcionando como autêntico Tribunal de defesa da livre-concorrência como princípio basilar da economia de mercado.

Não obstante a existência desses exemplos de entes de regulação no sistema normativo, o novo perfil do Estado brasileiro, acompanhando tendência mundial na época, recomendou a adoção de novos mecanismos, em especial no âmbito do direito econômico, particularmente na área regulatória.

A reforma do Estado brasileiro e a adoção de instrumentos gerenciais estava vinculada ao processo de privatização, que naquele momento era orientado por Luis Carlos Bresser Pereira, então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, confessadamente influenciado pela experiência do Reino Unido. Segundo ele:

As idéias da Reforma Gerencial de 1995 começaram a ser formuladas logo em seguida ao convite que recebi do Presidente Fernando Henrique Cardoso, em dezembro de 1994 [...].

Eu já tinha algumas ideias a respeito, já que orientara alunos e presidira a comissão que reformulou a pós-graduação em administração pública na Fundação Getúlio Vargas – São Paulo. Conhecia muito bem a administração pública burocrática, conhecia a teoria e a prática da administração de empresas, e tinha uma ideia da administração que chamaria um pouco adiante de ‘gerencial’ [...] Mas precisava conhecer muito mais a respeito das novas ideias. E foi o que fiz, viajando para a Inglaterra logo no início do governo e começando a tomar conhecimento da bibliografia que recentemente havia se desenvolvido, principalmente naquele país, a respeito do assunto.

O resultado foi elaborar, ainda no primeiro semestre de 1995, o *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado* e a emenda constitucional da reforma administrativa, tomando como base as experiências recentes em países da OCDE, principalmente o Reino Unido [...] novas ideias estavam em plena formação, as novas práticas administrativas, em processo de implantação. O Brasil tinha a oportunidade de participar desse grande movimento de reforma, e constituir-se no primeiro país em desenvolvimento a fazê-lo.

Minha estratégia principal era a de atacar a administração pública burocrática, ao mesmo tempo que defendia as carreiras de Estado e o fortalecimento da capacidade gerencial do Estado.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 466-467.

<sup>11</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma gerencial do Estado de 1995**. mar. 2000. Disponível em: <[http://www.bresserpereira.org.br/listar\\_.asp?cat=13](http://www.bresserpereira.org.br/listar_.asp?cat=13)>. Acesso em: 21 maio 2012. p. 4-5. (grifo do autor).

Não obstante a influência teórica tenha sido inglesa, é pacífico na doutrina que as agências reguladoras, no Brasil, tiveram como fonte de inspiração os entes norte-americanos, ao menos sob certos aspectos, conforme menciona Ary Casagrande Filho:

O modelo agência reguladora aplicado no Brasil é baseado em certos aspectos, no modelo norte-americano. Preservam um certo grau de independência em relação ao Poder Executivo, como forma de torná-las isentas de pressões políticas, na medida em que contam com um certo grau de autonomia, inclusive financeira, pois são dotadas de verbas próprias. Suas decisões são tomadas por um órgão colegiado e seus diretores possuem mandato fixo.<sup>12</sup>

Importante, ainda, destacar a afirmação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no sentido de que:

Enquanto no sistema europeu-continental, em que se inspirou o direito brasileiro, a Administração Pública tem uma organização complexa, que compreende uma série de órgãos que integram a Administração Direta e entidades que compõem a Administração Indireta, nos Estados Unidos toda a organização administrativa se resume em agências (vocábulo sinônimo de ente administrativo, em nosso direito), a tal ponto que se afirma que “o direito administrativo norte-americano é o direito das agências. [...]”

Deste modo:

Com o desenvolvimento dos programas de desestatização e com as novas parcerias entre o setor público e o privado, verificamos que “o importante não é chegar-se a um Estado grande, pequeno ou médio, mas a um Estado suficiente”, em que se privilegiem a participação da sociedade, a transparência, a racionalidade e a legitimidade, para que todos tenham benefícios com a melhoria dos serviços e dos bens ofertados no mercado, ou seja, o Estado a serviço da sociedade.<sup>13</sup>

Ressalta-se que os programas de transferência da prestação de serviços de interesse públicos a entes privados por meio, sobretudo, do instituto da concessão, objetivava a implementar maior qualidade, rapidez, eficiência e racionalização de custos – o que em teoria possibilitaria a cobrança de tarifas a preços razoáveis – em tais serviços, uma vez que a experiência estatal não foi considerada exitosa: “A gestão privada de serviço público, mediante concessão ou permissão, tem a sua razão de ser, e dentre algumas, podemos citar a ineficiência gerencial do setor público e a dificuldade de novos investimentos por parte do Estado.”<sup>14</sup>

<sup>12</sup> CASAGRANDE FILHO, Ary. **Estado regulador e controle judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 93.

<sup>13</sup> MENEZELLO, Maria D’Assunção Costa. **Agências reguladoras e o direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 51.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, José Carlos de. **Concessões e permissões de serviços públicos**. Bauru: Edipro, 1996. p. 38.

No entanto, transferir a responsabilidade pela prestação de serviços de interesse público, sem a concomitante instituição de órgão autônomo e independente hábil a regular e fiscalizar as empresas privadas vencedoras do certame licitatório, certamente reproduziria os resultados desastrosos de outrora:

Abalizado nos fatos históricos [...] assinala-se como um dos principais responsáveis pela estagnação dos serviços concedidos, a falta de um órgão autônomo, fiscalizador e regulador, imune às ingerências políticas e dotado de responsabilidade para a defesa dos interesses dos usuários e do patrimônio público.<sup>15</sup>

Por isto o legislador pátrio, no rematar do último século produziu a reforma da Administração Pública, que Dinorá Adelaide Musetti Grotti denominou de “[...] transformação nas concepções dominantes quanto ao papel do Estado.”<sup>16</sup> Para ela:

Esta nova visão [do Estado] adota a descentralização como estratégia; impõe redução das suas dimensões, envolvendo as questões de privatização, terceirização e publicização; a recuperação da sua capacidade financeira e administrativa; a necessidade de fortalecimento de sua função reguladora, fiscalizadora e fomentadora; e o desmonte do Estado prestador, produtor, interventor e protecionista [...].<sup>17</sup>

E, para se atingir os objetivos traçados, os quais guardam semelhança com os mesmos objetivos de outros países, o legislador houve por bem redimensionar a atuação da Administração Pública, de maneira a definir novos parâmetros que a possibilitassem agir como agente normativo e regulador da atividade econômica por meio da instituição de agências reguladoras.<sup>18</sup>

Embora não se tenha em nosso ordenamento conceito legal de agência, Marçal Justen Filho a define como:

[...] autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta.<sup>19</sup>

Para Leila Cuéllar, apontando a confusão quanto ao real significado, que decorre das diversas acepções que podem ser assumidas pelo vocábulo “agência”, elas destinam-se, para a

<sup>15</sup> OLIVEIRA, José Carlos de. **Concessões e permissões de serviços públicos**. Bauru: Edipro, 1996. p. 23.

<sup>16</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 22, p. 29, nov./dez. 2003.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Ibid., p. 30.

<sup>19</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 344.

administrativista “[...] precipuamente a regular serviços públicos cuja execução passou a ser prestada por particulares”, com o acréscimo de ser “[...] imperioso reiterar que a função desempenhada por agências reguladoras pode ter por objeto outras atividades econômicas”, tal como se dá nos Estados Unidos da América e na França. Mesmo assim, para ela, agência reguladora seria pessoa jurídica de direito público: “[...] com estrutura formal autárquica e competência para regulamentar, contratar, fiscalizar, aplicar sanções e atender aos reclamos dos usuários/consumidores de determinado serviço público ou atividade econômica.”<sup>20</sup>

Neste cenário, o conceito de regulação no Brasil tem o alcance peculiar concedido pela amplitude de seu conteúdo, conforme aponta Calixto Salomão Filho:

[...] a acepção que se pretende atribuir ao termo “regulação”, a fim de estudar as concepções a seu respeito que têm influenciado o sistema brasileiro, é bastante e propositadamente ampla. Engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício de poder de polícia. A concepção ampla justifica-se pelas mesmas razões invocadas acima. Na verdade, o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quanto concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua utilização – impondo preços, quantidade produzida etc. – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativa. É, assim, incorreto formular uma teoria que não analise ou abarque ambas as formas de regulação.<sup>21</sup>

Portanto, para se otimizar o funcionamento do mercado, objetivando a supressão de suas falhas, sem perder de vista a consecução do interesse público, é que o Estado moderno utiliza a regulação por meio das agências, o que não significa extinguir os monopólios naturais<sup>22</sup>, que “[...] devem ser exercidos visando ao bem estar comum”.<sup>23</sup>

A regulação por meio de entes independentes como as agências pode ser vista como instrumento de correção de fatores assimétricos, de modo a preservar as relações econômicas ou, na visão do constituinte brasileiro, ser instrumento de concretização de interesses da

<sup>20</sup> CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 77.

<sup>21</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 21.

<sup>22</sup> Jerson Kelman explica o conceito de “monopólio natural” da seguinte maneira: “Do ponto de vista econômico, seria irracional permitir que numa mesma rua competissem diversas empresas, cada uma instalando e operando a sua própria rede de tubulações. A confusão seria grande e a tarifa alta, por conta da perda de economia de escala. Raciocínio similar se aplica aos serviços de distribuição de gás e de energia elétrica, bem como à captação de esgoto e à telefonia fixa. Todos “naturalmente” melhor prestados na forma de monopólio. Vem daí a expressão “monopólio estatal”. KELMAN, Jerson. **Desafios do regulador**. Rio de Janeiro: Synergia, 2009. p. 4.

<sup>23</sup> Ibid.

sociedade que dificilmente seriam alcançados apenas pelas regras do mercado livre ou dos interesses econômicos de grupos privados.<sup>24</sup>

O aumento arbitrário dos lucros, por exemplo, representa uma falha típica de mercado a ser corrigida pelo ente regulador, conforme diz Mariano Carbajales:

Em situações de monopólio, o mercado “falha” porque a concorrência é deficiente. Desde a perspectiva do interesse público, o problema encontra-se no fato de que a empresa monopolista maximiza seus ganhos restringindo a oferta e estabelecendo um preço acima de seu custo marginal, de modo que os consumidores pagam por uma unidade adicional mais do que se custa produzi-la.<sup>25</sup>

O mencionado autor continua sua exposição, afirmando que o ente regulador existe justamente para combater disparates existentes no mercado:

Em linhas gerais, diremos que o que justifica a regulação econômica são as chamadas “falhas de mercado” (monopólios, externalidades, bens públicos e outros) ou, em alguns casos, a “ausência de mercado” (a defesa nacional, as políticas distributivas, as prestações sociais, etc.) Existe uma falha de mercado quando se produz uma alocação de recursos ineficiente.<sup>26</sup>

Esta alocação de recursos, quando ineficiente, dá ensejo à prática de preços abusivos e serviços mal prestados, mas, sobretudo, impede a ocorrência da universalização dos serviços públicos. Disto, resulta um dos aspectos – talvez – mais importantes de atuação dos entes reguladores.

A ideia de universalizar serviços públicos traz implícito o compromisso de redistribuição do qual o Estado atual deve imbuir-se para que consiga atender suas funções de modo satisfatório e, certamente, constitui outra razão de existir das agências:

Parece haver consenso no sentido de que o Estado, como mero gestor distante e abstrato, não cumpre a contento suas funções. Isso não significa que é necessário diminuir sua presença ou destituí-lo de sua função. Implica atribuir outra função, talvez até mais onerosa. Em vez apenas de gestão abstrata e macroeconômica da sociedade, cumpre-lhe também fazer algo que o particular e o mercado jamais farão: incumbe-lhe *redistribuir*. É na redistribuição que deve ser identificada a grande função do novo Estado. Trata-se, portanto, de um Estado que deve basear a sua gestão (inclusive no campo econômico) em valores e não em objetivos econômicos.

<sup>24</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 16-18.

<sup>25</sup> CARBAJALES, Mariano. **El Estado regulador: hacia un nuevo modelo de Estado**. Buenos Aires: Depalma, 2006. p. 114-115.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 112-113.



Ocorre que [...] *redistribuir* está longe de ser tarefa exclusiva do direito tributário, como se acreditava nas antigas concepções de Estado (e ainda em grande parte se acredita). A função redistributiva deste ramo do Direito estará sempre presente, especialmente para suprir as necessidades daqueles setores geradores de externalidades sociais (saúde, educação etc.), cuja responsabilidade sempre deve ser estatal. [...] O objetivo redistributivo é, então, também uma forma de dar eficiência ao Estado.

Ocorre que esse tipo de redistribuição só pode ocorrer se for também objetivo da regulação econômica. O que passa com frequência despercebido é que essa redistribuição pode ser feita de várias formas. Algumas das mais eficazes dessas conjugam instrumentos tributários setoriais com medidas regulatórias.

A redistribuição pode ser direta – como ocorre, por exemplo, quando a regulação exige dos grandes produtores ou monopolistas que estendam seus serviços a consumidores (ou candidatos a consumidores) que a eles não têm acesso. É o que se tem, ultimamente, chamado de *universalização de serviços*.<sup>27</sup>

Atingir a universalização dos serviços públicos, com padrões mínimos de qualidade, a preços acessíveis à população foi o ideal traçado ao se redefinir o papel do Estado ao longo da década de 90. Por esta razão transferiu-se o ônus da prestação dos serviços à iniciativa privada e adotou-se o modelo de agências inspirado na experiência norte-americana.

## 2.2 O papel das agências reguladoras

Conforme já mencionado, a adoção das chamadas agências reguladoras modernas está intimamente ligado à ideia de eficiência.

Este foi o contexto do Plano Nacional de Desestatização, instituído pela Lei n. 8.031 de 12 de abril de 1990 e posteriormente regido pela Lei n. 9.491, de 09 de setembro de 1997, qual seja, o de transferir ao setor privado grande parte das atividades desempenhadas até então pela Administração Pública. Deste modo, permaneceria sob a responsabilidade do Estado apenas o planejamento e controle de tais atividades, o que seria realizado por meio de agências independentes.

Conrado Hübner Mendes anota que diante deste novo modelo Estatal, era imprescindível a adoção de entes reguladores, uma vez que o futuro dos setores regulados não poderia estar submetido tão somente aos motivos econômicos que são o cerne da preocupação das empresas privadas<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93. (grifo do autor).

<sup>28</sup> MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 136.

Portanto, o papel desempenhado pelas agências reguladoras não se limita apenas à “[...] obtenção da maior eficiência econômica possível.”<sup>29</sup> Estes entes realizam papel relevante na economia mas também influenciam nas áreas sociais.

É que, ao regular monopólios e estabelecer regras para a concorrência no mercado, as agências terminam por auxiliar na implementação e efetivação de políticas públicas. Ademais, há também a chamada “regulação social”, cujo escopo fundamental não é econômico, mas a prestação de serviços de maneira universal e com respeito ao meio-ambiente.<sup>30</sup>

Ressalta-se aqui a solidariedade social prevista no texto constitucional e que, atualmente, é manifestada por meio de um Estado preocupado em dar respostas concretas às expectativas previstas pelo legislador, de modo a possibilitar o “convívio de múltiplos”.<sup>31</sup>

Natural, portanto, que a Administração Pública, e particularmente a administração pública indireta, na qual se incluem as agências reguladoras, no desempenho de suas atribuições, esteja em fiel consonância com os critérios de uma boa política pública.

É que se, conforme Edmir Netto de Araujo ensina, a Administração Pública é “[...] conjunto de órgãos ou entidades [...] instituídos para a realização dos objetivos do Governo.”<sup>32</sup>

Por sua vez, Floriano de Azevedo Marques Neto ensina que os objetivos de governo são materializados por meio das políticas públicas:

[...] políticas públicas são metas, programas, princípios e objetivos da ação governamental definidas a partir dos processos decisórios politicamente mediados com vistas a orientar, articular e coordenar a atuação de agentes públicos e privados e a alocação de recursos públicos e privados para atingir interesses públicos considerados relevantes[...].<sup>33</sup>

Ainda que, bem verdade, as políticas públicas serão sempre definidas pelos respectivos Ministérios e não pelas agências, conforme ressalta Jerson Kelman<sup>34</sup> e aponta Vanice Regina Lírio do Valle, para quem o tema política pública representa “[...] instrumento que orienta a ação estatal.”<sup>35</sup>; não se pode, entretanto, negar que estes entes podem interferir positivamente na concretização dessas políticas públicas.

<sup>29</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 40.

<sup>30</sup> PEREZ FILHO, Augusto Martinez. Políticas públicas e agências reguladoras. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v. 14, n. 20, p. 223-224, 2010. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/view/39>>. Acesso em: 21 maio 2012.

<sup>31</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 22.

<sup>32</sup> ARAUJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 127.

<sup>33</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 86.

<sup>34</sup> KELMAN, Jerson. **Desafios do regulador**. Rio de Janeiro: Synergia, 2009. p. 36.

<sup>35</sup> VALLE, op. cit., p. 69.

Sobretudo diante do dinamismo que uma atuação eficaz das agências pode imprimir para a materialização dos objetivos finais almejados pelas políticas públicas e que não podem, de forma alguma, serem adiados. Esta é a lição de Vanice Regina Lírío do Valle:

[...] a matéria [políticas públicas] não se compadece com o *timing* próprio do debate acadêmico, ou da sedimentação de uma teoria mais ampla e desenvolvida. [...] fato é que direito à saúde, educação, atendimento pré-escolar, dignidade em estabelecimentos prisionais, todos esses são temas que, por sua direta relação para com a preservação da dignidade humana não admitem uma espécie de suspensão, até que a reflexão acadêmica se complete [...] num exercício dialógico de construção de uma matriz de raciocínio que é nova, ano menos, para a ciência do direito.<sup>36</sup>

Como várias áreas da vida em sociedade estão sujeitas à regulação das agências, a sua atuação independente torna-se imprescindível ao desenvolvimento econômico e social do país, conforme aponta Alexandre Santos de Aragão e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio:

Apenas para que se vislumbre, *ab initio*, a potencialidade de danos à concorrência e à sociedade advinda do exercício equivocado de competências normativas por parte das agências reguladoras, pense-se que essas têm por atribuição, dentre outros assuntos, dispor sobre condições de entrada e saída dos mercados, definição de tarifas, aspectos técnicos necessários para permitir o compartilhamento de redes e a interconexão, entre outros.<sup>37</sup>

Logo, a adoção do modelo de agências para a regulação dos serviços públicos transferidos à iniciativa privada não implica, *per se*, retrocesso de conquistas de direitos e garantias fundamentais. Neste sentido, evoca-se Marçal Justen Filho:

Insiste-se com a concepção de que a fórmula do “Estado Regulador” retrata uma etapa posterior ao Estado Democrático de Direito, desenvolvida como alternativa para a realização dos mesmos valores e objetivos do Estado de Bem-Estar. Nunca se poderia aceitar que a atuação regulatória reservada ao Estado retratasse contradição com princípios incorporados no patrimônio civilizatório. Admite-se a redução da dimensão do Estado não porque se repudie o dever de o Estado promover os valores fundamentais [...] A substituição do Estado pelo agente econômico privado deriva da ideia de que essa opção pode realizar com maior intensidade os princípios fundamentais afirmados desde a Revolução Francesa e que integraram o núcleo do conceito de Estado de Bem-Estar.

O modelo regulatório não significa, por isso, a rejeição às conquistas do Direito Constitucional acerca de limites aos poderes públicos. [...] A

<sup>36</sup> VALLE, Vanice Regina Lírío do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 72.

<sup>37</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Omissão no exercício do poder normativo das agências e concorrência desleal. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 547-548.

atividade administrativa, seja a exercida segundo os novos postulados da eficiência, continua subordinada a idênticos e inalterados princípios.<sup>38</sup>

Em outras palavras, se o Estado regulador almeja atender aos interesses públicos de modo satisfatório, qualquer que seja o prestador do serviço, os entes reguladores têm por papel primordial, alcançar este intento.<sup>39</sup>

Diante disto, a ameaça de captura das agências reguladoras gera efeitos muito além do âmbito econômico-financeiro ou, mais precisamente, concorrencial. Trata-se de verdadeiro atentado ao ideal democrático.

### 2.3 Características jurídicas das agências reguladoras

Antes de se adentrar propriamente na discussão das características jurídicas das agências reguladoras modernas, *mister* se faz mencionar que apesar de terem sido apresentadas como algo novo dentro de um processo de “agencificação”<sup>40</sup> pelo qual passou o Estado brasileiro, fato é que para parte da doutrina, não houve inovação no ordenamento jurídico.

Esta é a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem as agências em realidade não passam de autarquias, de modo que a única novidade seria a utilização de um nome originalmente estrangeiro: “Apareceu ao ensejo da tal ‘Reforma Administrativa’, provavelmente para dar sabor de novidade ao que é muito antigo, atribuindo-lhe, ademais, o suposto prestígio de ostentar uma terminologia norte-americana [...]”<sup>41</sup>

Por outro lado, ainda que com tais observações doutrinárias, fato é que o intuito do legislador, ao estipular agências reguladoras modernas era o de instituir um ente novo, dotado de independência em relação ao Poder Executivo.

Verifica-se isto de modo explícito por meio da leitura do parágrafo 2º do art. 8º da Lei n. 9.472/97, que instituiu a primeira das agências reguladoras atuais, qual seja, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL):

§ 2º: A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

<sup>38</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 328.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>40</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 130.

<sup>41</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 150-151.

Note aqui a primeira característica das agências reguladoras: a sua independência do Poder Executivo. Todavia, deve-se entender a mencionada “independência”, em verdade, como uma autonomia, como leciona Edmir Netto de Araujo:

As autarquias (todas elas, e não só as agências reguladoras), que em resumo são patrimônios personalizados e afetados a um fim, no caso de interesse público e sob regime jurídico de direito público, dispõem de autonomia porque são *entes* dotados de personalidade jurídica (e não *órgãos*, que não a possuem) e patrimônio próprios, diversos dos da entidade estatal que lhes deu origem, como acontece também com as empresas estatais e fundações públicas.

No entanto, essa autonomia [...] mesmo que tratemos dos campos gerencial, orçamentário e financeiro, na carta referidos, é bastante relativa.

[...]

Realmente, quando se fala em autonomia, não se pode ampliar esse conceito para equipará-lo a *soberania*, *independência* ou outros sentidos inadequados para caracterizar o regime jurídico das autarquias.<sup>42</sup>

Debate ainda por ser pacificado e relacionado ao alcance da autonomia das agências se refere à sua sujeição ao instrumento de supervisão ministerial, por força do artigo 19 do Decreto-lei federal n. 200/67.

A doutrina não é unânime, mas há uma tendência, acompanhada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>43</sup> no qual as agências poderiam ter seus atos reexaminados pelo Ministério ao qual estejam vinculadas, desde que o ato impugnado não verse acerca de tema inerente ao exercício regular e legítimo de suas atividades fim.

Este é o entendimento de Bruno Brodbekier:

De toda forma, as agências não podem escapar de qualquer tipo de controle por parte do Executivo, como poderia se supor a partir da dicção do trecho da Lei 9472 [...] Devem estar, ao menos, submetidas a uma supervisão administrativa por força do mandamento constitucional expresso nos arts. 84, II e 87, parágrafo único, I.<sup>44</sup>

Muito embora a doutrina seja repleta de argumentos robustos no sentido de que as atividades desempenhadas pelas agências devam ser objeto de algum tipo de controle, em outras palavras, as decisões e regramentos emanados por estes entes não poderiam ser confundidos

<sup>42</sup> ARAUJO, Edmir Netto de. A aparente autonomia das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 45-46. (grifo do autor).

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS n. 20976/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 16 fev. 1990. p. 928. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2820976%2E+OU+20976%2EACMS%2E%29&base=baseAcordao>>. Acesso em: 22 maio 2012.

<sup>44</sup> BRODBEKIER, Bruno. Poder regulamentar da administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 233, p. 161, jul./set. 2003.

com atos soberanos e, portanto, não passíveis à qualquer tipo de limites; por outro lado, o intuito do legislador pátrio nos anos 90 visava dotá-las de um grau superior de independência.

Deste modo, buscou-se à época proteger os entes reguladores de pressões políticas indevidas. Almejava-se uma independência diferenciada, conforme lição de Caio Tácito. Note-se, por exemplo, a primeira característica, a seu ver, destes – naquele momento – novos entes da Administração indireta:

- constituídas como autarquias especiais, afastam-se da estrutura hierárquica dos Ministérios e da direta influência política do Governo, com acentuado grau de independência;
- gozam de autonomia financeira, administrativa e, especialmente, de poderes normativos complementares à legislação própria do setor;
- dotadas de poderes amplos de fiscalização, operam como instância administrativa final nos litígios sobre matéria da sua competência;
- respondem pelo controle de metas de desempenho fixadas para as atividades dos prestadores de serviço, segundo diretrizes do governo e em defesa da comunidade.<sup>45</sup>

A expressão “[...] afastam-se da estrutura hierárquica dos Ministérios e da direta influência política do Governo” revela o fim pretendido pelo legislador naquele momento da história brasileira. Outra expressão, no mesmo sentido, verifica-se na sentença “[...] operam como instância administrativa final nos litígios sobre matéria da sua competência.”<sup>46</sup>

O objetivo traçado pelo Governo brasileiro naquele momento era o de, conforme aponta Irene Patrícia Nohara, o de transmitir segurança para investidor externo se interessasse pelo processo de privatização em curso. Neste sentido:

A opção por criar agências reguladoras, com maior autonomia técnica, e transferir atribuições próprias do poder concedente foi uma forma encontrada pelo governo de tentar assegurar aos investidores internos ou externos (concessionárias ou permissionárias) maior segurança, tornando mais atrativos os contratos de delegação de serviços públicos que, no modelo de administração concentrada, ficavam reféns das alterações políticas existentes.<sup>47</sup>

No entanto, passados alguns anos desde a instituição das agências modernas, verifica-se que os objetivos almejados pelo legislador à época foram parcialmente atingidos, como por exemplo, o grau de autonomia em relação ao Poder Executivo; o qual tem sido interpretado restritivamente, conforme aponta Edmir Netto de Araujo: “Ou seja, as agências são

<sup>45</sup> TÁCITO, Caio. Agências reguladoras da administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 221, p. 4, jul./set. 2000.

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 558.

‘autônomas’ (pois atuam em seu próprio nome, mas de acordo com o sistema geral estatal) e não ‘independentes’.”<sup>48</sup>

Em relação à autonomia financeira e administrativa, estas encontram-se adstritas às regras orçamentárias e, como qualquer outra autarquia, “[...] seus recursos, não importa se oriundos de trespasse estatal ou hauridos como produto da atividade que lhes seja afeta, configuram recursos e patrimônios próprios.”<sup>49</sup>

As atividades de fiscalização encontra guarida no poder de polícia do qual as agências reguladoras encontram-se revestidas e que “[...] compreende a imposição de limitações administrativas previstas em lei, a fiscalização e a repressão a atividades não compatíveis com o bem-estar geral.”<sup>50</sup> Assim, as agências podem contribuir substancialmente para a melhoria de vida da sociedade e dos usuários de serviços públicos, em especial.

#### 2.4 Agências reguladoras: independentes?

Passados os primeiros anos de certa euforia em relação ao “novos” entes, fato é que há características que servem para evidenciar o baixo desempenho das agências e sinalizar a existência do fenômeno da captura, mesmo que na experiência brasileira.

Esta é a posição de Bruno Brodbekier:

[...] a prolataada independência das agências frente à Administração central, infelizmente, até o momento não existe de fato. As agências não estão seguras das interferências políticas, tampouco estão resguardadas do risco aventado por dez entre dez autores: a captura por parte dos agentes regulados. O que se pretende mostrar é que a ampla especialidade e absoluta neutralidade, justificativas encontradas pelos autores pátrios, repetindo a doutrina americana, para conferir legitimidade para outorga dos mais variados e amplos poderes às agências, não são realidades.<sup>51</sup>

Também neste sentido, manifesta-se Luiz Alberto dos Santos:

As reformas constitucionais ocorridas a partir de 1995, no Brasil [...] acaretaram o fim dos monopólios estatais nas áreas de energia, telecomunicações e gás canalizado, promoveram a flexibilização do monopólio do petróleo, e impuseram ao país a busca de um novo modelo de gestão e de organização para as atividades regulatórias.

<sup>48</sup> ARAUJO, Edmir Netto de. A aparente autonomia das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 48.

<sup>49</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 161.

<sup>50</sup> NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 555.

<sup>51</sup> BRODBEKIER, Bruno. Poder regulamentar da administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 233, p. 175-176, jul./set. 2003.

[...] as necessidade de estruturação do Estado para tanto, porém não foram adequadamente atendidas, dando-se de forma incompleta e até mesmo improvisada. No que se refere às Agências Reguladoras, introduzidas no Brasil a partir de 1996, a diversidade e heterogeneidade do seu marco legal, a precariedade de seus instrumentos, os riscos de captura pelos agentes do mercado e o ainda insuficiente nível de qualidade da regulação no Governo Federal não apenas exigem, como determinam a revisão da legislação em vigor no Brasil.<sup>52</sup>

Algumas destas características representativas do aparente fracasso das agências, talvez também em razão da captura são: a baixa qualidade, o preço alto e a baixa taxa de universalização dos serviços prestados por concessionárias que são objeto de atuação destes entes reguladores.

Todavia, o sintoma derradeiro da ocorrência deste fenômeno se dá pela própria desregulamentação do setor, uma vez que o grau de eficácia da agência é questionado a ponto do próprio setor regulado, ou seja, o mercado, tornar majoritária a ideia de que o próprio setor é capaz de se autorregular.<sup>53</sup>

Quando isto ocorre, a lógica dominante vislumbra a regulação por meio de agências como uma verdadeira “intervenção” do Estado na economia, e não como mero balizador de condutas por meio das regras que emitem ou por meio da fiscalização que realizam. Conforme ensina Bruno Dário Werneck, tal lógica “[...] é a de que a interferência estatal na atividade econômica só se justifica se a ‘falha do estado’ for menor do que a falha do mercado; caso

---

<sup>52</sup> SANTOS, Luiz Alberto dos. Regulando a regulação: a nova legislação das agências reguladoras federais no Brasil. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 9., nov. 2004, Madrid. *Anais...* Madrid: CLAD, 2004. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/publicacoes/artigos/regulando-a-regulacao-a-nova-legislacao-das-agencias-reguladoras-federais-no-brasil/view>>. Acesso em: 22 maio 2012.

<sup>53</sup> As críticas à regulação por meio de agências, em defesa da auto-regulação, são diversas. Bruno Dário Werneck explica o desenvolvimento deste pensamento crítico em relação à existência e atuação das agências reguladoras: “[...] nem tudo são flores na atuação dos entes reguladores. Nos Estados Unidos, a multiplicação exagerada dos entes reguladores, o inchaço de suas estruturas administrativas e o aumento vertiginoso das regulações baixadas ensejaram um movimento consistente de severas críticas à atuação das agências. Esses críticos afirmavam que a regulação havia se desvirtuado totalmente, invadindo a esfera dos agentes econômicos de forma demasiada, encarecendo significativamente os custos de produção e de transação e reduzindo a possibilidade de desenvolvimento e inovação da economia. Amparados em estatísticas, os críticos do aparato regulatório que foi erguido ao longo do século XX demonstravam os altos custos tanto privados quanto públicos para a existência e cumprimento da regulação em vigor. Concluíam dizendo que os motivos que haviam justificado a existência de regulação da atividade econômica pelo Estado não estavam presentes na maioria das regulações baixadas e propugnavam por uma institucionalização da análise custo-benefício no processo de formulação das regulações. Invocavam ainda os conflitos existentes entre os entes reguladores que se traduziam em regulações às vezes conflitantes, às vezes sobrepostas.” (WERNECK, Bruno Dário. A auto-regulação da atividade econômica no Brasil. In: DI PIETRO, Maria Sylvia. (Coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 629).



contrário, não vale a pena corrigir a falha do mercado, para se cometer uma falha ainda maior.»<sup>54</sup>

É por isto que imperioso se faz recordar-se das linhas mestras do processo regulatório, dentro da chamada regulação setorial, as quais podem ser traduzidas sob o aspecto de três ordens: limitações de entrada e saída de um determinado segmento de mercado, especificações sobre a qualidade dos produtos e serviços prestados e fórmulas que determinem os preços das tarifas e preços públicos praticados.<sup>55</sup>

Se eventualmente as finalidades estabelecidas pelo processo regulatório não estão produzindo os resultados concretos almejados, uma reflexão acerca das causas deste aparente fracasso deve ser levada a termo.

No próximo capítulo será apresentada, de modo pormenorizado, a temática do fenômeno da captura, que, acredita-se, ser uma das causas da baixa eficácia das agências.

---

<sup>54</sup> WERNECK, Bruno Dário. A auto-regulação da atividade econômica no Brasil. In: DI PIETRO, Maria Sylvia. (Coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 630.

<sup>55</sup> COUTINHO, Diogo. Privatização, regulação e desafio da universalização do serviço público no Brasil. In: FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira (Org.). **Regulação, direito e democracia**. São Paulo: Perseu Abramo, 2002. p. 71.

## CAPÍTULO 3

### O FENÔMENO DA CAPTURA DOS ENTES REGULADORES

#### 3.1 O fenômeno da captura: conceito e aspectos gerais

A teoria da captura (ou fenômeno, como o temos tratado) baseia-se na ideia de que o foco das agências reguladoras, que deve ser sempre o atendimento do interesse público, pode ser desviado pelos interesses privados das empresas reguladas. Portanto, a captura ocorre quando há:

[...] uma indicação de que os esforços da agência para promover a indústria [regulada] surgem não de sua própria determinação do que irá promover a longo prazo o interesse público, mas a partir de alguma motivação de promover estes interesses [das indústrias regulada] apesar do impacto que isto trará para a vasta maioria das partes afetadas, ou à sociedade como um todo.<sup>1</sup>

A relevância das agências e do processo regulatório que desempenham no âmbito de sua atuação setorial é ofuscada pelo fenômeno da captura, cujo conceito é objeto de explicação por Marçal Justen Filho:

A doutrina cunhou a expressão “captura” para indicar a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para os setores empresariais regulados. A captura se configura quando a agência perde sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns ou de todos os segmentos regulados.<sup>2</sup>

A expressão “captura”, também denominado pela doutrina de “teoria da captura”, teria sido formulada por Richard Posner, para quem as agências, inicialmente visavam colaborar para a consecução de interesses públicos, mas que, com o tempo, eram influenciadas gradativamente a ponto de serem capturadas pelos próprios entes que deveriam regular.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> NILES, Mark C. On the hijacking of agencies (and airplanes): the federal aviation administration, “agency capture”, and airline security. *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Washington, v. 10, n. 2, p. 393, 2002. (tradução nossa).

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 369-370.

<sup>3</sup> CARVALHO, Vinícius Marques de. Desregulação e reforma do Estado no Brasil: impacto sobre as prestação de serviços públicos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia. (Coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 168.

Este é o sentido da lição de Irene Patrícia Nohara:

[A] teoria da captura regulatória [...] analisa a submissão da atuação da agência aos interesses mais imediatos de empresas dos setores regulados que, por concentrarem informações privilegiadas, exercem pressão e acabam determinando o conteúdo da regulação que sofrerão em detrimento de interesses coletivos.<sup>4</sup>

Este fenômeno representa uma das “[...] mais graves questões levantadas a propósito das agências”<sup>5</sup> porque instrumentaliza o aparato administrativo, afastando-o de seu objetivo final – que é o atendimento do interesse público – para atender aos anseios individuais ou de grupos empresariais pertencentes ao setor regulado.

Este afastamento resulta do fato das agências estarem, de certa maneira, mais isoladas dos compromissos políticos normais<sup>6</sup> - uma vez que seus dirigentes possuem mandato por tempo determinado, não podendo ser exonerados ao arbítrio de quem os indicou - o que as tornam sujeitas à pressão intensa de grupos que têm grandes interesses nas conseqüências concretas ocasionadas pelas determinações exaradas das agências.

Por isto:

[...] dentre outras razões, pela maior capacidade de organização, as empresas reguladas são mais eficazes que os consumidores na tarefa de influenciar o Estado (capturá-lo) para atuar em seu favor. Desta maneira, é de se esperar que elas consigam impulsionar a produção de regulações anticompetitivas, que protejam seus interesses particulares [...] e ameacem o bem-estar dos consumidores.<sup>7</sup>

No entanto, o fenômeno da captura tem sido objeto de esparsas reflexões pela doutrina pátria, que se limita a dedicar-lhe poucos parágrafos – quando o fazem - e, menos ainda, pelos nossos Tribunais.

O tema tem merecido a consideração da doutrina, embora sem a profundidade esperada. Tenha-se a advertência de Andréia Cristina Bagatin:

Desde a introdução das agências reguladoras no país, os estudos que sobre ela se dedicam mencionam o problema da captura. Nas obras recentes acerca da regulação estatal, são várias as referências à captura e constantes as indicações de que se trata de uma distorção a ser corrigida. Embora tais

<sup>4</sup> NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 547.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 369.

<sup>6</sup> NILES, Mark C. On the hijacking of agencies (and airplanes): the federal aviation administration, “agency capture”, and airline security. **American University Journal of Gender, Social Policy & the Law**, Washington, v. 10, n. 2, p. 388, 2002.

<sup>7</sup> JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 123.

alertas, ainda não houve oportunidade para que o problema fosse examinado de modo detido e exclusivo pela doutrina jurídica, com vistas ao exame teórico da questão. Em outras palavras: em âmbito nacional, os estudos jurídicos demonstram a preocupação de se alertar acerca dos riscos de captura, mas ainda não foi desenvolvido trabalho que se dedique exclusivamente ao tema.<sup>8</sup>

A falta de interesse pelo tema<sup>9</sup> - com raras exceções - provavelmente decorre da frágil atuação das agências reguladoras sobre os setores regulados, o que implica na ausência de fatos concretos de repercussão social, capazes de atrair a atenção dos operadores do Direito.

Em verdade, as agências, aparentemente, são lembradas por ocasião de grandes tragédias, causadoras de comoção social, envolvendo setores regulados.<sup>10</sup>

Tal apatia em relação às agências reguladoras – quanto mais no que se refere à temática da captura destes entes independentes – tem o condão de produzir entendimentos restritivos acerca do alcance de sua atuação, inclusive com aval do próprio governo federal, conforme se verifica no Parecer n. AC-051, da Advocacia-Geral da União (AGU).

Com efeito, ao admitir recurso hierárquico impróprio para rever decisão proferida por órgão colegiado de agência reguladora, ao argumento de que haveria uma diferença entre “competência finalística” e “competência meio” dos entes reguladores, a manifestação da AGU, aprovada pelo Presidente da República, na prática, invalida a sua autonomia, requisito fundamental para a sua adequada atuação.<sup>11</sup>

Diante deste retrocesso sob a ótica específica de todo arcabouço jurídico-argumentativo utilizado desde a instituição das agências reguladoras, por assim dizer, “modernas” no direito pátrio, cuja independência é colocada dúvida pelo próprio governo

<sup>8</sup> BAGATIN, Andréia Cristina. **O problema da captura das agências reguladoras independentes**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 4.

<sup>9</sup> “A análise crítica dos efeitos da trajetória da captura política é complexa, pois são escassos os estudos no Brasil sobre este assunto [...]” (VILARINHO, Paulo Ferreira. A percepção da captura política da saúde suplementar no Brasil. **Cadernos EBAPE**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 707, 2010).

<sup>10</sup> Sobre a incapacidade da ANP fiscalizar as empresas reguladas, cf. artigo de BONIS, Gabriel. Ninguém fiscaliza as operadoras de petróleo. **Carta Capital**, Rio de Janeiro, 18 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/ninguem-fiscaliza-as-operadoras-de-petroleo/>>. Acesso em: 4 fev. 2012. Sobre a falha na fiscalização, pela ANVISA, de próteses de silicone, cf. artigo de MENICONI, Tadeu. Pacientes com silicone adulterado estudam ação coletiva contra ANVISA. **O Globo**, Rio de Janeiro, 26 jan. 2012. Ciência e Saúde. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2012/01/pacientes-com-silicone-adulterado-estudam-acao-coletiva-contra-anvisa.html>>. Acesso em: 5 fev. 2012. O instituto de criminalística do Estado de São Paulo elaborou laudo no qual conclui pela existência de falhas na atuação da ANAC. Neste sentido, notícia apresentada: LAUDO do acidente da TAM aponta erros sucessivos. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 14 nov. 2008. Vida e Cidadania. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=828016&tit=Laudo-do-acidente-da-TAM-aponta-erros-sucessivos>>. Acesso em: 4 fev. 2012.

<sup>11</sup> Cf. PASTORE, Ricardo Ferreira; NASCIMENTO, Rodrigo Zingales Oller do. O parecer AGU nº 51 e a ameaça à independência das agências reguladoras brasileiras. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo. (Org.). **Desafios atuais da regulação econômica e concorrência**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 315-333.

federal, torna-se imperativo reforçar a ideia de que a característica de autarquia de regime especial como marca das agências reguladoras pressupõe independência em relação à autoridade central, de tal sorte que a revisão dos seus atos está reservada apenas ao Judiciário.

Com isto, se está a dizer que a atuação dos entes reguladores não se sujeita à subordinação a qualquer órgão da administração direta, conseqüentemente, a eles não se aplicando a denominada revisão ministerial.<sup>12</sup>

Todavia, o fato de a Administração Pública direta argumentar a favor de uma independência “temperada”, vai de encontro com o projeto originalmente proposto quando da instituição das agências reguladoras nos anos 90 e representa evidência sintomática de que os efeitos concretos de sua atuação, não significaram conquistas de fato aos usuários dos serviços concedidos.

Em função disto, ou seja, da inexistência de conquistas para os usuários, coloca-se em xeque, a própria ideia de eficiência do modelo regulatório por meio de agências, dando azo, conseqüentemente, ao aparecimento de proposições céticas em relação à real necessidade de se dispor de tais entes, a ponto de alguns pugnam pela sua completa extinção. Leciona Richard B. Stewart:

A resposta curta para o problema de discricionariedade da agência [em outras palavras, à captura] é abolir as agências e remeter suas funções para o mercado privado (talvez suplementado por regras de responsabilidade determinada pelos Tribunais). Esta solução é frequentemente proposta como um meio de promover a alocação de eficiência e autonomia privada. Em termos mais claros, alocar eficiência consiste na maximização, dado os recursos existentes, de toda capacidade de bens e serviços a ponto de nenhuma mercadoria ser produzida sem produzir-se menos de alguma outra mercadoria. Críticos da regulação [por meio de agências] argumentam que, mesmo que mercados não regulados se caracterizem por várias imperfeições que possam impedir a realização de alocação de eficiência, as agências reguladoras normalmente funcionam de modo até mais imperfeito, pois elas utilizam controles regulatórios que restringem competição entre as empresas e limitam as escolhas dos consumidores. Críticos afirmam que, na melhor das hipóteses, a regulação administrativa [por meio de agências] é completamente ineficaz, e, portanto, um desperdício de recursos, ou que as tarefas das agências poderiam ser melhor desempenhadas pelos Tribunais.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Entende-se por revisão ministerial, o controle finalístico a que se submetem as autarquias, como regra, e que consiste no poder de tutela do ministério ao qual ela está vinculada, a fim de preservar a finalidade institucional para a qual foi criada. Neste sentido, Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 343.

<sup>13</sup> STEWART, Richard. The reformation of American Administrative Law. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 88, n. 8, p. 1689, jun. 1975. (tradução nossa).

O mencionado abolicionismo, continua o mesmo autor, embora com alguma pertinência, não merece guarida, uma vez que até mesmo tais defensores reconhecem a necessidade – em algum grau – da existência de regulação:

O argumento da desregulamentação baseado na eficiência alocada [nas agências] tem sem dúvida seu mérito<sup>14</sup>, em especial se relacionado com alguns regimes administrativos em particular. Por exemplo, a redução de controles sobre a entrada [de novos agentes] e [sobre os] preços [praticados] no setor de transporte parece ser muito desejável. No entanto, dismantlar as agências reguladoras<sup>15</sup> não é prescrição com validade universal. Mesmo aqueles que advogam [a causa da] desregulamentação são favoráveis a um mínimo de regulação para assegurar a estrutura de competição no mercado e reconhecem a necessidade de provisões governamentais para bens públicos tais como barragens, estradas e defesa nacional. Um aparato oficial também é necessário para angariar fundos governamentais [por meio de taxas e tarifas cobradas pelas agências dos entes regulados] e para redistribuir renda de acordo com políticas [públicas ou de governo] ditadas. A exoneração mesmo de um nível mínimo de função governamental, todavia, requereria [a existência] de burocracia bastante grande e que gozasse de considerável poder discricionário.<sup>16</sup>

Ao reconhecer a necessidade de considerável corpo burocrático com discricionariedade para regular determinados setores de grande importância e impacto na sociedade, o argumento pugnando pela extinção das agências perde relevo, para não dizer que se contradiz, uma vez que a organização de uma “burocracia estatal” com tais características, em realidade, significa ter um ente regulador (ou seja, a própria agência reguladora).

Portanto, as deficiências apontadas acima, ainda que concretamente existentes no Brasil, não servem *per se* para defender a inexistência de agências reguladoras; ainda que sejam aptas a demonstrar fortes indícios da ocorrência do fenômeno da captura entre nós.

De modo que, além do desinteresse da doutrina pelo tema, o que se tem, é uma postura oficial demonstrativa de insatisfação em relação ao funcionamento das agências reguladoras. É como se o fenômeno da “desregulamentação” ocorrido em países onde a regulação encontra-se em fase mais madura, mormente os Estados Unidos, esteja ocorrendo – ainda que de maneira menos explícita – no Brasil.

---

<sup>14</sup> Aqui o que se busca dizer é que o argumento desenvolvido – no caso, para defender a abolição das agências ou ao menos a desregulamentação – baseia-se no questionamento da eficiência das agências, ou seja, no grau de eficiência que se espera de cada uma delas (há uma alocação da análise do grau de eficiência das agências), o qual se revelou baixo. Daí o mérito da argumentação pró-desregulamentação, o que se baseia no baixo grau de eficácia das agências reguladoras.

<sup>15</sup> No original, o autor chama de agências administrativas.

<sup>16</sup> STEWART, Richard. The reformation of American Administrative Law. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 88, n. 8, p. 1689-1690, jun. 1975. (tradução nossa).

Talvez uma das causas da desconfiança da comunidade em relação à eficiência das agências e que, por certo, também motiva o descontentamento da Administração Direta, decorre do fenômeno da captura, que se relaciona com a independência decisória desses entes.

Este fenômeno, embora ainda relativamente pouco enfrentado pela doutrina e pela jurisprudência<sup>17</sup>, não é desconhecido do direito norte-americano, onde surge no fim dos anos 60.

Naquele país, os integrantes do corpo dirigente das agências são nomeados pelo chefe do Poder Executivo, inclusive o *chairman*, cujo nome é submetido à prévia aprovação do Senado, por indicação do Presidente da República.<sup>18</sup>

Esta forma de recrutamento não está livre da influência política e da ingerência dos grupos econômicos, de modo a contaminar a boa atuação dos entes reguladores, que passariam a cuidar dos interesses desses grupos, em detrimento da sociedade como um todo.

Mark Seidenfeld, a propósito da determinação de audiências e consultas públicas como instrumentos de aferição dos interesses públicos, aponta que tal fenômeno ocorre quando empresas reguladas:

De acordo com a hipótese de captura, em vez de prover sugestões significativas para as deliberações relativas ao interesse público, os representantes das indústrias cooptam o poder regulatório governamental [das agências reguladoras] de modo a satisfazer os seus interesses privados.<sup>19</sup>

Por outro lado, pode-se afirmar que os defeitos de atuação dos entes reguladores não estão diretamente ligados à forma de provimento de seus diretores, mas sim à ausência de fiscalização efetiva de seus atos, de modo a adequá-los aos reclamos do interesse público.<sup>20</sup> Ou seja, o problema não é influenciar a atuação da agência reguladora, mas sim, quando a influência beneficia tão somente grupos determinados em detrimento do interesse coletivo. A isto, dá-se o nome de captura, que Marçal Justen Filho indica ocorrer quando:

---

<sup>17</sup> A jurisprudência do TRF 5 contempla decisão possivelmente inédita no Brasil, de relatoria do Juiz Francisco Cavalcanti, em que pela primeira vez se enfrentou a teoria da captura das agências reguladoras, de modo a afastar a possibilidade de que pessoas que tivessem ocupado cargos diretivos em empresas concessionárias serem designadas como membros de entidades representativas de usuários e da sociedade nos conselhos consultivos do ente regulador. (Cf. GUERRA, Sérgio. Teoria da captura de agência reguladora em sede pretoriana. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 244, p. 330-347, jan./abr. 2007).

<sup>18</sup> O mesmo ocorre no Brasil, a teor do artigo 5º da Lei n. 9.986, de 18.07.2000.

<sup>19</sup> SEIDENFELD, Mark. A civic republican justification for the bureaucratic State. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 105, n. 7, p. 1511, may 1992. (tradução nossa).

<sup>20</sup> “O problema [da captura], portanto, decorre menos da má atuação de indivíduos que buscam capturar o processo regulatório, do que as falhas do sistema que fazem com que apenas as vozes dos próprios interessados sejam ouvidas, e portanto, tenham influência não razoável sobre o processo de elaboração das políticas regulatórias das agências.” (NILES, Mark C. On the hijacking of agencies (and airplanes): the federal aviation administration, “agency capture”, and airline security. **American University Journal of Gender, Social Policy & the Law**, Washington, v. 10, n. 2, p. 397, 2002, tradução nossa).

[...] a agência perde sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados. A captura da agência se configura, então, como mais uma faceta do fenômeno de distorção de finalidades dos setores burocráticos estatais.<sup>21</sup>

Identificar o fenômeno da captura não é tarefa fácil, uma vez que lida com a ideia abstrata de interesse público, cujo campo de atuação não se delimita facilmente. Neste sentido, manifesta-se Mark C. Niles:

Mas como delimitar a fronteira onde os interesses privados de setores regulados sobre a respectiva agência terminam e os interesses legitimamente públicos se iniciam? Por ventura não haveria circunstâncias onde os interesses de um ente privado do setor regulado, mesmo que um simples interesse crasso de maximização de seus lucros, também sirva ao interesse público legítimo na forma de ampliação de vagas de emprego, maior acesso a bens e serviços ou mesmo a melhoria generalizada das condições econômicas?<sup>22</sup>

Continua o mesmo autor: “Portanto, a indicação de que uma agência reguladora está promovendo o interesse privado de sua comunidade regulada não será prova suficiente para, de maneira isolada, representar evidência conclusiva de influência desmedida indicativa da captura.”<sup>23</sup>

Para a configuração do fenômeno da captura é necessário indicar que os esforços do ente regulador se originam do anseio de promover interesses particulares, ou seja, pleitos apresentados pelas concessionárias integrantes do setor regulado, a despeito do impacto que disto poderá resultar na sociedade como um todo.<sup>24</sup>

A captura, como uma das mazelas das agências reguladoras enfrentada nos países onde o instituto tem um maior amadurecimento, os Estados Unidos, fez com que a população em geral questionasse a real isenção destes entes, o que acabou por repercutir no âmbito do próprio Poder Executivo daquele país, conforme anota, Irene Patrícia Nohara:

A partir da década de 60, houve o questionamento da atuação isenta das agências nos Estados Unidos, uma vez que se identificou o fenômeno da captura delas pelos setores empresariais interessados, que detinham mais conhecimentos técnicos (assimetria de informações). Houve a necessidade de definição de um novo modelo de regulação, pois os cidadãos-usuários

<sup>21</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 370.

<sup>22</sup> NILES, Mark C. On the hijacking of agencies (and airplanes): the federal aviation administration, “agency capture”, and airline security. **American University Journal of Gender, Social Policy & the Law**, Washington, v. 10, n. 2, p. 392-393, 2002. (tradução nossa).

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Ibid., p. 393.



norte-americanos passaram a desconfiar da premissa de que o simples fato de a agência deter conhecimentos técnicos especializados geraria sempre melhores decisões.

De 1985 em diante, sobretudo no governo Clinton, há a exigência de demonstração da relação custo-benefício das medidas regulatórias e a autonomia das agências reguladoras em relação ao Poder Judiciário é diminuída [...].<sup>25</sup>

Em consequência disto, deu-se início a uma política de limitação da discricionariedade das agências – com participação direta do Poder Legislativo neste sentido – por meio de leis mais limitadoras; criação de *agency forcing*, que são programas de atuação impostos pelo legislativo à agência; previsão de vários mecanismos de controle pelo Congresso (audiências, veto legislativo a respeito das decisões da agência, e outros); fixação de metas e o *sunset provisions*, que são normas prevendo o encerramento das agências depois de uma data específica. A tudo isto somam-se a possibilidade de amplas previsões para revisão judicial e para o fechamento de agências que o congresso considerou inúteis.<sup>26</sup>

Os casos concretos indicativos de captura, tal como examinados na doutrina e na jurisprudência, mostram que o fenômeno quase sempre ocorre da parte dos setores regulados. Não se tem referências de captura pelos usuários e, concretamente, a hipótese parece de difícil ocorrência. Isto se deve à dificuldade de organização dos usuários de serviços públicos, de modo a proteger os seus interesses legítimos e, por via de consequência, tais usuários não reúnem condições de capturar o ente regulador, a ponto de manipular em seu benefício a sua atuação reguladora.

Quanto à captura do ente pelo Poder Público, a probabilidade é maior, na medida em que, conforme Luiz Alberto dos Santos, os interesses da sociedade podem ser atingidos:

[...] pela influência do poder político que, por razões de conveniência, conjunturais ou quaisquer outras, pode afetar diretamente os resultados da ação dos órgãos reguladores e fiscalizadores. A delegação dessas tarefas a órgãos dotados de autonomia frente ao poder político, e tanto quanto possível imunes a influências dos agentes econômicos e grupos de pressão, visa ampliar a credibilidade do cidadão no seu funcionamento e na isenção de suas decisões.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 548-549.

<sup>26</sup> CARBAJALES, Mariano. **El Estado regulador: hacia un nuevo modelo de Estado**. Buenos Aires: Depalma, 2006. p. 211.

<sup>27</sup> SANTOS, Luiz Alberto dos. Regulando a regulação: a nova legislação das agências reguladoras federais no Brasil. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 9., nov. 2004, Madrid. **Anais...** Madrid: CLAD, 2004. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/publicacoes/artigos/regulando-a-regulacao-a-nova-legislacao-das-agencias-reguladoras-federais-no-brasil/view>>. Acesso em: 22 maio 2012. p. 27.

Embora se afirme que a delegação da tarefa regulatória a um ente independente pode significar uma proteção contra influências indevidas e até mesmo contra a adoção de regras que atendam aos interesses dos setores regulados, o próprio Poder Político, em tese, pode capturar o regulador ou ao menos influenciar negativamente na sua atuação.

Isto ocorre, como exemplo, se há pressões políticas insuperáveis sobre os órgãos dirigentes do ente regulador, de modo a tornar insuportável a sua preservação no cargo pelo período do seu mandato.

A casuística norte-americana traz decisão da Suprema Corte que anulou norma do Departamento de Transportes, uma agência reguladora, que revogava preceito anterior que instituíra a obrigatoriedade de instalação de cintos de segurança automáticos e *air bags* em todos os veículos, a partir de determinada data. Trata-se do caso *Motor Vehicle Manufactures Association v. State Farm Mutual*.

Isto ocorreu logo depois da posse de novo Presidente da República de partido político diverso daquele que o precedera. Os indícios são de influência dos grupos econômicos regulados, no caso a indústria automobilística, sobre a nova administração executiva, com o propósito de reduzir os seus custos de produção, aumentando assim sua margem de lucro.

Em suas razões, expressou a Corte que o ato revocatório implicava em excesso de poder por falta de fundamentação adequada para a mudança radical de posição quanto à maior ou menor vantagem daqueles mecanismos de proteção dos ocupantes do veículo.

Trata-se de *leading case* da doutrina *hard look review*, nascida na jurisprudência norte-americana, como instrumento de proteção dos usuários contra o excesso de poder ou os desvios de finalidade cometidos pelas agências reguladoras.<sup>28</sup>

Apesar dessas considerações sobre a possibilidade de captura pelos usuários e pelo próprio Poder Político, o eixo central deste trabalho reside no estudo do fenômeno e sua ocorrência por parte das empresas privadas integrantes dos segmentos regulados.

### **3.2 O fenômeno da captura: teorias**

O fenômeno da captura é explicado por duas teorias: a teoria do ciclo de existência das agências reguladoras, desenvolvida por Marver B. Bernstein, e a teoria econômica, desenvolvida por George J. Stigler.

---

<sup>28</sup> Cf. BRUNA, Sérgio Varela. **Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 221-234.

Na primeira teoria, Bernstein faz uma analogia entre o que seria uma “vida útil” das agências reguladoras, entendida como o período temporal em que o ente regulador atuou de forma efetivamente independente e livre das influências externas dos setores regulados, e o ciclo existencial humano, compreendido entre o nascimento, desenvolvimento e envelhecimento do homem.

Na dicção de Marçal Justen Filho:

[...] os primeiros tempos de vida de uma agência caracterizam-se por grande energia e disposição para cumprir os fins de interesse coletivo. Na maturidade, os integrantes da entidade vão perdendo sua capacidade de controlar os segmentos sob sua fiscalização. Com o passar do tempo, a agência começa a depender de informações dos controlados, os quais adquirem papel cada vez mais relevante na determinação das políticas desenvolvidas pela agência [...] Os interesses da comunidade são dispersos, difusos. Já as indústrias controladas organizam-se e atuam de modo sistemático para influenciar as decisões da agência. Depois de decorrido certo tempo, a própria *memória* da atuação regulativa transfere-se da agência para os setores regulados. [...] Na fase de velhice, as agências dependem diretamente dos controlados, configurando-se uma espécie de acordo colusivo entre eles.<sup>29</sup>

Para a teoria do ciclo de vida, ainda que as agências em sua origem tenham efetivamente cuidado, de forma independente, dos interesses para os quais foram criadas, num segundo momento, por razões quase sempre de natureza política, elas se aproximavam dos setores regulados.

O contato da agência com os prestadores de serviços públicos tinha como objetivo a identificação de problemas e a busca de soluções para as falhas na sua prestação, sempre com as informações obtidas junto aos setores regulados. Com o passar do tempo e com a intimidade que estabelecia entre os controladores e os controlados, as agências passaram a identificar o interesse público com o interesse dos grupos privados.

Daí a formatação de um sistema normativo em que o ente regulador passa a cuidar especificamente dos pleitos dos órgãos regulados, enquanto estes, matreiramente, passam a defender as competências normativas dos entes reguladores de modo a que as normas regulamentadoras atendam aos seus interesses, na medida em que, ao lado da preservação da competência, garantem também a permanência dos mesmos agentes com os quais estabeleceram vínculo negocial.

---

<sup>29</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 370. (grifo do autor).

Segundo a teoria do ciclo de vida, a primeira fase envolve as questões relacionadas com o diploma legal de criação do ente regulador. Neste momento há um embate entre os que sustentam a necessidade da regulação, enquanto outros a repelem.

Num momento posterior, a agência efetivamente protege o interesse público, já que conta com apoio político e aceitação popular. Todavia, o embate entre os interesses dos regulados e o Poder Público leva ao declínio do apoio político.

Numa terceira fase, que decorre da fase anterior, a ausência de apoio político induz o parlamento a tentar reduzir os limites de atuação das agências reguladoras, já que estas não contam mais com a aprovação popular.

Conforme preleciona Bernstein:

O final do período de maturidade é marcado pela rendição do ente regulador ao regulado. Politicamente isolado, carente de uma base sólida de apoio popular, lenta em suas atitudes e aproximações, curvado diante de precedentes e [...] sem o apoio às suas demandas por mais pessoal e orçamento, o ente regulador finalmente torna-se cativo dos grupos regulados.<sup>30</sup>

O período final de maturidade dos entes reguladores, ou, como denomina Marçal Justen Filho, o período da “velhice”, é marcado pelo sucateamento dos quadros funcionais e pela ausência de infraestrutura de suporte que resultam em falhas na coleta de informações e utilização de tecnologia antiquada para o exercício adequado da atividade regulatória.

Em contrapartida, os entes regulados investem recursos significativos na obtenção de novas tecnologias e informações relativas à sua área de atuação, gerando portanto, uma assimetria, conforme aponta Andreia Cristina Bagatin:

[...] é possível afirmar que os grupos de interesse aplicam ativos (tempo e dinheiro) na tentativa de produzir conhecimento em seu favor e defender os pontos de vista que lhes são favoráveis. Esta postura não seria recente. BILAC PINTO faz referência à conduta adotada por prestadores de serviço de energia elétrica norte-americanos que, na década de 1920, não só promoviam “conferências por figuras proeminentes da indústria, [faziam] doações em dinheiro a algumas das principais universidades, destinadas à promoção de investigações acerca dos problemas relacionados com os serviços de utilidade pública e a suscitar estudo de professores, tudo isto visando obter atitude simpática da parte destes, para com a indústria”, mas chegavam a mapear a produção literária e acadêmica, incentivando as obras que lhes fossem mais favoráveis.

---

<sup>30</sup> BERNSTEIN, Marver B. **Regulating business by independent commission**. Princeton: Princeton University Press, 1955. p. 90. (tradução nossa).

Na atualidade, e já agora em âmbito nacional, essa tendência também parece se fazer presente[...] identificou-se que aflora número significativo de associações que congregam os prestadores de tais serviços, ao que tudo indica, com o fito de tutelar os interesses de que compartilham.<sup>31</sup>

Já a segunda teoria, a chamada teoria econômica da captura dos entes reguladores, desenvolvida por George J. Stigler e aperfeiçoada por Sam Peltzman, contempla a ideia de que as indústrias tomam posse do processo regulatório e o utilizam na salvaguarda de seus interesses.

Daí a conclusão de Stigler no sentido de que a regulação existiria para atender aos interesses dos setores regulados.

Por isto:

[...] ainda que a captura não explique satisfatoriamente a existência de regulação, os estudos de Stigler têm o mérito de colocar em foco um problema de extrema relevância: nem sempre reguladores agem orientados por fins públicos e coletivos. Assim, e em vez de uma explicação para a existência de regulação, a captura deve ser encarada como um problema contingente, isto é, um risco que pode (ou não) se concretizar. Examinada sob esse enfoque, podem ser construídas soluções normativas que, sem se descuidar das estruturas sociais em que se dá o exercício da regulação, contribuam para o adequado exercício das competências regulatórias.<sup>32</sup>

Peltzman, por sua vez, desenvolve as pesquisas de Stigler em busca de explicações suficientes para o fenômeno de as ações regulatórias geralmente atenderem aos anseios dos prestadores de serviços regulados.

A sua conclusão é de que esses setores regulados, em geral, são representados por grupos menores, com anseios bem delimitados e convergentes. Por isto, têm maior capacidade de mobilização e como consequência, conseguem influenciar, eficazmente, tanto a Administração Direta quanto o Poder Legislativo obtendo regras que atendam aos seus interesses, em detrimento dos destinatários do serviço público.

A partir dos estudos de Stigler e de Peltzman, Gary Becker apresenta a sua “[...] teoria da competição entre grupos de pressão para influência política”<sup>33</sup>, esclarecendo que essa competição fará com que a regulação beneficie não só quem pode oferecer mais ao legislador e à Administração, como também aquele que tenha maior capacidade de pressão.

<sup>31</sup> BAGATIN, Andréia Cristina. **O problema da captura das agências reguladoras independentes**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 69.

<sup>32</sup> Id. Teoria da captura: explicação necessária e suficiente para a existência de regulação? **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, p. 23, out./dez. 2009.

<sup>33</sup> BECKER, Gary. The theory of economic regulation. **Quarterly Journal of Economics**, Cambridge, v. 98, n. 3, p. 371-400, 1983. (tradução nossa).

Andréia Cristina Bagatin afirma que: “Para Becker, o regulador é uma espécie de árbitro no embate entre grupos de interesse que visam à obtenção, para si, de bens públicos.”<sup>34</sup>

O traço comum a todas as teorias que tratam da captura pode ser traduzido como a prevalência da influência perpetrada pelos setores regulados com vistas à dominação das agências reguladoras, em detrimento da participação democrática necessária e bem-vinda no sentido de informar e auxiliar o ente regulador no processo de elaboração de suas políticas.

### 3.3 O fenômeno da captura: corrupção ou lobby?

A ocorrência de captura dos entes reguladores pode ser confundida com a ideia de *lobby* ou simplesmente associada à corrupção. Todavia, equivocase a ideia de que o fenômeno da captura seria sinônimo de *lobby* ou corrupção, embora ambos possam ser utilizados como meios para a consecução da captura.

É que o fenômeno da captura representa acontecimento de maior amplitude, podendo ou não abarcar as figuras do *lobby* ou da corrupção.

Conforme lição de Susan Rose-Ackerman: “‘Corrupção’ é um termo cujo significado muda conforme o seu locutor [...] Resumidamente, usa-se tal expressão cobrir uma série de ações indesejáveis. [...] a definição comum de corrupção é a malversação do poder público para vantagens políticas ou privadas.”<sup>35</sup> No direito brasileiro, a lei penal tipifica condutas que podem ser confundidas com a prática de *lobby* mas que, na verdade, constituem ofensas à boa qualidade da Administração Pública, à presunção de legalidade dos seus atos e respeitabilidade do Poder Público.

Assim, a advocacia administrativa, a corrupção ativa e passiva, a prevaricação, a concussão e o tráfico de influência têm sede no Código Penal e por isto mesmo são práticas que a jurisprudência tem acolhido como típicas de corrupção, na medida em que atingem o bem jurídico consistente na lisura da atividade administrativa.

A corrupção se afasta do interesse coletivo na medida em que busca a satisfação de interesses pessoais, sempre conflitantes com o interesse público.

<sup>34</sup> BAGATIN, Andréia Cristina. **O problema da captura das agências reguladoras independentes**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 34.

<sup>35</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. The challenge of poor governance and corruption. **Revista de Direito GV**, São Paulo, n. 1, esp., p. 208, 2005.

Tais condutas não se confundem com a pressão legítima desenvolvida por segmentos sociais e determinadas categorias de servidores, na busca dos seus interesses legítimos junto ao Parlamento.

Por esta razão, já se disse até que a Constituição brasileira de 1988 não é resultado de uma convergência das aspirações do povo brasileiro, mas resultado de uma guerra de *lobbies* que teve lugar durante o processo constituinte, resultando no perfil de algumas instituições nacionais.

Tem-se, portanto, que o *lobby* em si mesmo não é pecaminoso se os resultados atendem aos interesses da nação, diversamente do que ocorre com a corrupção, cujo efeito pernicioso atinge de forma mediata os objetivos nacionais.

Conforme Eduardo Ferreira Jordão:

[...] a vontade do lobista será levada ao Poder Público, mas ali será filtrada por um processo institucional tendente à consagração do interesse público. Ou seja, o eventual resultado anticompetitivo não é produzido *diretamente* pelo autor do lobby. A sua proposta será transformada em regulação (e causará algum dano concorrencial) *apenas* se passar por este teste institucional. E se eventualmente alguma proposta “contrária ao interesse público” por ele passar, haveria aí uma falha atribuível à instituição que procedeu ao filtro, e não àquele que apresentou a proposta. Daí ser possível afirmar que a atuação política perante o regulador é a forma *lícita* de buscar restrições à concorrência, isto porque ela não importa a *imposição* da vontade do grupo lobista sobre as demais vontades (como é o caso das restrições diretamente empresariais, respaldadas no poder de mercado), mas a mera manifestação política dos interesses deste grupo.<sup>36</sup>

Trata-se, portanto, de uma forma de pressionar os órgãos de decisão por meios legítimos, por intermédio de grupos interessados ou pessoas por eles contratadas para apresentar e defender os seus pleitos naquelas instâncias. Deste modo, o *lobby* não se confunde com a corrupção e ambos não se relacionam, em regra, com o fenômeno da captura.

A pressão de grupos interessados sobre os agentes responsáveis pela formulação das políticas regulatórias e sobre os órgãos legislativos tem por escopo garantir melhores condições para os prestadores de serviços regulados.

Essa atuação recai sobre a atividade legislativa, quando se trata de *lobby*, enquanto a captura teria maior vinculação com os órgãos regulatórios, de modo imediato e executivos, de maneira mediata.

---

<sup>36</sup> JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 109-110. (grifo do autor).

Contudo, é preciso ter presente a afirmação de Andreia Cristina Bagatin, no sentido de que:

[...] diante da configuração da “divisão de poderes” no Estado Brasileiro e a respectiva preponderância do Poder Executivo, não é de se supor que os grupos de interesse não exerçam pressão sobre o Executivo. E, ontologicamente, não há diferença *exercer pressão* no processo de tomada de decisões no âmbito do Legislativo e *exercer pressão* no processo decisório do Poder Executivo. Poder-se-ia diferenciar os dois fenômenos à partir do tipo de decisão pública de que tratam. O lobby estaria vinculado à tomada de decisões políticas em sentido amplo e a captura estaria vinculada ao exercício de competências regulatórias, com vistas a implementar aquelas decisões políticas.<sup>37</sup>

Finalmente pode-se apontar outro ponto de diferença entre o *lobby* e a captura no fato daquele ser legitimamente regulamentado em outros países, como nos Estados Unidos (no Brasil existindo projetos que visam trazer à luz da legalidade o seu exercício, tais como os de autoria do então senador Marco Maciel em 1983 e, mais recentemente, do deputado federal Carlos Zarattini, em 2007), ao passo da captura não poder ser objeto de regulamentação, uma vez que a sua ocorrência viola, de maneira direta, o interesse nacional.

Diante do exposto, conclui-se que a captura não se confunde com a ideia de corrupção, uma vez que esta figura encontra-se intimamente ligada à má utilização das competências administrativas e o seu direcionamento para atender aos interesses privados, e na maioria das vezes ilegítimos. Na captura, por outro lado, nem toda ação resultará, necessariamente, da malversação do ente administrativo ou resultados desfavoráveis aos administrados. Seria possível, por exemplo, que ao se atender os interesses dos entes regulados, os mesmos ampliem seus resultados financeiros e disto resulte mais contratações ou melhoria de salários para seus funcionários.

Floriano de Azevedo Marques Neto indica a diferença da captura para a corrupção ao lecionar que:

[...] a teoria da *captura*, é dizer, da possibilidade de mitigação da imparcialidade do agente regulador em função da influência nas suas decisões exercida pelos agentes de mercado, pelos consumidores ou pela política circunstancial de governo. Não se trata de prática de atos (clara e diretamente) coibidos pela legislação, como corrupção, prevaricação ou

---

<sup>37</sup> BAGATIN, Andréia Cristina. **O problema da captura das agências reguladoras independentes**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 140-141. (grifo nosso).



concussão. Na verdade, são muito sutis os desvios da regulação em favor de um ou outro interesse [...].<sup>38</sup>

Outra diferença importante reside no fato de que a corrupção é objeto das normas penais, enquanto o fenômeno da captura é tratado no âmbito do Direito Regulatório ou Administrativo.

Quanto ao *lobby*, as diferenças tornam-se evidentes na medida em que este representa a união de esforços para o atendimento a determinado fim privado ou público, realizado junto ao Legislativo e não junto às agências reguladoras. Ainda, conforme já mencionado, em alguns países a atividade do lobista é reconhecida pelo Direito e ocorre de maneira transparente. Neste caso, o objetivo é influenciar e não capturar o órgão sobre o qual a pressão é convergida.

Em suma, captura não é *lobby* ou corrupção, muito embora existam traços característicos de ambas.

### 3.4 Indícios do fenômeno da captura no Brasil

Os sinais mais palpáveis da existência do fenômeno da captura no Brasil são identificáveis na má qualidade dos serviços regulados, que não têm atendido ao princípio da eficiência e da economicidade como fórmula para o acesso universal aos serviços públicos, nos preços praticados pelas concessionárias, que estão entre os mais altos do mundo<sup>39</sup> e na concentração crescente de *market share* nas mãos de um número cada vez menor de empresas privadas<sup>40</sup>.

Exemplo significativo dessa má qualidade dos serviços pode ser verificado pelo alto índice de reclamações dos usuários. Das cinco empresas mais reclamadas no Procon/SP, duas pertencem ao setor de telefonia, regulado pela Agência Nacional de Telecomunicações -

<sup>38</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. **REDAE: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 1, p. 16, fev./abr. 2005. Disponível em: <<http://www.agersa.es.gov.br/site/arquivos/relatorios/A%20Nova%20Regulamentacao%20dos%20Servicos%20Publicos.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2012. (grifo do autor).

<sup>39</sup> MAHLMEISTER, Ana Luiza, Tarifas de celular no Brasil estão entre as mais caras do mundo. **Valor Econômico**, São Paulo, 28 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.hojetelecom.com.br/blogue/index.php/2011/12/tarifas-de-celular-no-brasil-estao-entre-as-mais-caras-do-mundo/>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

<sup>40</sup> Um exemplo de concentração de *market share* ocorre no âmbito das concessionárias de rodovias no Estado de São Paulo. Apesar dos diversos trechos concedidos à iniciativa privada terem sido originalmente transferidos a várias empresas (ou ao menos CNPJ e razões sociais diferentes), fato é que, atualmente, encontram-se concentrados (independentemente dos diferentes nomes para as empresas diretamente responsáveis por cada trecho) nas mãos das empresas OHL Brasil e o grupo CCR.

ANATEL<sup>41</sup>, os demais setores reclamados são instituições bancárias, reguladas pelo Banco Central do Brasil.

Mark Seidenfeld pontua que “[...] frequentemente membros integrantes das agências, que trabalharam nas indústrias reguladas, compartilham seus valores e perspectivas” e, por outro lado, “[...] [as entidades reguladas] têm muito a ganhar ao assegurar que elas tenham controle sobre os que tomam decisões no governo, e que estes permaneçam em tais posições.”<sup>42</sup>

Por esta razão, não prospera a visão do fenômeno da captura como mera querela acadêmica, isto é, divorciado de qualquer substrato concreto:

[...] a experiência norte-americana apontou o problema da captura como um risco muito mais teórico do que prático. O exame concreto das decisões adotadas pelas agências, ao longo do tempo, evidenciou a ausência de indícios de captura. Essa constatação se extraiu, de modo muito evidente, do exame dos eventos ocorridos nas décadas de 1960 e 1970, nos EUA. Surgiram inúmeras políticas regulatórias claramente orientadas a fins antagônicos relativamente aos interesses das indústrias reguladas.<sup>43</sup>

Aliás, esse posicionamento não tem apoio unânime, inclusive na doutrina administrativa norte-americana: “De fato, a captura de agências tem sido crescentemente vista menos como uma exceção e mais como uma consequência comum à nossa estrutura administrativa [...]”<sup>44</sup>

A doutrina entendeu haver indícios de captura da agência nacional de agricultura dos Estados Unidos da América (*U.S. Department of Agriculture – USDA*) e do serviço de vigilância sanitária daquele país (*Food Inspection*) pelas indústrias de carne e aves (frigoríficos e processadores de carnes), o que resultou em regulações insuficientes a respeito da qualidade das carnes para consumo e trouxe “[...] sérios riscos de saúde ao público americano.”<sup>45</sup>

No caso concreto norte-americano, Mark Niles aponta que a insuficiência proposital de regulação deste ramo de indústria resultou da ação de representantes deste segmento, que “[...] zelosamente se opuseram às tentativas daquelas agências [*USDA e Food Inspection*] de

<sup>41</sup> PROCON-SP. Assessoria de Imprensa. **Reclamações fundamentadas**. 15 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.procon.sp.gov.br/noticia.asp?id=1920>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

<sup>42</sup> SEIDENFELD, Mark. A civic republican justification for the bureaucratic State. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 105, n. 7, p. 1512, may 1992. (tradução nossa).

<sup>43</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 371.

<sup>44</sup> NILES, Mark C. On the hijacking of agencies (and airplanes): the federal aviation administration, “agency capture”, and airline security. **American University Journal of Gender, Social Policy & the Law**, Washington, v. 10, n. 2, p. 392, 2002. (tradução nossa).

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 402.

instituírem pontos críticos de controle e análise de riscos de contaminação de carne pela bactéria e-coli”, padrão este que somente foi instituído anos após, com a identificação de dezesseis pessoas no Estado do Colorado diagnosticadas com bactéria e-coli, em 1997, em razão do consumo de alimentos (carnes processadas).<sup>46</sup>

A ameaça à saúde pública resultante do fenômeno da captura das agências reguladoras por empresas de setores regulados também pode ter ocorrido no Brasil, haja vista, por exemplo, o caso de próteses de silicone importadas que trazem riscos à saúde das pacientes, amplamente veiculado em mídia nacional.<sup>47</sup>

Paulo Ferreira Vilarinho, a propósito desses sintomas de captura, em estudo sobre a relação entre as empresas mantenedoras de planos de saúde e as autoridades governamentais, inclusive a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), aponta as estratégias para a captura política. Para ele:

O processo principia nas doações a políticos, reflete-se no amortecimento do rigor da lei e na *longa manus* da Agência, reduz a eficácia normativa, obriga os usuários a buscarem um poder neutro, o Judiciário. Segmenta o mercado em grupos de baixo e alto risco, fortalece economicamente as operadoras e, ao final, fecha o ciclo reforçando as doações e a representação política das corporações.<sup>48</sup>

O quadro que apresenta sobre as percepções da captura mostra a força do que ele chama de “[...] bancada da saúde no volume crescente das doações pelas operadoras a partidos políticos, na defesa de interesses junto ao Legislativo.”<sup>49</sup>

Essa relação entre parlamentares e operadoras de planos de saúde facilita o que George Stigler aponta como fortalecimento do poder econômico dessas corporações, qualificando-as para o incremento dos valores de doações com vistas à promoção de “[...] propostas de rejeição à obrigatoriedade de pagamento de despesas de acompanhantes de idosos e crianças; à cobrança de PIS e COFINS às cooperativas médicas, suspensão de convênios públicos com o fundo GEAP, em prol das operadoras.”<sup>50</sup>

<sup>46</sup> NILES, Mark C. On the hijacking of agencies (and airplanes): the federal aviation administration, “agency capture”, and airline security. **American University Journal of Gender, Social Policy & the Law**, Washington, v. 10, n. 2, p. 402, 2002. (tradução nossa).

<sup>47</sup> JARDIM, Lauro. **As reclamações na Anvisa**. 20 jan. 2012. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/radar-on-line/governo/as-reclamacoes-do-silicone-na-anvisa/#>>. Acesso em: 5 abr. 2012.

<sup>48</sup> VILARINHO, Paulo Ferreira. A percepção da captura política da saúde suplementar no Brasil. **Cadernos EBAPE**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 703, 2010.

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> Ibid., p. 706.

Outra consequência desse relacionamento, eventualmente espúrio, como resultado da perda de neutralidade da agência reguladora específica diante das pressões das prestadoras de serviço resultam na aniquilação de grupos menores, incapazes de atender às exigências burocráticas para funcionamento, bem como às dificuldades de observância das regras contábeis de prestação de contas.

Assim, o que se verifica é um outro indício de captura, na medida em que aquele relacionamento entre o parlamento, o ente regulador e as empresas reguladas, de que decorre a expedição de normas que nem sempre atendem ao interesse público mas, ao contrário, implicam em possibilidade de controle sobre empresas concorrentes, limitação da expansão do setor e instituição de preços artificialmente construídos, por meio da prática de *dumping*.

A aparente contradição entre essa oferta de preço baixo e qualidade de serviço, quando o indício maior de falta de eficiência é exatamente o preço alto e a má qualidade dos serviços prestados, é forma indireta de captura. De fato, as empresas reguladas de maior porte podem, durante certo período, suportar prejuízos decorrentes da cobrança de preços artificialmente baixos, de modo a inviabilizar a entrada de novos concorrentes no mercado e sufocar os grupos menores, levados à falência ou incorporados por aqueles entes regulados, levando a um monopólio “envergonhado”.

No entanto, nem sempre o processo de captura ocorre de maneira discreta. Em seu estudo sobre o setor elétrico brasileiro, Elbia Vinhaes não só trata acerca do fenômeno da captura no Brasil como diz, textualmente:

Este tipo de captura infelizmente aconteceu e continua acontecendo no Brasil, tendo em vista o baixo grau de independência e de capacitação técnico-operacional do poder regulador – neste caso representado pelo Departamento Nacional de Águas e Energia (DNAEE), atual ANEEL, pretensamente uma agência independente de controle e fiscalização da indústria. Na prática, os principais executivos da ANEEL eram e permanecem sendo dirigentes de empresas de eletricidade a quem deveriam regular. Atualmente todos os diretores de tal departamento são empregados de concessionária federais e estaduais que pagam suas despesas de deslocamento e de manutenção, o que torna difícil a separação entre os interesses do regulador e do regulado.<sup>51</sup>

As empresas dos setores regulados também se valem de associações constituídas para a defesa de seus pleitos junto às agências reguladoras, embora publicamente tenham como objeto social outras finalidades.

<sup>51</sup> VINHAES, Elbia. **A reestruturação da indústria de energia elétrica brasileira: uma avaliação da possibilidade de competição através da teoria de mercados competitivos**. 1999. Dissertação (Mestrado em Economia Industrial) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999. p. 12.

O exemplo norte-americano anteriormente apontado ilustra a captura de agências reguladoras por meio de associação constituída para cuidar dos interesses dos processadores de alimentos, naquele caso a *American Association of Meat Processors*.

A utilização de associações como interpostas pessoas, no processo de captura, pode ser encontrada também em nosso país, conforme precedente de jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Cível n. 342.739, de relatoria do Juiz Francisco Cavalcanti.

Nesse julgado, provavelmente único em sede pretoriana, em que se discutia a participação institucionalizada da sociedade na atuação da ANATEL, por meio de indicação de representante no conselho consultivo como órgão superior daquela agência, apontou o relator que:

[...] a indicação do presidente de grandes empresas de telecomunicações para representar a sociedade civil perante o Conselho Consultivo da ANATEL rompe a toda evidência a pluralidade representativa ou mesmo a representação democrática inerente à estrutura do referido Conselho. Com efeito, o legislador claramente estabeleceu que o Conselho Consultivo deveria possuir composição híbrida, isto é, ser integrado por conselheiros indicados pelas Casas Parlamentares, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações e também pelos usuários e pela sociedade. Sem dúvida, o cargo ocupado pelo apelante [...] é absolutamente incompatível com a representação da sociedade perante o Conselho Consultivo.

Por certo, além de membro da sociedade e de incontestável experiência na área de telecomunicações, o referido apelante é, mormente, Presidente de grandes empresas de telecomunicações, com interesse na definição da política do setor de telecomunicações e, portanto, voltado para a defesa de seu interesse como presidente da Tele Norte Leste Participações S.A. e da TELEMAR Norte Leste S.A. Como bem realçou o MM. Juiz *a quo*, “diante de um conflito envolvendo interesses contrapostos da sociedade e das prestadoras de serviço de telecomunicações, a sua atuação estaria comprometida com os interesse deste último segmento. Necessário, pois, para que alguém represente a sociedade, não esteja comprometido com um segmento específico desta, a fim de que possa ter uma atuação imparcial em prol do bem comum.”<sup>52</sup>

Nesse caso concreto, foi indicado como representante dos usuários no Conselho Consultivo da ANATEL, um presidente da TELEBRASIL, associação composta por pessoas físicas e jurídicas da área de telecomunicações e tecnologia afim, que integrava a ABRANET – Associação Brasileira de Provedores de Acesso, Conteúdo e Informações da Rede Internet.

---

<sup>52</sup> GUERRA, Sérgio. Teoria da captura de agência reguladora em sede pretoriana. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 244, p. 344, jan./abr. 2007.

O argumento utilizado em Juízo, na ação civil pública que questionava a representatividade dos indicados, era de que a eles bastava integrar associação representativa de usuários dos serviços regulados. Tal alegação foi repelida pelo Judiciário sob o fundamento de que não basta a indicação formal do candidato e que ele integre entidade representativa dos usuários e da sociedade. Ao contrário, é preciso que o indicado efetivamente represente o segmento de tal modo que haja compatibilização entre os seus interesses e os daqueles que representa.

Em suma, a associação que se dizia representante dos usuários, na verdade foi constituída com o propósito de defender os interesses dos prestadores de serviços regulados junto às agências, em evidente paralelismo com o referido exemplo norte-americano de empresas processadoras de carne.

No caso brasileiro, o setor regulado foi mais sofisticado, na medida em que buscou na própria legislação brecha que lhe permitisse, sob a aparência de defesa dos usuários, tomar assento no órgão colaborador na definição de políticas do setor de telecomunicações, plano de outorgas e estabelecimento de metas para a universalização dos serviços.

Para se identificar o fenômeno da captura, deve-se atentar para os efeitos concretos gerados pela regulação proveniente das agências. Qual foi o efeito prático “sentido nas ruas” ou, em outras palavras, gerado aos usuários dos serviços públicos?

No Brasil, conforme já mencionado, em praticamente todos os setores regulados é possível identificar o binômio: qualidade baixa e preço alto, intimamente relacionado ao fenômeno da captura. A concentração de mercado seria um terceiro indicador do mesmo fenômeno.

Ainda que existam outros fatores relevantes a corroborar com o aparente fracasso das agências, residentes na insuficiência de recursos humanos qualificados, carência de infraestrutura de suporte para o exercício das suas atividades, além de dotações orçamentárias insuficientes (tenha-se, por exemplo, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), responsável pela fiscalização de cerca de 4,7 mil km de rodovias federais concedidas, com o quadro funcional de 154 servidores, em fevereiro de 2012, dos quais, 37 lotados em Brasília e os 117 servidores restantes, distribuídos pelas unidades regionais em todo o país).<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> FISCALIZAÇÃO da ANTT é feita por 154 funcionários. **Valor Econômico**, São Paulo, ano 12, n. 2952, 24 fev. 2012. p. A4. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/2540236/fiscalizacao-da-antt-e-feita-por-154-funcionarios>>. Acesso em: 19 maio 2012. Reportagem da revista *Veja*, aponta que a “ANTT tem sido uma mãe para as empresas. Com a sua autorização, todas as grandes obras que já deveriam ter tido a faixa de inauguração cortada (ou deveriam estar muito perto disso) tiveram o prazo para sua conclusão dilatado –em alguns casos, para 2019. A ANTT também concordou que as empresas reajustassem o valor cobrado nos pedágios acima da inflação nos últimos anos. Isso, sim, é uma agência compreensiva.” (COURA, Kalleo. O golpe do pedágio barato. *Veja*, São Paulo, ed. 2243, ano 44, n. 46, p. 138, nov. 2011).

Sobre a carência dos quadros funcionais desses entes reguladores, Luiz Alberto dos Santos anota:

[...] as agências permanecem, em quase todos os casos, apenas com servidores requisitados, comissionados ou em regime de contratos temporários, ou fazendo uso da permissão – já prorrogada várias vezes – de contratação temporária por excepcional interesse público. Fazem uso, ainda, da prerrogativa de contratação de prestadores de serviços, a qual, no entanto, deve ser restrita à realização de execução de trabalhos nas áreas técnica, econômica e jurídica, por projetos ou prazos limitados, onde não seja adequada a utilização de pessoal permanente, em razão da natureza, extraordinariedade ou sazonalidade da atividade a ser exercida.<sup>54</sup>

Portanto, afastar de plano a possibilidade de haver a captura dos entes reguladores na realidade brasileira revela, pelo menos, alto grau de ingenuidade. Neste sentido Carlos Ari Sunfeld:

É inevitável reconhecer que a defesa apaixonada de um modelo de agências independentes pode carregar, no mínimo, uma forte carga de ingenuidade. Protótipos abstratos costumam gerar mostrengos no mundo real, cujas complexidades com frequência se encarregam de distorcer, mesmo sem negá-los explicitamente, todos os belos princípios de que se partiu. Sonhar com autoridades equilibradas, imparciais e tecnicamente preparadas, democráticas, comprometidas com os interesses gerais, respeitadoras do Direito, etc., em nada garante que a realidade vá se ajustar aos sonhos.<sup>55</sup>

Ou ainda, segundo Luiz Alberto dos Santos:

No mundo real [...] nem tudo é tão simples: as agências, tanto no Brasil quanto em outros países, integram um conjunto de atores institucionais que interagem continuamente, num ambiente de incertezas, riscos, mudança contínua – política, social, tecnológica e econômica – e onde as forças envolvidas estão muito além do espectro visível para o cidadão comum. Quem em sã consciência, pode dizer que não existe captura, ou que as agências reguladoras agem, sempre, de forma isenta? Superar esses problemas tem sido o desafio dos Governos há mais de 130 anos, quando surgiram as primeiras agências reguladoras dotadas de “autonomia” frente ao poder político.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> SANTOS, Luiz Alberto dos. Regulando a regulação: a nova legislação das agências reguladoras federais no Brasil. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 9., nov. 2004, Madrid. *Anais....* Madrid: CLAD, 2004. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/publicacoes/artigos/regulando-a-regulacao-a-nova-legislacao-das-agencias-reguladoras-federais-no-brasil/view>>. Acesso em: 22 maio 2012. p. 6-7.

<sup>55</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>56</sup> SANTOS, op. cit., p. 27.

Deste modo, é imperioso refletir acerca do fenômeno da captura e maneiras de combatê-lo, diante da relevância do papel desempenhado pelas agências, conforme aponta Timothy D. Lytton: “O legislador frequentemente delega poder às agências, permitindo que estas transformem regras gerais em um conjunto de regramentos práticos. As agências disponibilizam recursos que apoiam os esforços regulatórios do Legislativo.”<sup>57</sup>

Disto advém a importância das agências reguladoras como instrumentos de valorização da cidadania, na medida em que cuidam da boa qualidade dos serviços públicos prestados, inclusive com o atendimento individualizado de usuários, quando necessário ou quando acionadas. A presença dos indícios de captura anteriormente apresentados justifica uma reflexão sobre formas de mitigação de sua captura.

---

<sup>57</sup> LYTTON, Timothy D. Lawsuits against the gun industry: a comparative institutional analysis. **Connecticut Law Review**, West Hartford, v. 32, n. 4, p. 1253, 2000. (tradução nosso).



## CAPÍTULO 4

### FORMAS DE MITIGAÇÃO DA CAPTURA

#### 4.1 Como minimizar o fenômeno da captura: haveria alternativa à autorregulação?

A experiência de países que como o Brasil adotaram o sistema regulatório de serviços públicos por meio de entes autônomos tem dado mostras de que a almejada independência descrita nas leis não se concretizou.

É importante ressaltar que a criação de entes reguladores foi considerada parte fundamental de um amplo projeto de transformação do papel do Estado, conforme lição de Luís Roberto Barroso:

[...] as agências reguladoras tornaram-se peças fundamentais no ambicioso projeto nacional de melhoria da qualidade dos serviços públicos e de sua universalização, integrando ao consumo, à cidadania e à vida civilizada enormes contingentes mantidos à margem do progresso material.<sup>1</sup>

Verifica-se, no entanto, que as ações realizadas pelas agências reguladoras até o momento não foram suficientes para imprimir o nível de qualidade, confiança e credibilidade que a sociedade brasileira almeja e o texto constitucional determina.

Prova disto são as tarifas de telefonia tidas como as mais caras do mundo segundo pesquisa realizada pela União Internacional de Telecomunicações<sup>2</sup>, o descumprimento reiterado de metas pelas concessionárias de rodovias<sup>3</sup>, as tarifas de energia – independentemente de sua matriz hidroelétrica – também figura entre uma das mais caras do mundo, dentre outras razões em função do sistema quase que “secreto” dos leilões realizados

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 229, p. 311, jul./set. 2002.

<sup>2</sup> BRASIL tem a tarifa de celular mais cara do mundo. **Integração Notícias**, Capivari do Sul, 15 set. 2011. Disponível em: <[http://www.integracaonoticias.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5478:brasil-tem-a-tarifa-de-celular-mais-cara-do-mundo&catid=44:homes-gardens&Itemid=517](http://www.integracaonoticias.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5478:brasil-tem-a-tarifa-de-celular-mais-cara-do-mundo&catid=44:homes-gardens&Itemid=517)>. Acesso em: 5 fev. 2012.

<sup>3</sup> Neste sentido, a revista *Veja* trouxe interessante matéria, que diz: “A obrigação de fiscalizar o andamento das obras e multar as concessionárias que descumprem os contratos é da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Ocorre que a ANTT tem sido uma mãe para as empresas. Com a sua autorização, todas as grandes obras que já deveriam ter tido a faixa de inauguração cortada (ou deveriam estar muito perto disso) tiveram o prazo para a sua conclusão dilatado – em alguns casos para 2019. A ANTT também concordou que as empresas reajustassem o valor cobrado nos pedágios acima da inflação nos últimos anos. Isso, sim, é uma agência compreensiva.” (COURA, Kalleo. O golpe do pedágio barato. **Veja**, São Paulo, ed. 2243, ano 44, n. 46, p. 138, nov. 2011).

no sistema de mercado livre, o que torna a energia brasileira três vezes mais cara que a canadense.<sup>4</sup>

Pode-se elencar diversas causas para o baixo nível de desempenho dos entes reguladores, tais como a insuficiência orçamentária e quadro de pessoal limitado e. Por outro lado, os “sintomas” descritos pelo binômio: preço alto e qualidade baixa, ambos apresentados na realidade brasileira, indicam a presença de traços característicos do fenômeno da captura.

Por isto, a incidência dos problemas antes mencionados coloca em destaque as condições para que a desregulamentação seja postulada.

O segmento regulado organiza-se a ponto de apresentar alternativas que eventualmente poderiam melhorar a qualidade dos serviços prestados, mas aprofundado exame destas propostas mostra que a real pretensão é deixar nas mãos do prestador os critérios de verificação da sua eficiência e qualidade.

Assim, selos de qualidade e certificações criadas pelas próprias empresas integrantes do segmento regulado, menções honoríficas por elas sugeridas, tudo a anestesiar o senso crítico do usuário.

Contudo, os interesses dos destinatários dos serviços públicos não podem ser deixados ao livre talante dos grupos econômicos, cujos interesses nem sempre coincidem com os interesses daqueles.

Muitas vezes as menções acrescidas pelo próprio setor escondem estratégias de marketing e servem até mesmo para eliminar a concorrência de empresas menores ou são instrumentos para inviabilizar o ingresso de novos *players* no mercado regulado.

A autorregulação como forma de alcançar os objetivos que originariamente levaram ao afastamento do Estado e à entrega da prestação de serviços à sociedade civil, revela-se o último estágio da captura do ente regulador.

Paradoxalmente, a autorregulação é apresentada como panaceia para a consecução daqueles fins que seriam a razão de ser da própria regulamentação.

---

<sup>4</sup> Neste sentido o artigo: UMA das mais caras do mundo, tarifa de energia no Brasil pode reduzir. **Jornal do Comércio**, Recife, 15 dez. 2011. Economia. Disponível em: <<http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/economia/nacional/noticia/2011/12/15/uma-das-mais-caras-do-mundo-tarifa-de-energia-no-brasil-pode-reduzir-25675.php>>. Acesso em: 5 fev. 2012.

Floriano de Azevedo Marques Neto, em seminário na Casa Civil (Brasília/DF), em 29.05.2008, indica a adoção de maior transparência como uma das medidas necessárias para se obter um “futuro virtuoso” para o ambiente regulatório no Brasil. MARQUES NETO, Florian Peixoto de Azevedo. Perspectivas do sistema de regulação no Brasil experiências e desafios. In: SEMINÁRIO FORTALECENDO A GOVERNANÇA PARA CRESCIMENTO, 1., 2008, Brasília, DF. **Material didático**. Brasília, DF: [s. n.], 2008. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/eventos/seminarios-internacionais/teste-de-evento/material-didatico/perspectivas-do-sistema-de-regulacao-no-brasil-experiencias-e-desafios/view?searchterm=Floriano>>. Acesso em: 29 abr. 2012.

No caso brasileiro, a autorregulação seria solução apressada se levado em conta o fato de que as agências reguladoras ainda não tiveram tempo suficiente, em termos históricos, para responder com eficiência às demandas da sociedade. Em outras palavras, é preciso que o sistema adotado tenha a oportunidade de testar, na prática, as suas propostas de prestação de serviço público, o que demanda lapso temporal que ainda não se preencheu nessas duas décadas de adoção do sistema de agências, no âmbito do direito regulatório.

Para se combater tais sintomas, faz-se necessário exercício propositivo de medidas que, uma vez implementadas, poderiam de certo modo auxiliar no combate à captura.

A seguir tais sugestões serão apresentadas<sup>5</sup>.

#### **4.2 A contratação direta (sem concurso) dos funcionários administrativos e a eleição de dirigentes das agências reguladoras**

No sistema brasileiro, o recrutamento dos servidores, tanto na Administração direta quanto na Administração indireta, é feito por meio de certames públicos de provas ou de provas e títulos. Esta é a regra inscrita na Constituição da República, quando trata dos princípios regentes, em seu artigo 37.

É sabido que, neste caso, a legitimação decorre da impessoalidade que preside os concursos públicos.

A contratação por concurso não é unânime na doutrina, como forma de legitimação, sobretudo quando se trata de entes da Administração indireta. A questão já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de liminar, na ADIn n. 2.310/DF, de relatoria do Min. Marco Aurélio, na qual se questiona exatamente a forma de recrutamento dos servidores das agências reguladoras, em especial dos dispositivos da Lei n.9.986/2000, que autoriza a contratação de forma livre, pelo regime geral da Consolidação das Leis do Trabalho.

O propósito é permitir que a agência conte em seus quadros com servidores qualificados para o seu *mister* e adequadamente remunerados, até como forma de não serem cooptados pela iniciativa privada.

Na liminar deferida, o Min. Marco Aurélio ponderou que:

Inegavelmente, as agências reguladoras atuam com poder de polícia, fiscalizando, cada qual em sua área, atividades reveladoras de serviço público, a serem desenvolvidas pela iniciativa privada. [...] cumpre indagar a

---

<sup>5</sup> Não se pretende aqui, de modo algum, exaurir a questão ora trazida. O combate à captura e seus efeitos requer amplo debate e reiterada reflexão pelos operadores do Direito.

harmonia, ou não, da espécie de contratação, ante a importância da atividade e, portanto, o caráter indispensável de certas garantias que, em prol de uma atuação equidistante, devem se fazer presentes, considerados os prestadores de serviços. [...] Não de estar as decisões desses órgãos imunes a aspectos políticos, devendo fazer-se presente, sempre, o contorno técnico. É isso o exigível não só dos respectivos dirigentes – detentores de mandato –, mas também dos servidores – reguladores, analistas de suporte à regulação, procuradores, técnicos em regulação e técnicos em suporte à regulação [...] que, juntamente com os primeiros, não de corporificar o próprio Estado nesse mister da mais alta importância, para a efetiva regulação dos serviços.

Tem-se, portanto, que a regra permissiva da contratação livre, exatamente para que a agência possa atuar conforme as necessidades e observadas as regras comumente aplicadas pela iniciativa privada em relação a seus colaboradores, transformou-se em letra morta.

A decisão não teve o conforto de parte da doutrina, valendo apontar o comentário de Jerson Kelman:

[...] uma agência reguladora deve atuar de forma independente, procurando arbitrar eventuais conflitos de forma a equilibrar os interesses do Governo, do concessionário e do consumidor. Idealmente, deveria contar com servidores com suficiente conhecimento e atuação nesses três vértices, para ter uma visão capaz de compreender e conciliar os diferentes pontos de vista. Em sua origem, a ANEEL e outras agências exerciam essa capacidade facilmente: podiam contratar profissionais de diferentes experiências e remunerações e assim constituir um quadro flexível de funcionários públicos, no regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Se a agência viesse a tratar de temas novos para os quais tivesse suficientes profissionais – em quantidade, experiência ou conhecimento – seria possível contratar novos funcionários. Assim como seria possível também dispensar os poucos produtivos. Ou seja, as agências seriam dotadas de capacidade e de flexibilidade para contratar e despedir, da mesma forma que funcionam as empresas privadas e as melhores agências reguladoras do mundo [...].<sup>6</sup>

A forma de contratação do quadro de pessoal das agências influencia diretamente no desempenho de suas funções. Ao ser obrigada a contratar por meio de certames públicos, nem sempre a agência consegue recrutar os profissionais mais qualificados no mercado, porque muitas vezes o resultado do concurso privilegia os que absorveram com maior facilidade o conteúdo teórico do edital, deixando ao largo o conhecimento adquirido da experiência vivida e o desempenho prático das atribuições inerentes ao cargo pretendido. Tais competências seriam melhor aferidas em dinâmicas de grupo, estudos de casos práticos (*cases*) e entrevistas adequadamente conduzidas de modo a avaliar o perfil do candidato em relação à cultura do ente regulador e sua capacidade de adaptação e de inserção na equipe.

---

<sup>6</sup> KELMAN, Jerson. **Desafios do regulador**. Rio de Janeiro: Synergia, 2009. p. 18.

Outro aspecto importante trazido pela contratação direta seria a diminuição de *turn over*, isto é a rotatividade entre ocupantes de cargos nas agências.

Conforme aponta Jerson Kelman, diversas vezes os candidatos às vagas de cargos administrativos das agências, em realidade, almejam apenas a possibilidade de obter a estabilidade que a aprovação lhe proporcionará. Na sequencia, querem a segurança necessária para trabalharem em direção a uma nova aprovação em outros concursos com melhor remuneração, gerando assim, verdadeira “sangria” de funcionários para outros setores da Administração Pública:

As agências perdem servidores para o setor regulado. Isso é normal. O que não é normal é a sangria desatada de servidores, que abandonam as agências para irem trabalhar não nas empresas privadas e sim em outra áreas de Governo, que paguem melhor. Não se vê fenômeno semelhante em outros países. [...] Como a remuneração de carreiras do serviço público assemelhadas varia muito, dependendo da instituição, existe forte competição pelo melhores quadros e, portanto, alta rotatividade, o que dificulta a formação da memória institucional e é uma das causas da baixa eficácia da administração pública.<sup>7</sup>

Diz ainda o autor:

Somente no primeiro semestre de 2007, dez servidores da ANNEL se beneficiaram desse privilégio [rotatividade via concursos entre órgãos diversos da própria Administração Pública]. Desses, dois não chegaram a trabalhar um único dia. E essas vagas não puderam ser preenchidas.<sup>8</sup>

O fortalecimento do quadro funcional das agências, necessário ao consequente fortalecimento institucional destes entes, passa pela reformulação de seu modo de contratar. Não se pode admitir que a contratação de profissionais que esperam apenas estarem “de passagem”.

Na contratação direta existe inclusive um vínculo “moral” dos candidatos ao cargo para com aquele que lhes outorgou a oportunidade de trabalho no sentido de não abandonar a sua posição sem nela permanecer durante algum tempo razoável. Sabe-se inclusive que isto poderia dificultar uma contratação futura, pois representaria uma eventual despreocupação do funcionário para com as empresas por onde passou e uma dificuldade de se integrar ao meio onde se insere.

A mencionada rotatividade influencia, conforme apontado, a memória institucional, que ao final é indicada pela teoria do ciclo da vida como uma das razões do fenômeno da

---

<sup>7</sup> KELMAN, Jerson. **Desafios do regulador**. Rio de Janeiro: Synergia, 2009. p. 18-19.

<sup>8</sup> Ibid., p. 20.

captura. Não bastasse isto, a própria Administração Pública incorre em gastos relevantes com o treinamento e integração de cada novo funcionário. Quanto maior a rotatividade, maior este custo.

Não é demais, ainda, recordar que a imposição do concurso público como forma única de recrutamento dos quadros funcionais representa uma negação da própria essência do ente regulador, que consiste exatamente na agilidade de desempenho e na necessidade de valorização técnica dos serviços regulados. Isto não é marca significativa da Administração Pública, quase sempre de desempenho lento e resultados sofríveis.

Outra causa do aparente insucesso das agências pode ser identificada no tocante à legitimidade de atuação dos seus colaboradores, inclusive de seus dirigentes.

Os argumentos anteriores se aplicam, em especial, ao quadro administrativo das agências. Todavia, o dirigente máximo desses entes deve possuir sensibilidade social aflorada que o qualifique a identificar as necessidades e aspirações dos usuários de serviços públicos, de modo a conduzir a atuação do ente para a concretização das políticas públicas definidas pelos Ministérios.

Deste modo, o presidente do ente regulador deve contar com legitimação para o exercício pleno de seu mandato, mantendo-se em sintonia com os usuários dos serviços concedidos, o que é possível por meio do voto popular.

A legitimação máxima da autoridade pública é encontrada nas eleições, obediente ao princípio de que todo o poder emana do povo.

É certo que o sistema de eleição dos dirigentes das agências reguladoras não foi muito frutífero na experiência norte-americana, conforme aponta Richard B. Stewart:

[...] a experiência histórica com formatos eleitorais proporciona pouco espaço para [...] otimismo. Por exemplo, muitos Estados em um momento ou outro do passado século dezenove previam a eleição popular para os membros da comissão das ferrovias [uma agência reguladora], num esforço para compensar a dominação dos agentes nomeados para tal comissão. Como resultado, agentes incompetentes foram frequentemente selecionados e em alguns casos, as [empresas ferroviárias] adquiriram uma medida maior ainda de controle sobre as políticas desta comissão. Em quase todos estes Estados, a eleição popular foi abandonada, retornando-se ao sistema de nomeação [dos diretores das agências].<sup>9</sup>

Contudo, eventuais falhas desse modelo eletivo, por si só, não devem desqualificar a proposta, até porque é possível melhorar o sistema de recrutamento por eleições.

---

<sup>9</sup> STEWART, Richard. The reformation of American Administrative Law. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 88, n. 8, p. 1793, jun. 1975. (tradução nossa).

De fato, a doutrina americana aponta como defeitos do sistema, por exemplo, a possibilidade de aumentar conflitos internos em razão do grande número de representantes eleitos na mesma agência.

Um outro defeito decorreria da possibilidade de os eleitores desconhecerem até que ponto as suas escolhas poderiam prejudicar seus próprios interesses como usuários de serviços públicos. Neste sentido:

Dada as funções especializadas de muitas agências e o conhecimento especial requerido para avaliar a pertinência das políticas [regulatórias] das agências, é muito duvidoso se estas condições seriam atendidas num sistema de eleição popular dos membros das agências. Provavelmente ocorra, ao contrário, considerável apatia dos eleitores; muitos desses que votaram podem ter ignorado sobremaneira tanto as questões quanto os candidatos.<sup>10</sup>

Essa apatia decorre provavelmente da dificuldade de compreensão, por parcela significativa dos eleitores-usuários, das questões de natureza técnica que estão intimamente ligadas às áreas de atuação das agências, cuja compreensão, por envolver linguagem ou terminologia técnica, pode impedir a correta apreensão do alcance exato dos temas debatidos.

Apesar destas constatações, o conteúdo democrático que decorre do processo eleitoral direto vem reconhecido pela mesma doutrina norte-americana, de onde provém tais críticas. Assim:

Um prognóstico mais esperançoso é possível. Eleições podem atrair a atenção direta do público para o fato da responsabilidade das agências pela maioria das decisões relacionadas às políticas [regulatórias] e estimular o debate público acerca de tais decisões. Tais desenvolvimentos poderiam trazer consigo um escrutínio público melhor informado e [consequentemente] controle sobre as políticas [emanadas] pelas agências, seja através do processo eleitoral ou por meio de alternativas que resultem disto.<sup>11</sup>

No caso brasileiro, ante o desconhecimento, pelo público em geral, das agências reguladoras e do seu importante papel, a adoção de eleições como instrumento para a escolha de seus dirigentes obrigaria os participantes do pleito e aspirantes aos cargos de direção a estabelecerem um canal direto com os usuários, no caso, seus eleitores em potencial.

Haveria a necessidade de se apresentar temas técnicos em linguagem didática para que o público em geral pudesse apreender temas eminentemente técnicos e, por meio de

---

<sup>10</sup> STEWART, Richard. The reformation of American Administrative Law. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 88, n. 8, p. 1792, jun. 1975. (tradução nossa).

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 1793.

associações ou Universidades públicas, inclusive questionar os posicionamentos dos candidatos, contribuindo assim para um debate qualitativo.

As próprias empresas concessionárias participariam ativamente do debate, apresentando seus posicionamentos diretamente ou por intermédio de suas associações, o que auxiliaria também na identificação dos anseios do segmento.<sup>12</sup>

Esta forma de provimento dos cargos diretivos representaria grande ganho para a cidadania, na medida em que traria para o centro dos debates as questões regulatórias que, por natureza, estão intimamente ligadas a situações práticas do cotidiano dos cidadãos.

Nesses debates poderiam ser tratados temas como o valor de tarifas e preços públicos pagos pelos serviços concedidos, as formas de calcular os reajustes, de modo a favorecer os usuários sem que isto represente um desequilíbrio econômico financeiro para as empresas privadas concessionárias.

Assuntos como a universalidade dos serviços públicos deixariam de ser apresentados *en passant*, já que ao longo dos debates os eleitores poderiam questionar o efetivo acesso aos serviços de interesse público, enquanto os candidatos poderiam expressar sua opinião e apresentar suas propostas e suas metas, caso eleitos.

O efeito negativo mencionado pela doutrina estrangeira, consistente no desinteresse dos eleitores, que por direta consequência, poderia resultar na eleição de dirigentes despreparados para suas funções poderia ser minimizado, se não superado, por meio da adoção de uma lista tríplice apresentada pelo Poder Executivo. Em tal lista, haveria a obrigação prévia de ser composta apenas por candidatos que ostentassem currículo técnico e experiência prática compatíveis com as exigências do cargo a ser ocupado.

Na prática, o modelo adotado no Brasil já reproduz, de certo modo, a ideia aqui defendida, uma vez que no sistema pátrio já existe eleição para o dirigente máximo das agências, ainda que de forma indireta, por meio da aprovação, pelo Senado, do nome indicado pelo Executivo.

No entanto, haveria grande diferença, a qual residiria no crivo popular que seria diretamente imposto aos pretendentes ao cargo, que se veriam obrigados a solicitar votos de eleitores comuns, estes usuários diretos dos serviços concedidos e, muitas vezes vítimas dos abusos praticados pelas empresas concessionárias.

---

<sup>12</sup> Note-se que os objetivos das empresas concessionárias seriam apresentados de maneira transparente ao longo dos debates, tornando mais paritária a oportunidade contraposição de argumentos com os usuários e suas associações. Tudo isto seria objeto de fiscalização pelo Ministério Público e a própria Justiça Eleitoral, o que traria maior legitimidade a todo o processo de escolha, desestimulando práticas pouco transparentes de influência e pressão, normalmente utilizadas para a captura.



Nem se diga acerca da impossibilidade de se realizar consulta popular para tais cargos em razão das dimensões do Estado brasileiro.

É que os dirigentes das agências poderiam ser eleitos concomitantemente com outros cargos também de abrangência nacional, tais como deputados federais e senadores (não haveria portanto a necessidade de inclusão de nova eleição, além daquelas que já ocorrem alternadamente a cada dois anos).

Finalmente, a concomitância de mandatos entre os dirigentes máximo das agências e o chefe do Poder Executivo, cuja inexistência no modelo atual – em teoria – serviria para realçar a independência das agências poderia ser evitada, mas não impedida no caso de reeleição do chefe do Executivo, caso o mandato dos dirigentes das agências fosse de oito anos. Outra forma de se manter a aparente independência advinda do mandato não concomitante seria a adoção de mandatos de seis anos.

Imprescindível consignar que a não concomitância de mandatos não representa, por si só, independência alguma, já que a verdadeira independência somente pode ser auferida por meio dos efeitos concretos resultantes das medidas adotadas pela agência reguladora sob a direção de determinado diretor-presidente e não em função exclusiva da coincidência (ou não) de seu mandato.

O efeito democrático decorrente das eleições diretas torna possível o estabelecimento de diálogo agência-usuário, extremamente raro nas circunstâncias atuais, superando assim eventuais críticas à sua adoção.

### **4.3 A ampliação do instituto da quarentena**

Outra medida mitigadora deste fenômeno seria o aperfeiçoamento do instituto da quarentena imposta aos ex-diretores, de modo a impedir o seu retorno ou indicação para ocupar cargos executivos em empresas privadas sujeitas à disciplina regulatória.

A quarentena foi inicialmente prevista no artigo 8º da Lei n. 9.986 de 18.07.2000, com a redação que lhe foi conferida pela Medida Provisória n. 2.216-37/2001, ao dispor que:

Art.8º - O ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato.

Assim, fica o ex-dirigente de agência reguladora vinculado à agência reguladora onde cumpriu seu mandato, sob pena de incorrer inclusive em penalidades de natureza criminal, em especial aquelas previstas no tipo penal da advocacia administrativa.

Na lição de Irene Patrícia Nohara:

O mecanismo de quarentena é previsto de forma genérica [...] sendo o ex-dirigente impedido para o exercício de atividade ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por período geral de quatro meses, contados da exoneração ou do término do mandato. Nada impede a extensão desse prazo [...] Durante esse impedimento para o exercício de atividades ou prestação de qualquer serviço no setor regulado, o ex-dirigente fica vinculado à agência sob pena de responder criminal, administrava ou civilmente.<sup>13</sup>

Durante o período de quarentena, que tem a duração geral de quatro meses, o ex-dirigente não pode realizar qualquer tipo de atividades ou consultoria para empresa integrante do setor sobre o qual incide os regramentos e a fiscalização da agência para na qual se encontra vinculado.

Por esta razão, durante este período os ex-dirigentes inclusive recebem seus vencimentos de sua ex-agências. E não poderia ser de maneira diversa, como leciona Marçal Justen Filho:

Observe-se que a determinação de impedimento temporário tem de corresponder ao direito à remuneração. Não seria concebível, em face da Constituição, que o sujeito fosse privado de meios de subsistência e impedido de exercer sua profissão ou valer-se de sua especialidade. Se o Estado determinar a vedação à prestação de serviços à iniciativa privada, deverá fornecer ao indivíduo remuneração que lhe permita manter-se com dignidade. Aliás, se não o fizer, estará indiretamente incentivando práticas indevidas e reprováveis, inclusive o exercício abusivo de competências ao longo do mandato do sujeito como administrador da agência. Seria uma forma de captar recursos para manutenção após a extinção do mandato.<sup>14</sup>

A legislação específica de cada agência ampliou ou indicou a possibilidade de se ampliar o prazo originalmente previsto no diploma legal antes indicado. Assim sendo, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), por exemplo, modificou para doze meses o período da quarentena (art. 9º, Lei n. 9.427/96). Já a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), trouxe a possibilidade de quarentena de até um ano após o dirigente ter deixado o

---

<sup>13</sup> NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 554.

<sup>14</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 471-472.

cargo (art. 30, Lei n. 9.472/97), enquanto a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) também ampliou o prazo para doze meses (art. 9º, Lei n. 9.961/00).

Este instituto pretende afastar a possibilidade de captura dos ex-dirigentes das agências reguladoras pelas empresas privadas prestadoras de serviços públicos. O propósito é evitar que informações privilegiadas sejam repassadas, com evidente prejuízo para a comunidade como um todo e, particularmente, para as empresas do mesmo setor, cuja competitividade seria prejudicada.

Todavia, o curto período de tempo previsto na legislação interna afasta-se dos parâmetros internacionais. Embora seja comum na Administração Pública, a quarentena deve ser adotada com muito mais rigor no caso das agências reguladoras, exatamente em razão do assédio a que seus dirigentes são submetidos pelas empresas dos setores regulados.

Assim, embora em nosso ordenamento todas as agências contem com o período de quarentena previsto em suas normas específicas, o lapso temporal adotado não é suficiente para alcançar o objetivo almejado pelo legislador. Tanto que o próprio Tribunal de Contas da União (TCU) sugere a sua ampliação para um ano, em relação a todas as agências, tendo por parâmetro as melhores práticas internacionais, conforme recomendado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Contudo, mesmo o prazo de um ano de quarentena mostra-se insuficiente diante dos desafios da Administração Pública brasileira, sempre sujeita a pressões de grupos econômicos mais organizados.

A própria OCDE recomenda o prazo de um ano como período mínimo de quarentena a significar que o lapso temporal poderá ser ampliado, conforme as circunstâncias fáticas concretas e eventualmente a natureza do ente regulador envolvido.

A questão foi examinada no acórdão n. 2.261/2011, de 24 de agosto de 2011, do Tribunal de Contas da União, de relatoria do Min. José Jorge. Nele, a secretaria de fiscalização de desestatização (SEFID) incluiu em seu relatório final, além da ampliação do prazo da quarentena para um ano, sugestão para que o instituto alcançasse também outros cargos de alto escalão das agências, além dos cargos dos dirigentes. Embora a sugestão não tenha sido expressamente acolhida pelo Tribunal, na sessão de julgamento, o fato é que a quarentena deveria ser aplicada também a outros cargos, como os superintendentes, porque:

[...] apesar de não terem, formalmente, voz ativa nas decisões colegiadas, têm acesso a uma grande quantidade de informações muito sensíveis acerca do funcionamento do setor. Além disso, muitas vezes os Superintendentes

são responsáveis pela elaboração dos pareceres técnicos que subsidiam decisões dos órgãos colegiados.<sup>15</sup>

Como detentores de informações privilegiadas, tanto os ex-dirigentes quanto os ex-superintendentes e outros integrantes dos escalões decisórios das agências efetivamente deveriam sujeitar-se a prazos maiores de quarentena, como forma de garantir a transparência e a lisura da atuação governamental.

A decisão do TCU, não obstante tenha recomendado a adoção de adoção de quarentena pelo prazo de um ano, acolheu o período mínimo indicado pela OCDE, o que não é suficiente para afastar o perigo de captura.

Com efeito, as empresas prestadoras de serviços públicos representam sempre interesses de grupos econômicos altamente organizados, cujas estratégias e planos de atuação são definidos com planejamento futuro a médio e longo prazos, largamente superiores a um ano.

Nessa conformidade, informações sensíveis certamente serão de interesse ao longo do tempo, para as empresas reguladas, por período superior a doze meses, pelo seu conteúdo e pela sua qualidade, já que os interesses e objetivos não se alteram ao longo de um único ano, em função do escopo e volume de investimentos, muitas vezes de altíssima monta e lenta maturação.

Não se olvide, ainda, que a distribuição de dividendos das empresas concessionárias, muitas delas de capital aberto e com negociação de suas ações em bolsas internacionais, depende do sucesso de seus projetos, os quais, como já demonstrado, são de longo prazo.

A própria transferência da prestação do serviço ao particular, conforme as regras estabelecidas pelas agências, demanda prazo razoável, e por isto é realizada sob a forma de concessão, que por natureza se aplica a contratos de longa duração (alguns de vinte ou trinta anos, por exemplo), de modo a permitir não só a recuperação do capital investido e o acréscimo dos lucros e dividendos previstos em edital.

Diante desta constatação, conclui-se que o prazo de quarentena por quatro meses é por demasiado curto, enquanto o prazo de um ano ser revela insuficiente.

---

<sup>15</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TC 012.693/2009-9**. Acórdão n. 2261/2011, 24 ago. 2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-93572&texto=2b52454c41544f522533412532324a4f532543392b4a4f5247452532322b414e442b2b4e554d41434f5244414f253341323236312b414e442b2b4e554d414e4f41434f5244414f25334132303131&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=>>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

#### 4.4 A diversificação de mercados regulados e ampliação de *networking* das agências

O fenômeno da captura, por estar diretamente ligado ao grau de influência projetado pelos membros do setor regulado sobre o respectivo ente regulador, revela-se com maior intensidade se realizado dentro de campo de abrangência com dimensões menores.

Por esta razão, ele será verificado com maior frequência no âmbito dos entes reguladores setoriais ( telecomunicações, eletricidade, água, petróleo, saúde privada e vigilância sanitária) do que na regulação geral da economia (antitruste e mercado de capitais).

É por isto que o fenômeno da captura (e seus respectivos sintomas já mencionados em situações concretas no Brasil), poderia ser combatido, e suas consequências minimizadas, por meio da adoção de maior diversificação de atividades controladas pela mesma agência.

Em outras palavras, haveria a aglutinação de setores atualmente regulados por mais de uma agência em um único ente; proporcionando assim a concentração de recursos – hoje escassos para o atendimento às necessidades das diversas agências – num número menor de entes reguladores que restaria deste processo de centralização.

A sugestão é apresentada por Mark Niles, ao comentar agência reguladora criada para cuidar da segurança aérea nos Estados Unidos, após os ataques de 11 de setembro de 2001, a Administração de Segurança de Transporte (*Transportation Security Administration – TSA*) que tem como uma das atribuições, cuidar de um amplo leque de indústrias reguladas. Tal característica foi adotada justamente visando diminuir a possibilidade de captura:

[...] uma agência com responsabilidade de supervisionar uma variada gama de indústrias, diversificando assim a comunidade regulada por esta agência, e conseqüentemente, reduzindo a probabilidade de sucesso de uma hiper-influência advinda dos interesses de algum grupo organizado.<sup>16</sup>

É que, ao se ampliar o âmbito de atuação das agências reguladoras, ao mesmo tempo, permite-se a diluição da pressão exercida pelas empresas dos setores regulados sobre tais órgãos.

A especialização, como forma legítima de ganho de eficiência e produtividade, almejada quando da instituição das várias agências reguladoras modernas atualmente existentes não sofreria perdas, uma vez que poderiam ser organizados departamentos próprios, dentro de uma mesma agência, para atuar de modo mais especializado em relação a determinado setor.

---

<sup>16</sup> NILES, Mark C. On the hijacking of agencies (and airplanes): the federal aviation administration, “agency capture”, and airline security. *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Washington, v. 10, n. 2, p. 441, 2002. (tradução nossa).

Ao se incluir setores diversos dentro de uma mesma agência, diminui-se o potencial de organização das empresas concessionárias e possibilita, até mesmo, maior debate entre elas, uma vez que – eventualmente – algum ponto objeto do processo regulatório poderia ser interessante e, portanto, defendido por um setor, mas não outro.

Isto proporcionaria debate mais aprofundado das matérias objeto da regulação.

Mas não é tudo, haveria maior racionalização dos custos fixos para se manter toda estrutura atual, com todas as agências, o que proporcionaria maior investimento na melhoria de suas instalações físicas, tecnologia e conhecimento, além da própria valorização de seu corpo funcional (o que diminuirá o interesse em uma possível troca, pelo setor regulado, em razão de remuneração mais alta).

Outra medida importante para o fortalecimento das agências é representado pelo incremento de *networking* entre as agências:

[...] a independência de fato [das agências reguladoras] de políticos e dos entes regulados, ao que tudo indica, é positivamente afetada pela maturidade das agências e a presença de vários indivíduos com poder de veto, bem como através da participação em redes europeias de *network* de entes reguladores. A independência de fato de políticos, por sua vez, afeta positivamente a influência dos entes reguladores independentes no processo de edição de políticas [regulatórias] domésticas e possivelmente representa uma necessária [...] condição para uma avaliação positiva de credibilidade pela mídia.<sup>17</sup>

Assim, uma forma de trazer maior prestígio aos entes reguladores é incentivar o intercâmbio de seus diretores e corpo administrativo, de modo a proporcionar oportunidades de intercâmbio de proposições e melhores técnicas, além do alinhamento de posturas que fortalecerá as agências diante dos setores regulados.

#### **4.5 Exemplos da jurisprudência norte-americana: parâmetros úteis de combate à captura**

O estudo do direito econômico, notadamente no campo que cuida da proteção à livre concorrência como forma de garantir o princípio posto na Lei Fundamental ao tratar da ordem econômica pode fornecer subsídios importantes à questão da captura.

Assim, é possível estabelecer um liame entre a atuação de grupos empresariais privados, prestadores de serviços públicos, no que tange à concentração de mercados, ao

<sup>17</sup> GILARDI, Fabrizio; MAGGETTI, Martino. **The independence of regulatory authorities**. nov. 2010. Disponível em: <[http://www.fabriziogilardi.org/resources/papers/gilardi\\_maggetti\\_handbook.pdf](http://www.fabriziogilardi.org/resources/papers/gilardi_maggetti_handbook.pdf)>. Acesso em: 28 abr. 2012. (grifo nosso, tradução nossa).

processo de monopólio, ao *dumping* e à formação de cartéis, visando à eliminação da livre concorrência e o fenômeno da captura. Com efeito, o resultado final será quase sempre muito semelhante ao que se obtém com a captura do regulador.

De fato, a eliminação da concorrência atende aos interesses dos setores regulados na mesma medida em que uma legislação leniente emanada do órgão regulador, em razão da sua captura, também terá como resultado os interesses daqueles segmentos.

A constituição brasileira (art. 5º, inciso XXXIV, “a”) inscreve como garantia da cidadania o direito de obtenção de informações do poder público. Trata-se de instrumento de viés democrático que desde muito tempo o Supremo Tribunal Federal tem prestigiado em nosso sistema: “O direito de petição qualifica-se como prerrogativa de extração constitucional assegurada à generalidade das pessoas pela Carta Política [...]”<sup>18</sup>

Para a suprema corte a garantia é de natureza pública subjetiva própria dos Estados democráticos de direito.

Contudo, se a garantia tem o seu uso deturpado pelos interesses de grupos econômicos privados pode, eventualmente, transformar-se em instrumento hábil a proporcionar o fenômeno da captura.

É que, a pretexto de buscar informações existentes nos arquivos da administração pública, em particular das agências reguladoras, os peticionários em verdade podem ser agentes daqueles setores na formulação de um quadro que leve à captura do ente regulador.

As informações buscadas ou os dados oferecidos como contribuição em processos de consulta popular, por exemplo, escondem na verdade o propósito de manipular a atuação da agência, sempre com o fito de obter benefícios privados.

Essa questão já foi apreciada pelos Tribunais norte-americanos, até mesmo a Suprema Corte do país, dando origem ao que se convencionou chamar de *Noerr-Pennington doctrine*, extraída do julgamento dos casos *Eastern Railroad Presidents Conference vs. Noerr Motor Freight*, julgado em 1961.

A discussão central nestes casos envolvia o direito de petição assegurado nos países de feição democrática a qualquer cidadão e a proteção da livre concorrência.

---

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. AR em Ação Rescisória n. 1354/BA. Rel. Min. Celso de Mello. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 6 jun. 1997. p. 24873. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2820976%2E+OU+20976%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24 abr. 2012.

No primeiro caso, a indústria ferroviária por meio de sua associação de classe buscou junto ao legislativo do Estado norte-americano da Pensilvânia regras que inviabilizassem a concorrência do transporte rodoviário nos serviços de longa distância.

O direito de petição, todavia, foi seguido de campanha publicitária desenvolvida pela *Carl Byoir & Associates*, com larga experiência no mercado publicitário, e que criou um *kit* anti-caminhões, composto de informações estatísticas, artigos de revistas, documentários e outros dados contendo inconsistências, distorções e falsidades a respeito da indústria automotiva no segmento de caminhões cargueiros.

O litígio entre os segmentos rodoviário e ferroviário chegou à Suprema Corte daquele país que decidiu, valendo-se da ponderação de valores, por prestigiar o direito de petição como expressão da liberdade prevista na primeira emenda à constituição norte-americana.

Não obstante a conclusão do caso, a Suprema Corte ponderou que:

Há situações nas quais uma campanha publicitária ostensivamente dirigida para influenciar uma ação governamental, é uma mera simulação [*sham*] para encobrir o que é na verdade, nada mais do que uma tentativa de interferir diretamente nas relações comerciais de um competidor e a aplicação da lei *Sherman* seria justificada.<sup>19</sup>

O julgamento referido constitui o *leading case* do que hoje se denomina de *sham exception*, ou seja, uma exceção ao entendimento de que a lei *Sherman*<sup>20</sup> deve prevalecer nas hipóteses em que o direito de petição é utilizado como forma de gerar resultado danoso à concorrência entre as empresas.

Existe uma dificuldade muito grande para se estabelecer critérios que permitam apontar as hipóteses em que o direito de petição concretiza garantia cidadã e aquelas em que ocorre o abuso de petição e, portanto, dá lugar à *sham exception*.

Por esta razão, ao apreciar situações concretas, os tribunais norte-americanos desenvolveram a doutrina do *PRE-Test*<sup>21</sup>, consistente na verificação de dois aspectos relacionados aos pleitos apresentados pelos setores regulados junto às agências.

<sup>19</sup> BALMER, Thomas A. *Sham litigation and the antitrust laws*. *Buffalo Law Review*, New York, v. 29, n. 1, p. 41-42, 1980.

<sup>20</sup> A lei *Sherman* (*Sherman Act*), de 02.07.1890, foi o primeiro diploma legal emanado nos Estados Unidos com o objetivo de combater ações anticoncorrenciais, tais como contratos entre empresas visando a eliminação da concorrência, bem como a divisão de mercados. Para mais informações, consultar: LEI Sherman antitruste. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei\\_Sherman\\_Antitruste](http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Sherman_Antitruste)>. Acesso em: 12 maio 2012.

<sup>21</sup> Esta doutrina foi desenvolvida a partir do julgamento, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Professional Real Estate Investors, Inc. vs Columbia Poctiures Industries, Inc.*, em 1993.



O primeiro consiste na verificação, de modo objetivo, dos fundamentos da demanda e de sua possibilidade de êxito, enquanto que o segundo aspecto envolve exame de uma possível instrumentalização do aparato estatal, pelo segmento econômico regulado, com o fim de atingir a concorrência.

A avaliação dessas condições deve ser prioridade para as agências reguladoras, para identificar, de plano, se o pleito apresentado tem alguma chance de sucesso. No sistema brasileiro, esta fase corresponderia ao que se denomina de exame do *fumus boni juris*.

Portanto, não se trataria aqui de uma análise mecânica acerca do mérito do pedido, mas de uma análise preliminar a respeito da proporcionalidade entre os argumentos apresentados, os fins almejados e as normas invocadas para embasar a petição.

O segundo aspecto envolveria um momento imediatamente posterior, no qual a agência verificaria eventuais indícios de sua instrumentalização pelo setor regulado, com o propósito de fragilizar ou suprimir a concorrência.

Portanto, a leitura do pedido indica eventualmente a presença de razoáveis fundamentos jurídicos, contudo, o resultado final não implicará em qualquer acréscimo relevante ao patrimônio jurídico do requerente, porém seus efeitos atingirão diretamente a concorrência.

O *PRE-Test*, embora de larga utilidade nas demandas únicas, revelou-se, com o passar do tempo, insuficiente para o exame nas ações promovidas pelo mesmo requerente em larga escala.

Ao apreciar caso envolvendo a *California Motors Transports Co. vs. Trucking Unlimited* a Suprema Corte acolheu a *sham exception* porque transportadoras locais que pretendiam ampliar suas rotas de atuação eram bloqueadas pelas transportadoras interestaduais, qualquer que fosse o ente regulador, local ou federal.

Neste caso, o colegiado proclamou que a atuação das transportadoras interestaduais inviabilizavam o direito de petição das transportadoras menores, por meio da apresentação reiterada e intensa de pleitos.

Muito embora o tribunal não tenha explicitamente mencionado o fenômeno da captura, este revelou-se presente no caso concreto.

A experiência dos tribunais norte-americanos sobre a questão, especificamente no que tange à identificação dos indícios da exceção denominada *sham exception* é anotada por Andreia Cristina Bagatin:

[...] da jurisprudência norte-americana, é possível retirar dois critérios para aferir a abusividade do direito de petição sob o ângulo concorrencial. Primeiro, o *PRE-Test* e os dois passos por ele previstos. Depois, o exame das demandas repetitivas como uma conduta que, por ela mesma, pode gerar um resultado anticoncorrencial. A *Federal Trade Commission*, no entanto, sustenta que a *sham exception* pode ser ampliada para abranger não só as situações que passem pelo “PRE-Test” e que configurem o “peticionamento repetitivo” com as características acima mencionadas, mas também outras duas: (i) as situações em que, menos que apresentar uma petição para tentar influenciar o exercício da discricionariedade das autoridades estatais, o pleito resume-se a registrar uma informação com vistas a obter um “ato vinculado” com impacto sobre a concorrência; (ii) as situações em que a apresentação das circunstâncias (fáticas e jurídicas) é feita de modo deturpado ou omissivo, que acaba por induzir em erro o responsável pela tomada da decisão.<sup>22</sup>

Não obstante a *Federal Trade Commission*, conforma menciona a autora, indique duas outras situações em que a *sham exception* poderia ser aplicada, com limitação ao direito de petição, em verdade tais situações, consistentes na tentativa de influenciar a competência discricionária ou a indução em erro do agente responsável pela decisão, podem ser identificadas pelo *PRE-Test*, na medida em que constituiriam meios de instrumentalização da Administração Pública.

Note-se que a *sham exception* tem ligação estreita, como já apontado, com o direito econômico em sua vertente concorrencial. Todavia, o exame dos indícios que até ela conduzem pode servir de parâmetro para se investigar a ocorrência da captura.

#### **4.6 A participação popular nos entes reguladores: potencial minimizador do fenômeno da captura**

Outra medida salutar de mitigação da captura seria imprimir, ou seja, dotar os entes reguladores de “sensibilidade social”, o que somente é possível mediante a adoção de medidas hábeis a conferir maior transparência de seus atos.

Uma forma de se obter essa almejada transparência no processo decisório das agências se faz através do aprofundamento e melhoria de seus mecanismos de participação do usuário.

Trata-se de medida imperativa, conforme pugna Maria José Galleno de Souza Oliveira:

---

<sup>22</sup> BAGATIN, Andréia Cristina. **O problema da captura das agências reguladoras independentes**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 152-153.

[...] diante da realidade dos serviços públicos privatizados no Brasil, a sociedade não consegue ser otimista. O povo brasileiro não acredita que mais uma lei possa realmente melhorar a qualidade dos serviços públicos prestados por concessionários privados. Propõe os formadores de opinião e os operadores do direito a efetiva participação dos usuários e a atuação das agências reguladoras de forma objetiva, sem paternalismo e sem proteção política, pois a sociedade não deseja, que por incúria do Poder Público, materialize-se em um futuro muito próximo a profecia que Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Plínio Branco e tantos outros fizeram na década de quarenta, quando afirmavam que a regulamentação e a fiscalização dos serviços públicos concedidos no Brasil era apenas burocrática [...].<sup>23</sup>

A participação do usuário no processo de formatação das medidas regulatórias exaradas pelas agências configura genuíno instrumento democrático, uma vez que traduz, em si, a redução da posição unilateral pela agência, possibilitando a oxigenação de ideias, propostas e objetivos.

Nesta esteira é a opinião de Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

[...] há uma redução da imposição unilateral e autoritária de decisões para valorizar a participação dos administrados quanto à formação da conduta administrativa. A Administração passa a assumir o papel de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Disto decorre uma nova maneira de agir focada sobre o ato como atividade aberta à colaboração dos indivíduos.<sup>24</sup>

No Brasil a legislação estabelece a participação popular tanto na fiscalização quanto no processo formulador das medidas regulatórias. O artigo 3º da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, estabelece – por exemplo - que todas concessões e permissões estão sujeitas à fiscalização pelo poder concedente, com a cooperação de usuários.

Todavia, a própria Administração Pública acaba por corroborar com o descumprimento deste comando legal na medida, não obstante o artigo 29, inciso XII do mesmo diploma, em nada ou muito pouco tem auxiliado para a formação de associações de usuários.<sup>25</sup>

O código de defesa do consumidor, por exemplo, em seu artigo 22, estabelece regra concernente à participação popular no processo de fiscalização da Administração Pública direta e indireta, bem como das concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. **A defesa dos usuários de serviços públicos concedidos no Brasil**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. p. 134.

<sup>24</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 22, p. 30, nov./dez. 2003.

<sup>25</sup> Estabelece o artigo 29, inciso XII da Lei n. 8.987/95: “Art. 29 – Incumbe ao poder concedente: XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.”

O dispositivo determina que os entes são obrigados a fornecer serviços adequados, seguros e de forma eficiente e que o usuário tem o direito de fiscalizar que isto ocorra.

Todavia, a fiscalização da qualidade do serviço ainda depende do papel proativo do usuário, a quem deveria ser facilitado os dados quanto à execução do serviço de natureza pública.<sup>26</sup>

O Conselho Consultivo, previsto no artigo 33 da Lei n. 9.472/97, que trata da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), permite a participação direta de usuários no interior da agência, de modo a preservar a verdadeira independência do ente regulador, como instrumento de defesa dos usuários de serviços públicos.

A previsão legal vai além do mecanismo genérico de participação dos usuários, tal como previsto no artigo 3º, inciso XI, do mesmo diploma e no artigo 18, da Lei n. 9.478/97, que garante o direito de petição junto aos órgãos reguladores.

Contudo, esses instrumentos não têm se revelado suficientes para garantir a qualidade dos serviços prestados, quase sempre sujeitos aos efeitos do fenômeno da captura do ente regulador ao qual compete a tarefa de zelar pela boa prestação dos serviços concedidos.

É por isto que Juarez Freitas destaca o papel do Conselho Consultivo no âmbito das agências - no caso - a ANATEL, como meio de participação do usuário no processo de fiscalização da qualidade dos serviços regulados. Sugere, ainda, a utilização de pressão dos consumidores sobre os dirigentes políticos a que se transformem em garantidores da boa qualidade desses serviços. Em suas palavras:

[...] seria crassa ingenuidade esperar demasiado de tal instrumento. Bem mais útil, significativo e valioso é que haja organização articulada da comunidade dos consumidores, pressionando os dirigentes políticos a que tomem em conta o dever de servir, de modo precípua, como garantidores da qualidade dos serviços públicos, notadamente, em termos de modicidade das tarifas. Luta paralela há de ser tratada para introduzir mudanças no modo de recrutamento, tornando-o, a um só tempo, mais democrático e técnico.<sup>27</sup>

A dificuldade de participação social no controle do ente regulador, conforme se verifica, embora seja necessária e possível, ainda não alcançou resultados significativos.

No rol das campanhas institucionais, seria interessante que se contemplasse meios de conscientização da sociedade quanto ao seu papel no processo regulatório, visto que a atuação dos entes reguladores repercute diretamente sobre a sua qualidade de vida.

<sup>26</sup> Ressalte-se aqui a demora da votação do anteprojeto de lei de defesa dos usuários de serviços públicos, que até hoje não se realizou, apesar de já ter-se passado mais de dez anos desde a sua apresentação.

<sup>27</sup> FREITAS, Juarez. O controle social e o consumidor de serviços públicos. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 23, p. 30, jul./set. 1998.

Floriano de Azevedo Marques Neto aponta que cabe à sociedade o controle direto, pela via participativa, bem como o controle indireto, por meio de mecanismos de pressão. Segundo ele:

Os instrumentos para tanto são os mais diversos, e vão desde a participação em consultas públicas, a participação em audiências públicas, até à participação popular nas ouvidorias. Contudo, o controle pela via participativa nem sempre se mostra possível ou adequado (como é o caso, por exemplo, do controle das competências fiscalizatórias). Quando isso ocorre, o controle pela via indireta tende a ganhar em importância. Nessa hipótese, cabe à sociedade o importante papel de cobradora de resultados das agências, ou ainda de cobradora de atitudes daqueles que detenham a competência para o exercício do controle da atividade regulatória visando à defesa de seus direitos. Verdade que, pelo que demonstra nossa ainda pouca experiência em matéria de regulação, o controle do regulador é feito preponderantemente pelos agentes econômicos regulados, sendo ainda insignificantes os resultados efetivos da previsão de mecanismos de participação popular.<sup>28</sup>

Talvez parte da razão pela qual os resultados obtidos pelos mecanismos de participação ainda não tenham alcançado os níveis desejados, deriva da própria cultura da sociedade brasileira.

O hábito de fiscalizar a atuação do poder público não é comum na cultura brasileira porque não se tem bem definido o conceito de responsabilidade cidadã. Há uma tendência generalizada em se ter como atividade própria de governo essa instância fiscalizadora, ao contrário do que ocorre em outros países onde a fiscalização da atuação estatal faz parte do próprio projeto de formação da cidadania.

Na lição de Helio Saul Mileski:

[...] para que possa haver um controle social efetivo, é necessário que o cidadão possua uma organização institucional. Porém, para que seja possível esta organização da sociedade, o cidadão tem de ter consciência dos seus direitos e estabelecer uma relação com o governo, em que seja possível uma participação nas decisões políticas públicas, com controle sobre a correta ação governamental para o atendimento do interesse público.

No entanto, embora a evolução democrática do país nos últimos anos, ainda assim há um traço cultural que contribui para enfraquecê-la. Segundo Anna Maria Campos, “o povo brasileiro mostra vocação maior para ser ajudado do que para exibir autoconfiança. Como consequência, abre os braços ao paternalismo, uma forma disfarçada de autoritarismo.

Lamentavelmente, a Professora Anna tem razão. Este traço cultural tem mostrados modificações para melhor, mas sendo ainda insuficientes para o fortalecimento da participação popular e do controle social. Em outras culturas democráticas, as palavras indivíduo e cidadão possuem significados

<sup>28</sup> MARQUES NETO, Florian Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 129-130.

e valores relevantes. Na sociedade brasileira, na maioria das vezes, indivíduo e cidadão têm conotações subliminares de desconsideração [...].

Esses aspectos comportamentais de natureza cultural derivam do histórico político brasileiro. O Estado brasileiro possui uma evolução política em que tem havido períodos alternados de autoritarismo e populismo, cujos regimes ocasionam um distanciamento entre o governo e a sociedade civil, já que ambos dispensam as instituições civis.

Sendo assim, torna-se necessário o desenvolvimento da consciência popular como primeira condição para uma democracia participativa, possibilitando a atuação do controle social, com o cidadão passando de um estágio passivo para um estágio ativo.<sup>29</sup>

Ocorre que não se pode impor somente à cultura o ônus pelos baixos índices de efetiva participação popular no controle dos atos emanados da Administração Pública e, em particular, no que se refere à atuação das agências reguladora.

É que o controle social somente é possível mediante a existência de mecanismos que autorizem a efetiva participação dos usuários nos processos de discussão e elaboração dos regimentos de regulação, na fiscalização do setor regulado, enfim, no monitoramento da agência como um todo.

Além desse traço cultural negativo, existe uma dificuldade de se concretizar os comandos normativos de participação popular exatamente em razão da captura.

De um modo geral, as agências reguladoras possuem instrumentos de participação popular no seu controle e gestão<sup>30</sup> representados, sobretudo, pelas consultas e audiências públicas<sup>31</sup>. No caso da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), há também conselhos consultivos, que servem como fórum de debates e sugestões das ações a serem realizadas pelas agências.

No entanto, há pelo menos dois relatórios advindos de organismos da própria Administração Pública que admitem a imperiosa necessidade de se melhorar tais instrumentos.

O primeiro decorre de relatório elaborado pelo grupo de trabalho interministerial que realizou análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro e que, resultou materializado no Projeto de Lei n. 3.337/2004, encaminhado ao Congresso Nacional, o qual, segundo Luiz Alberto dos Santos, traz as seguintes propostas:

<sup>29</sup> MILESKI, Helio Saul. Controle social: um aliado do controle oficial. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 8, n. 36, p. 93-94, mar./abr. 2006.

<sup>30</sup> A única agência que não possui em sua legislação instituidora a previsão de participação popular é a Agência Nacional de Águas (ANA), em razão de não regular a prestação de serviços públicos.

<sup>31</sup> Ressalte-se aqui a existência de instrumentos mais modernos, tais como números para contato telefônico, formulários digitais e até *chat*. A ANATEL possui comitê e conselho de usuários e tem-se notícia da existência de um grupo de trabalho paritário da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

No que se refere ao desenvolvimento de instrumentos de controle social, a proposta enfatiza o uso de consultas e audiências públicas, o papel das Ouvidorias e a utilização de contratos de gestão nas agências reguladoras, além da maior articulação das agências com os órgãos do sistema brasileiro de defesa da concorrência [...].

Dessa forma, para tornar o controle e a participação social efetivos no processo de regulação dos setores regulados, o projeto desta [sic] como necessidades: a) aperfeiçoar mecanismos de consulta pública, que devem ser obrigatórios para todas as agências, além da necessidade de ampla divulgação dos resultados da consulta e audiência pública realizadas (arts. 4º e 7º); b) as entidades de defesa do consumidor/usuário e da ordem econômica devem ter a prerrogativa de indicar representantes de conhecimento notório para acompanhar os processos de consulta pública, custeados – dentro das disponibilidades orçamentárias – pela própria agência (art.4º, §5º); c) ouvidorias deve ser criadas no âmbito de todas as agências, e o Ouvidor deve exercer em caráter privativo as suas funções, sem subordinação hierárquica à direção da Agência e sem acumulação com outras funções; d) a transparência das regras deve ser aumentada, bem como tornadas homogêneas entre as agências; e) de modo mais geral, mecanismos de prestação de contas ao Poder Legislativo devem ser rapidamente instituídos.<sup>32</sup>

O segundo documento advém do Tribunal de Contas da União – TCU. Nele também é apontada a necessidade de se melhorar instrumentos de participação popular e, tratando especificamente acerca dos conselhos consultivos, o relatório alerta:

Esse instrumento [do conselho consultivo], porém, carece de melhorias. Segundo entrevistas realizadas, a escolha dos membros não possui critérios técnicos claros, há falta de interesse de alguns envolvidos e a quantidade de membros de diferentes vertentes muitas vezes impede o consenso. Ademais, sua atuação é residual.<sup>33</sup>

Não é demais lembrar que o conselho consultivo da ANATEL, conforme já discutido neste trabalho, em razão das deficiências apontadas acima, foi objeto de tentativa de captura, no *leading case* a respeito de fenômeno havido no Brasil.<sup>34</sup>

Por outro lado, apenas a previsão de grande número de instrumentos em que se prevê a participação popular, em si mesma, não resolverá os problemas de baixa eficácia das agências reguladoras, sobretudo no que se refere à proposta de minimizar as chances de captura.

<sup>32</sup> SANTOS, Luiz Alberto dos. Regulando a regulação: a nova legislação das agências reguladoras federais no Brasil. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 9., nov. 2004, Madrid. *Anais....* Madrid: CLAD, 2004. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/publicacoes/artigos/regulando-a-regulacao-a-nova-legislacao-das-agencias-reguladoras-federais-no-brasil/view>>. Acesso em: 22 maio 2012. p. 1, 16.

<sup>33</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TC 012.693/2009-9**. Acórdão n. 2261/2011, 24 ago. 2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-93572&texto=2b52454c41544f522533412532324a4f532543392b4a4f5247452532322b414e442b2b4e554d41434f5244414f253341323236312b414e442b2b4e554d414e4f41434f5244414f25334132303131&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=>>>. Acesso em: 30 abr. 2012. p. 32.

<sup>34</sup> Sobre isto, cf. item 3.4 Indícios do fenômeno da captura no Brasil.

O mesmo relatório do TCU aponta que a contribuição durante as consultas e audiências públicas é em sua vasta maioria realizada por empresas membros do setor regulado, ou seja, o instrumento que deveria ser utilizado para equilibrar o processo regulatório de modo a incluir nele a aferição dos anseios dos usuários, em realidade acaba, ao final, servindo como canal de percepção dos interesses das empresas concessionárias, ou seja, do próprio mercado. É inegável, portanto, o seu questionável grau de eficácia:

265. Apesar do número de instrumentos de controle social identificados, os técnicos das agências reconheceram nas entrevistas que a participação da sociedade ainda é pequena e pouco baseada tecnicamente, dificultando o aproveitamento efetivo de grande parte das contribuições. Isso pode ser explicado, em parte, pela grande especificidade e complexidade dos assuntos inerentes à regulação dos serviços de infraestrutura.

266. Grande parte dos usuários – geralmente consumidores finais – possui baixa capacidade de mobilização e pouco conhecimento do assunto, de sorte que suas contribuições tende a limitar-se a reclamações sem argumentação técnica. Por outro lado, uma pequena parcela de usuários – geralmente consumidores intermediários – e as empresas concessionárias/permissionárias são capazes de defender mais organizadamente seus interesses e de utilizar os instrumentos de controle social de forma mais ativa e tecnicamente baseada. Verificam com frequência o sítio das agências, são bem representados por especialistas e somam quase a totalidade das contribuições recebidas nas audiências.

267. Considerando que uma regulação eficiente pressupõe o conhecimento, pelo regulador, de todos os interesses envolvidos, a baixa participação de parcela considerável dos usuários nos processos de controle social pode prejudicar a consecução dos fins esperados pela atividade regulatória.<sup>35</sup>

Diante deste quadro, não seria demasiado afirmar que, atualmente, os instrumentos que deveriam ser utilizados para proporcionar a efetiva e salutar participação dos usuários, em realidade, são instrumentalizados para ecoar a vontade das empresas integrantes do setor regulado, tudo a indicar traços característicos do fenômeno da captura.

É certo que a efetiva participação dos usuários dentro do processo regulatório, *ab initio* revelou-se mais formal do que de fato concreta, conforme aponta Paulo Todescan Lessa Mattos, tecendo críticas a Bresser Pereira, tido como importante mentor do processo de modificação do Estado brasileiro, inclusive em relação à adoção de entes reguladores:

<sup>35</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TC 012.693/2009-9**. Acórdão n. 2261/2011, 24 ago. 2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-93572&texto=2b52454c41544f522533412532324a4f532543392b4a4f5247452532322b414e442b2b4e554d41434f5244414f253341323236312b414e442b2b4e554d414e4f41434f5244414f25334132303131&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=>>>. Acesso em: 30 abr. 2012. p. 33.



Nessa perspectiva Bresser parece assumir alguma forma de participação pública como mecanismo de controle do processo decisório de agências reguladoras independentes. No entanto, ao discutir mais pontualmente a reforma do Estado realizada no Brasil ao longo da década de 90, Bresser não estabelece nenhuma reflexão sobre o que entende efetivamente por participação pública e em que grau estaria associada à legitimação da autonomia decisória de uma burocracia independente e tecnicamente especializada, como é o caso das agências reguladoras. Mais ainda, não discute quais teriam sido os mecanismos de participação pública criados pela reforma do Estado brasileira.

Nesse debate, a participação pública, como forma de legitimação do processo decisório das agências reguladoras independentes, aparece de forma tímida. Principalmente quando o controle exercido pela participação pública é considerado como um controle realizado durante o processo decisório e não posterior ao processo decisório, enquanto controle das decisões tomadas.

Para Bresser, como para os teóricos da *accountability*, o controle parece ser sempre *a posteriori*, por meio do poder Judiciário, na forma da garantia das liberdades civis fundamentais, e por meio do Legislativo e do Executivo, na forma de prestação de contas ou controle gerencial sobre a atuação das agências (*accountability* horizontal).

O que está em questão, então, quando se discute a legitimidade das agências do ponto de vista substantivos [...] é a eficiência das agências enquanto burocracia independente tecnicamente especializada.

Assim, o controle direto por meio dos cidadãos, na forma de participação pública direta no controle do processo decisório das agências, não é efetivamente assumido. [...]

Dessa forma, os resquícios da tese patrimonialistas [...] parecem efetivamente terem sido traduzidos na reforma brasileira do Estado como a necessidade de insular as burocracias para garantir estabilidade e segurança regulatória. E o problema da legitimidade parece ser enfrentado muito mais a partir da reflexão sobre formas de controle da eficiência da atuação das agências, do que a partir da discussão do que significa efetivamente a participação pública no controle do processo decisório das agências.<sup>36</sup>

Todavia, o que se tem notado, em relação aos instrumentos de participação popular nas agências reguladoras, em especial no caso de consultas e audiências públicas é foi a existência de fortes indícios da captura destes procedimentos, pelo setor regulado.

Esta constatação foi demonstrada em pesquisa empírica realizada pelo mesmo autor com base no mecanismo de consulta pública, realizado pela ANATEL entre os anos de 1997 até 2000.

Ao se analisar as contribuições em cada uma das consultas realizadas, verificou-se que 68,69% emanavam do próprio setor regulado e de consultores/advogados (provavelmente, muito deles, representando empresas concessionárias). Neste sentido:

---

<sup>36</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Org.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 193-195

Da análise dos dados disponíveis, é possível concluir que, desde a criação da ANATEL em 1997 até o ano 2000 aumentou consideravelmente a participação pública por meio do mecanismo de consulta pública [...]

Contudo, da análise da tabela de contribuições por setor [...], conclui-se que a participação está essencialmente concentrada nos grupos representantes do segmento específico de telecomunicações. Essa participação pode ser considerada ainda maior, se assumirmos que grande parte do segmento de “consultores e advogados” representa interesses de empresas do segmento específico de telecomunicações. Além disso, a maioria das contribuições constantes do segmento “outros”, são de organismos que também representam, conforme os nomes dos contribuintes identificados por consulta pública, interesses relacionados, direta ou indiretamente às empresas que compõem o segmento de telecomunicações.

[...]

Por fim, cabe observar que da análise dos dados disponíveis sobre a participação de pessoas físicas, apesar dos números terem apontado para uma participação relevante, não é possível afirmar que essas sejam formadas apenas por usuários dos serviços de telecomunicações e não, mais uma vez, por representantes das empresas que compõem o segmento de telecomunicações.<sup>37</sup>

Diante disto, ressalta-se uma vez mais, a ocorrência de relevantes indícios a apontar o fenômeno da captura por meio de instrumentos de manifestação dos usuários.

Ainda que a audiência ou consulta pública ocorra para ouvir todos os setores interessados no processo de elaboração do regramento regulatório a ser utilizado, tem se verificado que tais instrumentos transformaram-se em verdadeira caixa de ressonância de interesses mercadológicos representados pelas empresas concessionárias, tamanho o percentual de suas contribuições, em relação ao total de sugestões recebidas pela agência.

Esta situação destoava do próprio Estado moderno almejado pela reforma administrativa ocorrida na década de 90, uma vez que: “Transparência, participação popular e controle social estão intimamente interligados e decorrem de um mesmo fator, o Estado moderno, um Estado policrático, que resultou no Estado Democrático de Direito.”<sup>38</sup>

É por esta razão que a efetiva participação popular torna-se imperiosa para o combate eficaz ao fenômeno da captura.

O relatório emanado do TCU, já mencionado, traz algumas sugestões práticas que auxiliariam na busca do incremento da participação de usuários no processo regulatório, através de uma melhor utilização dos instrumentos de consulta e audiência popular já disponíveis.

<sup>37</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Org.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 227-228.

<sup>38</sup> MILESKI, Helio Saul. Controle social: um aliado do controle oficial. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 8, n. 36, p. 87, mar./abr. 2006.

O primeiro aspecto apontado no relatório seria a adoção de uma “268. [...] política de capacitação dos usuários.”<sup>39</sup>

Para tanto, seria necessário ampliar a publicidade relacionada às agências e suas finalidades, mas apenas isto não seria suficiente. É imprescindível “traduzir” para o público geral conceitos técnicos relacionados à regulação setorial e indicar como isto influencia no cotidiano dos usuários.

Para que se crie uma atmosfera de interesse da parte dos usuários de serviços públicos, há de se tornar explícito como as decisões das agências refletem nos preços da tarifa, na qualidade dos serviços públicos, na universalidade destes serviços e até mesmo nos investimentos que serão realizados pelas empresas concessionárias (que também geram efeitos reflexos na vida dos usuários, como por exemplo, a ampliação de vagas de trabalho nestas empresas).

Aliada à sugestão da eleição de diretores das agências, que por si já faria com que o público em geral tomasse maior conhecimento a respeito da importância destes entes, além de forçar o estabelecimento de comunicação direta entre os candidatos ao cargo com os usuários, que por sua vez poderiam cobrar metas e mudanças de posturas, outra medida salutar seria incluir nos currículos escolares cursos relacionados ao exercício da cidadania, onde temas como a participação de audiências públicas seriam tratados.

Outro trabalho de suma importância para se atingir tal fim seria realizado com o auxílio das Universidades, que poderiam realizar palestras em centros comunitários, promover campanhas de conscientização nas ruas e estabelecer grupos de estudos voltados à participação popular nas questões regulatórias.

Nesta mesma toada, o relatório do TCU aponta como sugestão a padronização conceitual e operacional das audiências e consultas públicas, uma vez que:

271. Os diplomas legais apenas indicam as ocasiões em que deveriam ocorrer audiências públicas [...] e não especificam com clareza a própria definição do instituto, nem enumeram os requisitos mínimos que caracterizariam certo procedimento como audiência ou consulta.

272. Nenhuma das agências disciplinou um prazo para disponibilizar o relatório de análise das contribuições recebidas ou mesmo o formato deste relatório. Em muitos casos, esse relatório não é disponibilizado em prazo

<sup>39</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TC 012.693/2009-9**. Acórdão n. 2261/2011, 24 ago. 2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-93572&texto=2b52454c41544f522533412532324a4f532543392b4a4f5247452532322b414e442b2b4e554d41434f5244414f253341323236312b414e442b2b4e554d414e4f41434f5244414f25334132303131&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=>>>. Acesso em: 30 abr. 2012. p. 33.

razoável. Pode acontecer de a sociedade participar desses processo, o ato administrativo ser editado e, apenas meses depois, o particular ter a possibilidade de entender ou mesmo ter acesso às razões que levaram o ente regulador a rejeitar sua contribuição, enfraquecendo a própria essência do instrumento de controle social.<sup>40</sup>

Seria importante existir uma clara exposição de motivos para a realização de consulta ou da audiência pública. Para tanto deve haver compromisso das agências em pormenorizar as razões da consulta ou audiência, os motivos que as levaram a tomar determinada decisão, inclusive com embasamento técnico com bibliografia e outros dados que permitam o questionamento de pontos em particular ou a contribuição com aspectos contrários àqueles apontados pelas agências.

Assim:

274. Inicialmente, o motivo de realização da audiência/consulta deve ser externalizado expressamente e de forma clara. Essa exposição de motivos deve fazer parte do procedimento. Além disso, a Agência deve disponibilizar uma nota técnica onde discorre sobre as escolhas que realizou, os critérios que utilizou, as alternativas que possuía e o porquê de sua minuta de resolução. Ou seja, essa nota técnica deve conter, no mínimo, uma exposição de motivos clara, além da análise fática e os estudos envolvidos na formulação daquela minuta. Essa publicidade é importante para que a sociedade possa entender as escolhas do regulador e, assim, ser capaz de criticar e de propor suas alternativas, caso julgue pertinente.

275. Deve-se levar em consideração que regular é uma atividade eminentemente técnica e pouco política, portanto, a discricionariedade, quando ocorre, é limitada por critérios científicos e a Constituição Federal exige que essas escolhas sejam justificadas e externalizadas.

276. Algumas agências não disponibilizam os motivos, nem fundamentam suas escolhas em todos os processos. A Antaq disponibilizou apenas a minuta de resolução nas audiências pesquisadas, ou seja, não publicou sua motivação. A ANTT disponibiliza nota técnica apenas em alguns casos geralmente os mais relevantes e de grande impacto na sociedade.<sup>41</sup>

A ampliação do prazo de trinta dias normalmente utilizado para o recebimento de contribuições pelo público interessado também seria medida salutar, uma vez que este lapso é demasiadamente curto para usuários individuais elaborarem argumentos que fundamentem suas proposições, uma vez que, para tanto, é necessário o acesso a literatura técnica, conversas com

<sup>40</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TC 012.693/2009-9**. Acórdão n. 2261/2011, 24 ago. 2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-93572&texto=2b52454c41544f522533412532324a4f532543392b4a4f5247452532322b414e442b2b4e554d41434f5244414f253341323236312b414e442b2b4e554d414e4f41434f5244414f25334132303131&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=>>>. Acesso em: 30 abr. 2012. p. 35.

<sup>41</sup> Ibid.

especialistas e, até mesmo, apresentarem eventuais dúvidas em relação à exposição de motivos apresentadas pelas agências.

Registre-se, ainda, a necessidade das agências disponibilizarem em prazo razoável, os relatórios das consultas e audiências públicas. Nestes relatórios constariam os fundamentos das decisões tomadas pelas agências, bem como os motivos pormenorizados para rejeitar eventual sugestão de contribuição dos usuários.

Neste sentido:

279. [...] recentemente, as agências têm disponibilizado tais relatórios, porém, em alguns casos em prazos não razoáveis. Mesmo nos entes que possuem resolução disciplinando a operacionalidade das audiências, não é dada devida importância à tempestividade da análise das contribuições, o que representa uma ineficiência grave do processo.<sup>42</sup>

O novo perfil do Estado atual privilegia a prestação de serviços públicos por terceiros, reservando à Administração Pública apenas as funções típicas. Assim, ao Estado cabe o papel de gestão dos serviços públicos, com a atuação dos entes reguladores que devem necessariamente contar com instrumentos eficazes de participação social no seu controle.

Esta é a visão de Hélio Saul Mileski:

Portanto, modernamente, no novo tipo de Estado, um Estado democrático de direito e, sobretudo, policrático, o controle social passou a ter importância fundamental para o sistema de fiscalização, que deve ser exercido sobre uma administração imbuída de caráter gerencial. Nesse contexto inovador, o controle social assume aspecto relevante, na medida em que possibilita a obtenção de uma maior amplitude ao controle que deve ser exercido sobre a Administração Pública, funcionando como um aliado do Controle Oficial. Nesse aspecto, tendo em conta a moderna relevância do controle social e a sua relação com o controle oficial, torna-se necessário realizar estudos para a sua melhor compreensão, a fim de que tenha, efetivamente, a adequada aplicação no âmbito da fiscalização dos atos governamentais, praticados pela Administração do Estado contemporâneo.<sup>43</sup>

A dificuldade de organização da sociedade, nesse processo de fiscalização, faz ressaltar a importância de órgãos criados para representá-la nas audiências e consultas

<sup>42</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TC 012.693/2009-9**. Acórdão n. 2261/2011, 24 ago. 2011. Disponível em: <<https://contas.teu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-93572&texto=2b52454c41544f522533412532324a4f532543392b4a4f5247452532322b414e442b2b4e554d41434f5244414f253341323236312b414e442b2b4e554d414e4f41434f5244414f25334132303131&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=>>>. Acesso em: 30 abr. 2012. p. 35.

<sup>43</sup> MILESKI, Helio Saul. Controle social: um aliado do controle oficial. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 8, n. 36, p. 86, mar./abr. 2006.

públicas, nos conselhos consultivos e em outras instâncias de participação popular, a exemplo do Procon.

Um outro papel significativo há de ser desempenhado pelo Ministério Público, a quem a Constituição reservou o papel de *ombudsman* e de defensor do povo.

Finalmente, destaque-se o papel dos partidos políticos, até mesmo em função da sua missão institucional como responsáveis pela preservação do Estado democrático e da concretização dos postulados inscritos na lei fundamental.

## CONCLUSÃO

O Estado contemporâneo buscou alcançar dinamismo e eficiência na prestação dos serviços públicos, ideia esta cujo cerne é representado pelas agências reguladoras, de quem se esperava cumprissem o relevante papel para o qual foram instituídas.

Diversamente do que ocorria com o Estado antes do século XX, hoje em dia, a população dos países alcançou números sequer imagináveis quando do surgimento do constitucionalismo. As instituições sofrem com dificuldades modernas, antes não conhecidas, com dificuldades derivadas do fortalecimento do estamento burocrático. As decisões de Estado, atualmente, demandam não só o emprego do bom senso, mas também afinidade com questões técnico-científicas altamente complexas.

Daí o sistema de agências reguladoras representa uma tentativa de sofisticar a organização do Estado de modo a que se tenha soluções mais compatíveis com a complexidade e desafios do mundo atual, na medida em que busca conjugar o conhecimento técnico necessário à abordagem dos temas regulados, à representatividade dos usuários perante as empresas privadas concessionárias.

Todavia, diante dos interesses concretos dos setores regulados, os regramentos emanados das agências passam a representar a síntese de múltiplos pleitos, desde dividendos políticos até uma possível oportunidade de trabalho em empresa do setor regulado ou consultoria especializada após a passagem por determinado órgão regulador.

Em tais casos, verifica-se a ocorrência do fenômeno da captura; evento de difícil comprovação, já que para a sua demonstração cabal seria necessário evidenciar que a atuação da agência reguladora não tem origem na promoção do interesse público, mas alguma outra motivação de promover interesses dos entes privados regulados, em detrimento do impacto negativo à sociedade como um todo.<sup>1</sup>

No entanto, ainda pouco debatida no Brasil e carente de atenção especial, conforme dicção de Floriano de Azevedo Marques Neto: “Questão explorada especialmente pelos economistas, mas digna de destaque é a da teoria da *captura* [...] Este é um tema que carece de atenção especial, já que há uma tendência quase que *natural* à captura [das agências reguladoras].”<sup>2</sup>

<sup>1</sup> NILES, Mark C. On the hijacking of agencies (and airplanes): the federal aviation administration, “agency capture”, and airline security. **American University Journal of Gender, Social Policy & the Law**, Washington, v. 10, n. 2, p. 393, 2002. (tradução nossa).

<sup>2</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. **REDAE: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 1, p. 1-18, fev./abr. 2005. Disponível em: <<http://www.agersa.es.gov.br/site/arquivos/relatorios/A%20Nova%20Regulamentacao%20dos%20Servicos%20Publicos.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

Os efeitos da captura podem ser identificados e sentidos na realidade brasileira, que se encontra repleta de serviços de interesse público prestados por entes regulados de qualidade duvidosa a preços aviltantes<sup>3</sup>.

Apesar deste cenário, a desregulamentação apresenta-se um tanto quanto prematura, na medida em que as próprias agências não tiveram o aparato físico, humano ou orçamentário apropriado para desempenhar suas funções<sup>4</sup>.

Desde a criação das chamadas agências modernas, o Estado brasileiro nunca as dotou, de fato, com o ferramental necessário ao bom desempenho de suas atribuições. A ausência de discussões em torno da captura e maneiras de mitigar a sua ocorrência certamente representa um importante aspecto negligenciado pelo Legislador pátrio e o próprio Poder Executivo.

Por isto, no momento atual, a desregulamentação toma contornos de medida temerária, uma vez que, apesar de não se apresentar em si mesma como algo ruim, dentro de um cenário regulatório ainda em desenvolvimento – como é o brasileiro -, pode ensejar o aparecimento de práticas ainda mais maléficas aos usuários dos serviços públicos, tais como: cartéis, dumping, truste e outros vícios que decorrem naturalmente das leis de mercado.

Não é por outra razão que, ao tratar da matéria da desregulamentação, a doutrina norte-americana tem-se manifestado com cautela:

Adicionalmente ao argumento econômico pró-desregulamentação, já se afirmou que ao se substituir a regulação administrativa [das agências] pelo mercado favoreceria a autonomia privada ao substituir a discricionariedade oficial pelas regras impessoais de intercâmbio existentes no próprio mercado. Mas este argumento liberal pela desregulamentação do mesmo modo não justifica um desmantelamento de todo o nosso aparato administrativo [representado pelas agências]. Mesmo que a atração abstrata por tais argumentos, a desregulamentação na prática pode apenas levar à transferência do poder discricionário sobre as políticas, das agências regulatórias para grandes grupos altamente organizados de interesses

<sup>3</sup> Note-se a título exemplificativo o Requerimento 102/2012, de autoria do Deputado Federal José Chaves (PTB/PE), solicitando a expedição de convite para os presidentes das quatro operadoras de telefonia celular existentes compareçam à Câmara dos Deputados a fim de explicar o incremento de 8% no número de reclamações de usuários, frente ao ano de 2011. (CHAVES, José. **Requerimento 102/2012 CDC**. 20 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=537971>>. Acesso em: 21 maio 2012).

<sup>4</sup> Mesmo diante de tantos desafios e os indícios de captura mencionados ao longo deste trabalho, não se pode negar a existência de alguns avanços ou “pontos positivos” das agências reguladoras, conforme indica Floriano de Azevedo Marques Neto em seminário na Casa Civil (Brasília/DF), em 29.05.2008, denominado “Perspectivas do sistema de regulação no Brasil experiências e desafios”, tais como a indicação de estabilidade regulatória para o mercado, o compromisso das agências com a sustentabilidade do sistema regulado. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Perspectivas do sistema de regulação no Brasil experiências e desafios. In: SEMINÁRIO FORTALECENDO A GOVERNANÇA PARA CRESCIMENTO, 1., 2008, Brasília, DF. **Material didático**. Brasília, DF: [s. n.], 2008. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/eventos/seminarios-internacionais/teste-de-evento/material-didatico/perspectivas-do-sistema-de-regulacao-no-brasil-experiencias-e-desafios/view?searchterm=Floriano>>. Acesso em: 29 abr. 2012.



privados. Num mundo marcado pela concentração de poder social e econômico, um regime de ordem privada pode simplesmente refletir disparidades entre interesses organizados e aqueles não organizados, e uma [certa] medida de intervenção administrativa pode, portanto, ser necessária para contrapor-se a tais disparidades. As imperfeições do mercado privado nem sempre são o menor dos dois males. A desregulamentação, enquanto em princípio importante, não é, todavia, um remédio universal.<sup>5</sup>

No caso brasileiro, não se deve almejar – ao menos neste momento - a pura e simples desregulamentação.

Ao se transferir a maior parte, se não a totalidade, das atribuições das agências para o próprio mercado, incorrer-se-ia em relevante equívoco, na medida em que, conforme já apontado, as agências reguladoras, desde a sua criação, não foram dotadas de aparato físico, humano e orçamentário suficientes a seu bom funcionamento.

O processo de desregulamentação - por meio de outorga crescente para o próprio mercado das atribuições de natureza regulatória como o estabelecimento de metas, definição de políticas e adequada fiscalização - com a concorrente diminuição do papel desempenhado pelos entes reguladores, sem que antes se busque o aperfeiçoamento das agências não merece prosperar.

Aliado às dificuldades antes mencionadas, encontra-se a própria falta de conhecimento, debate e, quanto mais, medidas concretas (tais como as sugeridas ao longo deste trabalho) de combate à captura; fenômeno este que passa ao largo dos operadores do direito no Brasil, apesar de já ter sido objeto de estudos e debates em outros países.

A autorregulamentação, por sua vez, diante dos indícios de captura existentes na realidade pátria, representaria a concretização inequívoca desse fenômeno pelos agentes econômicos integrantes dos setores regulados. Em tal caso, todas as atribuições atualmente desempenhadas - bem ou mal - pelas agências seriam definidas pelo próprio mercado, cuja manifestação ecoaria a vontade das próprias empresas concessionárias.

Não parece correto, portanto, desprestigiar as agências reguladoras em função de sua atuação insuficiente até o momento, abandonando o seu projeto original sem os devidos ajustes que se fazem necessários, de maneira natural, diante do amadurecimento e processo de depuração sempre que se adota um novo modelo, no caso, o de Estado regulador.

Por outro lado, isto não significa deixar de zelar por sua eficiente e independente atuação.

---

<sup>5</sup> STEWART, Richard. The reformation of American Administrative Law. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 88, n. 8, p. 1693, jun. 1975. (tradução nossa).

A independência dos entes reguladores, ainda que na realidade concreta dos fatos seja difícil de ser alcançada na amplitude completa de seu conceito ideal, deve, no entanto, ser perseguida diante de seus inquestionáveis efeitos benéficos.

No presente estudo, defendeu-se a ideia de que isto seria possível por meio da adoção de quadros funcionais com o perfil técnico e vocacional, por meio da contratação direta de colaboradores, utilizando-se técnicas já adotadas pela iniciativa privada, imprimindo assim maior rapidez ao processo seletivo, sem abrir mão de sua eficácia.

As agências, cujos quadros atualmente encontram-se insuficientes para o desempenho de suas funções, sobretudo no tocante à fiscalização, seriam rapidamente complementadas por contingentes de profissionais aprovados em processo seletivo direcionado<sup>6</sup> ao melhor atendimento de suas necessidades.

Outra medida sugerida como forma de se prestigiar as relevantes funções desempenhadas pelas agências, ao passo em que as tornam mais conhecidas pelo público em geral, seria a adoção de eleições diretas dos membros de suas diretorias.

Com esta medida, acredita-se que seria propagado o papel a ser desempenhado pelas agências reguladoras, criando expectativas ao redor de sua atuação. Os pleiteantes aos postos de diretoria nesses entes seriam obrigados a estabelecer um vínculo de comunicação direta com os usuários, além das entidades representativas do setor regulado.

Haveria assim maior transparência em todo processo de mediação inerente à atividade reguladora, além de se estabelecer ambiente de debate no qual seria obrigatoriamente necessário “traduzir” para o público geral, questões técnicas que influenciam tanto os prestadores de serviços públicos, como seus usuários.

A ampliação do instituto da quarentena, por sua vez, tornaria menos atraente para dirigentes e funcionários das agências, uma possível contratação por empresas do setor regulado após sua passagem pelos entes reguladores ou término de mandato, dirimindo assim os efeitos da “*revolving door*”.

Na mesma esteira, ao se diversificar o âmbito de setores que seriam objeto de regulação por uma mesma agência estar-se-ia diluindo o grau de pressão das empresas concessionárias sobre o ente regulador, uma vez que haveria a necessidade de maior articulação entre os interessados diversos, o que por si, representaria dificuldade adicional aos que visam a captura.

---

<sup>6</sup> Aqui a expressão “direcionado” deve ser compreendida como o processo de busca e seleção de profissional com o perfil técnico, emocional e comportamental adequado à vaga da agência, conhecido pelo jargão de recursos humanos como “*head hunting*”.

Aliado a isto, o relacionamento entre agências, por meio de redes “*networking*”, proporcionaria a troca de experiências, o intercâmbio de informações técnicas e valorização dos entes reguladores, fazendo frente ao poderio econômico e alto grau de aglutinação existentes na iniciativa privada (empresas concessionárias).

Os mecanismos apontados pela jurisprudência norte-americana, sobretudo ao analisar casos envolvendo questões concorrenciais onde os debates encontram-se mais amadurecidos, também serviriam para indicar aspectos relevantes a serem notados ao se exarar regramentos ou impor medidas sancionatórias.

Finalmente, o fortalecimento e aprofundamento de instrumentos de participação popular na regulação, além de humanizar todo o processo decisório das agências, minimiza a influência unilateral das empresas concessionárias, servindo portanto de contraponto aos interesses dos que buscam capturar.

O estudo do fenômeno da captura, aliado à proposição de formas de sua mitigação, representa a busca pela denominada independência de fato das agências reguladoras, imprescindível diante da relevância que seu mister importa diretamente na economia do país e, de maneira precípua, na vida dos usuários dos serviços concedidos.

## REFERÊNCIAS

- ALVES MAZZOTTI, Alda Judith. O método nas ciências sociais. In: \_\_\_\_\_.; GEWANDSZNAJDER, Fernando. **O método nas ciências naturais e sociais**. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1998.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 236, p. 1-6, jul./set. 2004.
- \_\_\_\_\_.; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Omissão no exercício do poder normativo das agências e concorrência desleal. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ARANHA, Márcio Iorio. Agências: sua introdução no modelo jurídico-administrativo brasileiro. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. (Org.). **O novo direito administrativo brasileiro: Estados, as agências e o terceiro setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- ARAUJO, Edmir Netto de. A aparente autonomia das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BAGATIN, Andréia Cristina. **O problema da captura das agências reguladoras independentes**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- \_\_\_\_\_. Teoria da captura: explicação necessária e suficiente para a existência de regulação? **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, p. 9-26, out./dez. 2009.
- BALMER, Thomas A. Sham litigation and the antitrust laws. **Buffalo Law Review**, New York, v. 29, n. 1, p. 39-71, 1980.
- BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-311, jul./set. 2002.
- BECKER, Gary. The theory of economic regulation. **Quarterly Journal of Economics**, Cambridge, v. 98, n. 3, p. 371-400, 1983.
- BERNSTEIN, Marver B. **Regulating business by independent commission**. Princeton: Princeton University Press, 1955.
- BONIS, Gabriel. Ninguém fiscaliza as operadoras de petróleo. **Carta Capital**, Rio de Janeiro, 18 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/ninguem-fiscaliza-as-operadoras-de-petroleo/>>. Acesso em: 4 fev. 2012.

BRASIL. Constituição da República federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 4 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Ministério das Comunicações. **Diretrizes gerais para a abertura do mercado de telecomunicações: sumário executivo**. Brasília, DF, 1997. Disponível em: <<http://telecomunicacoes.ifhc.org.br/acervo/index.php?module=xml&event=download&id=64>>. Acesso em: 30 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Plenário. AR em Ação Rescisória n. 1354/BA. Rel. Min. Celso de Mello. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 6 jun. 1997. p. 24873. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2820976%2ENUME%2E+OU+20976%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RMS n. 20976/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 16 fev. 1990. p. 928. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2820976%2ENUME%2E+OU+20976%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22 maio 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **TC 012.693/2009-9**. Acórdão n. 2261/2011, 24 ago. 2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-93572&texto=2b52454c41544f522533412532324a4f532543392b4a4f5247452532322b414e442b2b4e554d41434f5244414f253341323236312b414e442b2b4e554d414e4f41434f5244414f25334132303131&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=>>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

BRASIL tem a tarifa de celular mais cara do mundo. Integração Notícias, Capivari do Sul, 15 set. 2011. Disponível em: <[http://www.integracaonoticias.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5478:brasil-tem-a-tarifa-de-celular-mais-cara-do-mundo&catid=44:homes-gardens&Itemid=517](http://www.integracaonoticias.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5478:brasil-tem-a-tarifa-de-celular-mais-cara-do-mundo&catid=44:homes-gardens&Itemid=517)>. Acesso em: 5 fev. 2012.

BRODBEKIER, Bruno. Poder regulamentar da administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 233, p. 141-177, jul./set. 2003.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARBAJALES, Mariano. **El Estado regulador: hacia un nuevo modelo de Estado**. Buenos Aires: Depalma, 2006.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Desregulação e reforma do Estado no Brasil: impacto sobre as prestação de serviços públicos. In: DI PIETRO, Maria Sylvania. (Coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO JÚNIOR, Itamar de. Constituição Federal de 1988: liberdade, regulação e concorrência. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Org.) **Desafios atuais da regulação econômica e concorrência**. São Paulo: Atlas, 2010.

CASAGRANDE FILHO, Ary. **Estado regulador e controle judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. Fundamentos para um novo modelo do setor público no Brasil. In: LOPES, Ernani Rodrigues et al. (Col.). **A reengenharia do Estado brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

CHAVES, José. **Requerimento 102/2012 CDC**. 20 mar. 2012 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=537971>>. Acesso em: 21 maio 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **Muda Brasil: uma Constituição para o desenvolvimento democrático**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.

COURA, Kalleo. O golpe do pedágio barato. **Veja**, São Paulo, ed. 2243, ano 44, n. 46, p. 138, nov. 2011.

COUTINHO, Diogo. Privatização, regulação e desafio da universalização do serviço público no Brasil. In: FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira (Org.). **Regulação, direito e democracia**. São Paulo: Perseu Abramo, 2002.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. **Parcerias na administração pública**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 9. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.

FISCALIZAÇÃO da ANTT é feita por 154 funcionários. **Valor Econômico**, São Paulo, ano 12, n. 2952, 24 fev. 2012. p. A4. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/2540236/fiscalizacao-da-antt-e-feita-por-154-funcionarios>>. Acesso em: 19 maio 2012.

FREITAS, Juarez. O controle social e o consumidor de serviços públicos. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 23, p. 24-31, jul./set. 1998.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GILARDI, Fabrizio; MAGGETTI, Martino. **The independence of regulatory authorities**. nov. 2010. Disponível em: <[http://www.fabriziogilardi.org/resources/papers/gilardi\\_maggetti\\_handbook.pdf](http://www.fabriziogilardi.org/resources/papers/gilardi_maggetti_handbook.pdf)>. Acesso em: 28 abr. 2012.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 22, p. 29-55, nov./dez. 2003.

GUERRA, Sérgio. Teoria da captura de agência reguladora em sede pretoriana. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 244, p. 330-347, jan./abr. 2007.

JARDIM, Lauro. **As reclamações na Anvisa**. 20 jan. 2012. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/radar-on-line/governo/as-reclamacoes-do-silicone-na-anvisa/#>>. Acesso em: 5 abr. 2012.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

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

KELMAN, Jerson. **Desafios do regulador**. Rio de Janeiro: Synergia, 2009.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Método, 2007.

LAUDO do acidente da TAM aponta erros sucessivos. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 14 nov. 2008. Vida e Cidadania. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=828016&tit=Laudo-do-acidente-da-TAM-aponta-erros-sucessivos>>. Acesso em: 4 fev. 2012.

LEI Sherman antitruste. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei\\_Sherman\\_Antitruste](http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Sherman_Antitruste)>. Acesso em: 12 maio 2012

LYTTON, Timothy D. Lawsuits against the gun industry: a comparative institutional analysis. **Connecticut Law Review**, West Hartford, v. 32, n. 4, p. 1247-1275, 2000.

MAHLMEISTER, Ana Luiza, Tarifas de celular no Brasil estão entre as mais caras do mundo. **Valor Econômico**, São Paulo, 28 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.vejetelecom.com.br/blogue/index.php/2011/12/tarifas-de-celular-no-brasil-estao-entre-as-mais-caras-do-mundo/>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. **REDAE: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 1, p. 1-18, fev./abr. 2005. Disponível em: <<http://www.agersa.es.gov.br/site/arquivos/relatorios/A%20Nova%20Regulamentacao%20do%20Servicos%20Publicos.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

\_\_\_\_\_. Perspectivas do sistema de regulação no Brasil experiências e desafios. In: SEMINÁRIO FORTALECENDO A GOVERNANÇA PARA CRESCIMENTO, 1., 2008, Brasília, DF. **Material didático.** Brasília, DF: [s. n.], 2008. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/eventos/seminarios-internacionais/teste-de-evento/material-didatico/perspectivas-do-sistema-de-regulacao-no-brasil-experiencias-e-desafios/view?searchterm=Floriano>>. Acesso em: 29 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Regulação estatal e interesses públicos.** São Paulo: Malheiros, 2002.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Org.). **Regulação e desenvolvimento.** São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências reguladoras e o direito brasileiro.** São Paulo: Atlas, 2002.

MENICONI, Tadeu. Pacientes com silicone adulterado estudam ação coletiva contra ANVISA. **O Globo,** Rio de Janeiro, 26 jan. 2012. Ciência e Saúde. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2012/01/pacientes-com-silicone-adulterado-estudam-acao-coletiva-contr-anvisa.html>>. Acesso em: 5 fev. 2012

MILESKI, Helio Saul. Controle social: um aliado do controle oficial. **Interesse Público,** Porto Alegre, ano 8, n. 36, p. 85-98, mar./abr. 2006.

MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Agências reguladoras.** São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional administrativo.** São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NILES, Mark C. On the hijacking of agencies (and airplanes): the federal aviation administration, “agency capture”, and airline security. **American University Journal of Gender, Social Policy & the Law,** Washington, v. 10, n. 2, p. 381-442, 2002.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2011.



OLIVEIRA, José Carlos de. **Concessões e permissões de serviços públicos**. Bauru: Edipro, 1996.

OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. **A defesa dos usuários de serviços públicos concedidos no Brasil**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

PAIXÃO, Leonardo André. Aspectos jurídico-institucionais do setor elétrico brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia. (Coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PASTORE, Ricardo Ferreira; NASCIMENTO, Rodrigo Zingales Oller do. O parecer AGU nº 51 e a ameaça à independência das agências reguladoras brasileiras. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo. (Org.). **Desafios atuais da regulação econômica e concorrência**. São Paulo: Atlas, 2010.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma gerencial do Estado de 1995**. mar. 2000. Disponível em: <[http://www.bresserpereira.org.br/listar\\_.asp?cat=13](http://www.bresserpereira.org.br/listar_.asp?cat=13)>. Acesso em: 21 maio 2012.

PEREZ, Caio Frederico Fonseca Martinez. **Princípio constitucional da eficiência, efetividade da tutela jurisdicional e responsabilidade do Estado-juiz**. 2011. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011.

PEREZ FILHO, Augusto Martinez. Políticas públicas e agências reguladoras. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v. 14, n. 20, p. 217-232, 2010. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/view/39>>. Acesso em: 21 maio 2012.

PESTANA, Márcio. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PROCON-SP. Assessoria de Imprensa. **Reclamações fundamentadas**. 15 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.procon.sp.gov.br/noticia.asp?id=1920>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

RIPEPE, Eugênio. **Riforma della Costituzione o assalto alla Costituzione?** Padova: Cedam Casa di Milano, 2000.

ROSE-ACKERMAN, Susan. The challenge of poor governance and corruption. **Revista de Direito GV**, São Paulo, n. 1, esp., 207-266, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

SANTOS, Luiz Alberto dos. Regulando a regulação: a nova legislação das agências reguladoras federais no Brasil. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 9., nov. 2004, Madrid. **Anais....** Madrid: CLAD, 2004. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/publicacoes/artigos/regulando-a-regulacao-a-nova-legislacao-das-agencias-reguladoras-federais-no-brasil/view>>. Acesso em: 22 maio 2012.

SEIDENFELD, Mark. A civic republican justification for the bureaucratic State. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 105, n. 7, p. 1511-1576, may 1992.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

SOUZA, Hamilton Dias de. Abertura do seminário reengenharia do Estado brasileiro. In: LOPES, Ernani Rodrigues et al. (Col.). **A reengenharia do Estado brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

STEWART, Richard. The reformation of American Administrative Law. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 88, n. 8, p. 1667-1813, jun. 1975.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. Agências reguladoras da administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 221, p. 1-5, jul./set. 2000.

TOCQUEVILLE, Alex de. **A democracia na América**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

UK Politics What is the third way? **BBC News**, London, sep. 1999. Disponível em: <[http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/politics/458626.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/458626.stm)>. Acesso em: 31 out. 2010.

UMA das mais caras do mundo, tarifa de energia no Brasil pode reduzir. **Jornal do Comércio**, Recife, 15 dez. 2011. Economia. Disponível em: <<http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/economia/nacional/noticia/2011/12/15/uma-das-mais-caras-do-mundo-tarifa-de-energia-no-brasil-pode-reduzir-25675.php>>. Acesso em: 5 fev. 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VILARINHO, Paulo Ferreira. A percepção da captura política da saúde suplementar no Brasil. **Cadernos EBAPE**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 694-709, 2010.

VINHAES, Elbia. **A reestruturação da indústria de energia elétrica brasileira: uma avaliação da possibilidade de competição através da teoria de mercados competitivos**. 1999. Dissertação (Mestrado em Economia Industrial) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999.

WEBER, Max. **Economia y sociedad esbozo de sociologia comprensiva**. México (Ciudad): Fondo de Cultura Económica, 1998.

WERNECK, Bruno Dário. A auto-regulação da atividade econômica no Brasil. In: DI PIETRO, Maria Sylvia. (Coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.