



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O COMPROMETIMENTO DA INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NAS
RELAÇÕES COM ENTIDADES PRIVADAS E A TEORIA DA CAPTURA

Augusto Cesar Ribeiro dos Santos

Rio de Janeiro
2018

AUGUSTO CESAR RIBEIRO DOS SANTOS

O COMPROMETIMENTO DA INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS
NAS RELAÇÕES COM ENTIDADES PRIVADAS E A TEORIA DA CAPTURA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de curso de pós-graduação *lato sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Nelson C. Tavares Júnior

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Rio de Janeiro
2018

O COMPROMETIMENTO DA INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NAS RELAÇÕES COM ENTIDADES PRIVADAS E A TEORIA DA CAPTURA

Augusto Cesar Ribeiro dos Santos

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes - Centro. Residência jurídica pela Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo - A partir da década de 90 do século passado houve um incremento na privatização de serviços públicos no Brasil. Essa situação fez com que houvesse uma maior necessidade de atuação do Estado no domínio econômico, com foco na sua vertente reguladora, por meio das agências reguladoras. Nesse contexto, a possibilidade de contaminação das agências reguladoras por grupos de interesses privados, com vistas à obtenção de benefícios é algo real e frequente. A essência do trabalho é analisar essa forma de captura e a adoção de práticas efetivas, com fundamento na moderna teoria da captura, para se efetivar um modelo regulatório independente, livre de influências indevidas de entidades privadas.

Palavras-chave - Direito Administrativo. Direito Regulatório. Agências Reguladoras. Teoria da Captura.

Sumário - Introdução. 1. A atuação independente das agências reguladoras e a suposta ausência de legitimidade democrática: a dificuldade de se justificar a existência de órgãos normativos com aparente origem não democrática. 2. A relação entre as agências reguladoras e as entidades privadas relacionadas ao seu campo de atuação: necessidade de afastar possíveis influências dessas últimas sobre os entes reguladores. 3. Aplicação da Teoria da Captura na busca por um modelo regulatório independente. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a aplicação da teoria da captura como forma de preservação de uma atuação independente das agências reguladoras nas relações com entidades privadas sob seu controle. Procura-se demonstrar a necessidade de se evitar a captura do órgão regulador por pessoas privadas, no sentido de atender seus interesses em detrimento dos direitos dos usuários de serviços públicos.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se é possível o estabelecimento de práticas, como as propugnadas pela moderna teoria da captura, como forma de evitar a captura das agências reguladoras por pessoas privadas.

A crescente privatização da prestação de serviços públicos, implementada sobretudo a partir da década de 90 do século passado, fez com que houvesse uma maior necessidade de

atuação do Estado no domínio econômico, com foco na sua vertente reguladora, por meio das agências reguladoras.

A doutrina cunhou a expressão *captura* para indicar a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados.

O tema é atual e merece atenção, uma vez que a relação jurídica entre a agência reguladora e as entidades privadas sob seu controle tem gerado estudos e decisões quanto à necessidade de afastar indevidas influências destas últimas sobre a atuação da primeira, de modo a beneficiar-se as empresas em desfavor dos usuários.

Inicia-se o primeiro capítulo do presente trabalho apresentando a discussão sobre a legitimidade e a necessidade de uma atuação independente das agências reguladoras para garantir os direitos dos usuários dos serviços públicos.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que ocorre a captura do ente regulador quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e a atuação do regulador, levando assim a agência a atender mais aos interesses das empresas do que os dos usuários do serviço, isto é, do que os interesses públicos.

O terceiro capítulo defende a necessidade de adoção de práticas efetivas, como a moderna teoria da captura, a fim de evitar que a atuação independente das agências reguladoras seja comprometida por influências deletérias de entidades privadas.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. A ATUAÇÃO INDEPENDENTE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A SUPOSTA AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA: A DIFICULDADE DE SE JUSTIFICAR A EXISTÊNCIA DE ÓRGÃOS NORMATIVOS COM APARENTE ORIGEM NÃO DEMOCRÁTICA

As análises da relação jurídica entre a agência reguladora e as entidades privadas sobre seu controle e das formas de se evitar indevidas influências destas últimas sobre a atuação da primeira devem ser feitas a partir da defesa de sua atuação independente, apesar da aparente origem não democrática dessas instituições.

Assim se afirma, porque não faria sentido em se preocupar com uma atuação livre de um órgão, isento de formas de captura por agentes sobre seu controle, se esse órgão não dispusesse, nos âmbitos legal, social e político, de um atuar independente legitimamente justificado. E o sentido de legitimidade, aqui tratado, aponta para processos de socialização política dos indivíduos que, submetidos a experiências diversas nos seus seios sociais, internalizam valores de apoio ou rejeição ao sistema e as suas partes constituintes. No presente estudo, o sistema seria o modelo regulatório brasileiro e uma de suas partes constituintes seriam as agências reguladoras.

As agências são autarquias especiais, que desempenham funções executivo-administrativas, normativas e decisórias, dentro de um espaço de competências deferido por lei, cujos limites ainda não estão pacificados na doutrina e na jurisprudência. A essas autarquias foi atribuída a função principal de controlar, em toda a sua extensão, a prestação de serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los¹. No exercício de suas atribuições, cabem às agências encargos de grande relevância, como zelar pelo cumprimento dos contratos de concessão, fomentar a competitividade, induzir à universalização dos serviços, definir políticas tarifárias e arbitrar conflitos entre o poder concedente, os concessionários e os usuários.

Porém, o alto grau de autonomia e os poderes quase-legislativos das agências ensejam muitas indagações no campo do direito e da ciência política. Todos estes questionamentos, entretanto, se originam de um problema fundamental: o suposto déficit de legitimidade democrática da atuação normativa das agências: a dificuldade de se justificar a existência de órgãos normativos com aparente origem não democrática.

Alexandre Santos de Aragão² comenta que:

A insurgência de espaços administrativos efetivamente autônomos frente ao poder executivo central, do que as agências reguladoras independentes constituem o exemplo mais relevante em nosso Direito Positivo, é uma exigência da eficaz regulação estatal de uma sociedade também diferenciada e complexa. Todavia, a adoção de um modelo multiorganizado ou pluricêntrico de Administração Pública traz riscos à legitimidade democrática da sua atuação .

Nesse contexto, mostra-se relevante uma reflexão quanto à origem e à existência desse déficit democrático, com relação a ser o mesmo inerente ao modelo das agências reguladoras independentes ou a ser tal deficiência originária de uma crise democrática do Estado como um todo, que lhe atinge por reflexo.

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 504-507.

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 218-219.

Não há como negar que o surgimento de centros de poder como os das agências reguladoras – cujas características são a não eletividade de seus dirigentes, a natureza técnica das funções desempenhadas e sua autonomia em relação aos poderes tradicionais – desperta, naturalmente, a discussão acerca da legitimidade política no desempenho de tais competências.

A doutrina aponta alguns aspectos que, idealmente, seriam capazes de neutralizar as conseqüências desse *deficit* democrático. Luís Roberto Barroso³ invoca os seguintes: o Legislativo conserva o poder de criar e extinguir agências, bem como de instituir as competências que desempenharão; o Executivo, por sua vez, exerce o poder de nomeação dos dirigentes, bem como o de traçar as políticas públicas para o setor específico; o Judiciário exerce controle sobre a razoabilidade e sobre a observância do devido processo legal, relativamente às decisões das agências.

Ressalte-se que em tempos de liberdade de imprensa, de organização da sociedade e de existência de uma opinião pública esclarecida e atuante, sobreleva a importância do dever de motivação adequada, do dever de argumentativa e racionalmente demonstrar-se o acerto das ponderações de interesse e das escolhas realizadas.

Outra forma de legitimação da atuação das agências reguladoras brasileiras é a criação de mecanismos de participação dos administrados no processo de elaboração das decisões que possam afetar os seus interesses. A Constituição Federal de 1988, em diversos dispositivos, prevê mecanismos de viabilização da participação popular na Administração Pública, bem como nos Poderes do Estado em geral.

No entanto, deve-se frisar que uma excessiva interferência popular e dos Poderes na atuação das agências desnatura o modelo regulatório. Isso porque, tal modelo é estruturado a partir do princípio da deferência técnico-administrativa em que se coloca à disposição do órgão especializado uma margem de discricionariedade técnica para operação, execução e implementação da atividade descentralizada que exige conhecimentos específicos.

A principal dificuldade para justificar a atuação independente dessas autarquias especializadas em face de uma suposta ausência de legitimidade democrática diz respeito à forma de investidura dos seus dirigentes, que não são eleitos. Ocorre que, mesmo em um sistema democrático, deve ser admitida a investidura por razões de mérito, pois há determinadas funções

³ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3209>>. Acesso em: 13 out. 2017.

que devem ser exercidas de forma neutra, desvinculada das oscilações do plano político-partidário, em consonância com o princípio da deferência técnico-administrativa acima exposto.

Na verdade, seria até mesmo antidemocrático que todos os cargos e funções públicas fossem providos através de eleições. Daí se pode concluir que a ausência de eleição para os membros dirigentes das agências reguladoras é irrelevante para o reconhecimento de algum déficit democrático.

De acordo com Marçal Justen Filho⁴, “não há déficit democrático na instituição estatal constituída sem participação direta do povo quando a função consista precisamente em neutralizar a influência da vontade da maioria da população e assegurar a realização de valores e princípios fundamentais”.

Aliás, não são apenas os dirigentes das agências que são escolhidos sem a manifestação direta da vontade popular. Assim também ocorre com os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, muito embora tenham competência para declarar a inconstitucionalidade de atos emanados de representantes do povo, são escolhidos por meio de um processo em que prevalecem o conhecimento e a experiência jurídicos.

Sob esse enfoque, a criação das agências reguladoras independentes pode ser vista como um instrumento de ampliação da legitimação democrática do sistema de governo em vigor. Isso porque, se constata que a regulamentação e execução de certas matérias pelos órgãos investidos através da via eleitoral podem consistir em um risco muito grande para determinados valores fundamentais. O receio de desagradar o eleitorado e, assim, reduzir as chances de uma reeleição faz com que determinadas decisões sejam descartadas, muito embora necessárias e adequadas do ponto de vista técnico.

Dessa forma, a própria organização estatal democrática impõe a criação de cargos não preenchidos por eleições. Há a necessidade da existência de entes estatais que não se enquadrem exatamente em quaisquer dos três poderes tradicionais, com vistas a garantir a realização da democracia e assegurar o pluralismo de interesses na sociedade, através do exercício imparcial de suas funções com relação às questões políticas.

Nesse sentido, Patrícia Baptista⁵ defende que “a noção de democratização da Administração Pública não está associada à representatividade, pelo menos não em seus moldes tradicionais, isto é, através da via eleitoral”.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Há um déficit democrático nas Agências Reguladoras? In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.) *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 1, jan./mar. 2003.

⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

O que se quer expor é que a atuação independente da agência reguladora, através da substituição da decisão de cunho polítipopartidário por decisões de natureza técnica, está longe de qualquer ilegitimidade. Justifica-se a existência desses órgãos normativos independentes, sem qualquer forma de captura de sua atuação, para efetivar uma melhor prestação de serviços públicos e para defender direitos fundamentais dos tomadores desses serviços.

2. A RELAÇÃO ENTRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS E AS ENTIDADES PRIVADAS RELACIONADAS AO SEU CAMPO DE ATUAÇÃO: NECESSIDADE DE AFASTAR POSSÍVEIS INFLUÊNCIAS DESSAS ÚLTIMAS SOBRE OS ENTES REGULADORES

A defesa da legitimidade da atuação de uma agência reguladora precisa advir de um sentimento de certeza quanto à independência dessas instituições frente às pressões dos entes privados regulados. Em outras palavras, só se aceita a submissão às normas de um poder regulador quando se percebe que esse órgão atua de maneira imparcial no trato de todas as partes envolvidas na relação econômica regulada. Notadamente, quando se verifica que, efetivamente, o órgão regulador está imune a interferências indevidas de sociedades empresárias, por maior que seja o poderio econômico desses entes.

Assim se afirma porque hodiernamente as agências reguladoras exercem papel fundamental no desenvolvimento econômico de um país de matriz capitalista como o Brasil, equilibrando as forças entre o poder empreendedor e o interesse dos usuários. A manutenção desse equilíbrio é fundamental para um desenvolvimento sustentável que, em última análise, permite a sobrevivência desses empreendedores privados. Nesse sentido, seria lógico esperar um comportamento favorável a esse equilíbrio por parte dos entes privados regulados.

No entanto, contrariando essa lógica, é possível observar um comportamento oportunístico por parte do investidor privado, no sentido de influenciar o órgão regulador em detrimento do interesse dos usuários. A Teoria da Captura, que têm por foco a formação de grupos de interesse e a captura de agentes reguladores, argumenta que as empresas possuem grande capacidade de organização e efetividade na busca de rendas extras. Por consequência, de acordo com essa teoria, é possível observar as agências reguladoras cedendo à pressão de grupos que representam os interesses de empresas ao invés de defender de forma mais efetiva os interesses dos consumidores. De forma direta e prática, a Teoria da Captura busca impedir uma vinculação promíscua entre a agência, de um lado, e o governo instituidor ou os entes regulados, de outro, com flagrante comprometimento da independência da pessoa controladora⁶.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 369-370.

Como a atividade econômica, a partir da efetivação do programa de desestatização, está concentrada, principalmente, nas mãos da iniciativa privada, faz-se necessário que o Estado não se poste totalmente alheio à atividade desses novos agentes econômicos. É necessário que o Estado permaneça vigilante em relação a aspectos, como por exemplo, direitos do consumidor, risco de formação de monopólios empresariais, qualidade dos serviços prestados, dentre outros. Esse papel deve ser exercido de modo efetivo pelas agências reguladoras e, para esse exercício, essas entidades devem gozar de independência e fazer bom uso dela.

Costuma-se afirmar que as agências reguladoras gozam de certa margem de independência em relação aos três poderes do Estado: (a) em relação ao Poder Legislativo, porque dispõem de função normativa, que justifica o nome de órgão regulador ou agência reguladora; (b) em relação ao Poder Executivo, porque as normas e decisões não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estranhas ao próprio órgão; (c) em relação ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase-jurisdicional no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades controladas pela agência, litígios entre os vários delegatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos respectivos serviços.”⁷

Contudo, é de se ressaltar que sendo as decisões das agências reguladoras, eminentemente técnicas, o controle judicial será realizado, ordinariamente, tão somente quanto ao aspecto da legalidade, contudo, não são raros os casos em que o judiciário poderá avaliar o mérito desses atos, e aí devem ser abarcados os atos que evidenciam que a agência reguladora cedeu a pressões indevidas dos entes privados regulados.

O Judiciário, se provocado, poderá fiscalizar, inclusive, o processo que antecede a emanção de um ato de regulação, exigindo informações sobre as opções adotadas e suas correlatas justificativas técnico-científicas. O Judiciário poderá analisar se o órgão regulador adotou todas as providências necessárias para um profícuo e satisfatório desempenho da sua competência discricionária. E um ato de regulação que ignore ou desrespeite as cautelas necessárias, impostas pelo conhecimento técnico ou científico, pode ser analisado e, se for o caso, invalidado pelo Poder Judiciário. Em suma, deve haver uma discricionariedade vigiada em prol dos direitos dos usuários, porque de nada valeria proclamar-se o assujeitamento da Administração à Constituição e às leis, se não fosse possível, perante um órgão imparcial e independente, contestar seus atos com as exigências delas decorrentes.⁸

⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 131.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 650.

Outro relevante instrumento de controle a fim de impedir influências nefastas nas agências pode ser exercido pelo próprio usuário interessado: trata-se do direito de petição. Consiste esse direito, de longínqua tradição inglesa, na faculdade que têm os indivíduos de formular aos órgãos públicos qualquer tipo de postulação, tudo como decorrência da própria cidadania. A constituição em vigor contempla o direito de petição entre os direitos e garantias fundamentais, estabelecendo no art. 5º, XXXIV, “a”, ser a todos assegurado “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa dos direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. Avulta observar que esse direito tem grande amplitude. Na verdade, quando admite que seja exercido para a “defesa de direitos” não discrimina que tipo de direitos, o que torna admissível a interpretação de que abrange direitos individuais e coletivos, próprios ou de terceiros, contanto que possa refletir o poder jurídico do indivíduo de dirigir-se aos órgãos públicos e deles obter a devida resposta.”⁹

A vigilância sobre a atuação das agências reguladoras, no sentido de evitar influências de entidades privadas não visa a afastar os preceitos de uma Economia de Mercado, que é, basicamente, um sistema econômico elaborado no seio do desenvolvimento do capitalismo e tem como premissa básica a centralidade do mercado na economia, através da redução dos papéis exercidos pelo Estado. Ao contrário, como já afirmado, a idéia é fortalecer o desenvolvimento sustentável, corroborando para o sucesso da atividade empresarial.

Não obstante a aceitação de uma economia de mercado como algo posto no Brasil, deve ser reconhecido que tal economia apresenta alguns problemas estruturais, o que dá força à idéia de que a preocupação em afastar um dirigismo dos entes privados sobre a atuação das agências deve estar sempre presente. Um problema que pode ser apontado está na fragilidade das premissas da livre concorrência e da lei da oferta e da procura. Em muitos casos, empresas de um mesmo setor ou produto organizam-se na formação de cartéis, que, na prática, ocasionam a padronização dos preços a fim de evitar grandes perdas durante a concorrência. Apesar de ser considerada irregular, essa prática é bastante comum em todo o mundo. Às vezes, não há um cartel organizado, mas uma regulação média dos preços, que variam em pouquíssimos centavos entre uma ou outra empresa.

Apesar de críticas e contestações, a economia de mercado é predominante na economia global contemporânea. O Estado, nesse caso, passa a controlar o mínimo possível a economia, operando apenas para conter os excessos do mercado e para garantir a não ocorrência de crises que afetem, assim, a dinâmica econômica. Nesse aspecto, as agências reguladoras possuem papel

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 1009-1010.

relevante, normatizando o setor regulado e mediando conflitos e interesses de usuários e entidades privadas reguladas.

Na mediação desses interesses e conflitos, como é presumível que os usuários de serviços públicos são a parte mais fraca da relação, as atenções devem ser voltadas principalmente para as demandas do setor privado frente às agências reguladoras, no sentido de verificar se são demandas legítimas ou se são tentativas ilícitas de influência. Frente à observância dessas tentativas de influência, devem ser analisados os passos das agências, isto é, verificar se a atuação está infestada dessas pressões em detrimento do interesse dos usuários de serviços.

É essencial, para isso, a adoção de práticas regulatórias transparentes e a adoção de mecanismos de defesa da independência das agências reguladoras. O governo também deve sinalizar seu comprometimento com os arranjos regulatórios estabelecidos, mitigando também a incerteza política, já que a independência formal, por si só, não garante uma maior estabilidade nas relações entre as partes interessadas, assim como não garante uma confiança no atuar regulatório por parte da sociedade.

O que se quer dizer é que a existência de uma legislação de constituição de agência reguladora que, a princípio, contenha elementos favoráveis à independência não é suficiente para asseverar autonomia de fato. Além disso, não garante que agentes reguladores atuarão sem influência dominante de determinados grupos de interesse. Há necessidade que aspectos de governança, como o respeito aos preceitos legais, controle da corrupção de servidores das agências, boa qualidade da atividade regulatória e isenção do judiciário sejam também observadas.

3. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAPTURA NA BUSCA POR UM MODELO REGULATÓRIO INDEPENDENTE

As agências reguladoras no Brasil são autarquias especiais, independentes, com especialização técnica e poder normativo, destinadas a aplicar as políticas setoriais em prol do interesse público, com o escopo de possibilitar a ampliação do controle e a universalização do acesso aos serviços públicos, bem como tornar a prestação desses serviços mais eficiente para a sociedade.

Contudo, as atividades regulatórias estão, constantemente sob o risco de serem capturadas, isto é, desviarem-se de seu foco principal - que é baseado na busca do interesse público. O problema da captura das agências reguladoras pode surgir de dois modos: pelo setor

privado, na medida em que empresas que exercem os serviços regulados, valendo-se de seu poder econômico, interferem na atividade regulatória, influenciando o comportamento da entidade reguladora (captura econômica), ou; pelo próprio setor público, quando há uma vinculação da atividade da agência reguladora com interesses políticos de agentes públicos, em especial, de detentores de mandato no âmbito do Poder Executivo (captura política)¹⁰.

O foco do presente artigo é a captura econômica, que consiste no fenômeno da captura das agências reguladoras por entes privados, ocorrendo distorção do interesse público em favor do interesse privado, motivada pela enorme pressão do poder econômico das empresas reguladas e de grupos de interesses. Esse fenômeno afeta de forma evidente, a imparcialidade das agências reguladoras. A agência perde sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a reproduzir atos destinados a legitimar a consecução de interesses privados dos segmentos regulados.

Com isso, a agência reguladora passar a servir de instrumento para viabilizar e legitimar a consecução de interesses privados dos segmentos regulados, se afastando dos preceitos constitucionais, dos princípios relativos à defesa do consumidor, para atender interesses de agentes e grupos econômicos em detrimento dos cidadãos que utilizam ou necessitam dos serviços públicos.

Vale dizer que a corrupção (abuso do poder público com fins privados) e a aceitação da assimetria de informações (aceitar como verdadeiras as afirmações e informações dos agentes regulados) sem auditar também são formas de captura¹¹.

Nesse contexto, de possibilidades de relações indevidas entre as agências reguladoras e os entes regulados, a Teoria da Captura, além de escancarar tal circunstância, busca formas de se evitar tal relação promíscua, que prejudica a independência da pessoa controladora e causa um desequilíbrio entre entes privados regulados e usuários do serviço.

A Teoria da Captura volta-se, em princípio, ao tema que envolve a independência decisória, que representa o estabelecimento do Conselho Diretor da agência reguladora como última instância de decisão, haja vista a sua vinculação administrativa (e não subordinação hierárquica) ao respectivo Ministério.

¹⁰ MELO, Thiago Dellazari. *A captura das agências reguladoras: uma análise do risco de ineficiência do Estado regulador*. 2010. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Data da defesa. Total de folhas. Tese (Doutorado) ou Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2010, p.39-58.

¹¹ BOEHM, Frédéric. *Corrupción y Captura en la Regulación de los Servicios Públicos*. *Revista de Economía Institucional*, p. 249. Disponível em: <<http://www.economiainstitutional.com/pdf/No13/fboehm13.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

Ora, um dos aspectos mais relevantes trazidos é de que, conforme nossa Constituição Federal de 1988, os dirigentes das agências reguladoras serão indicados pelo Presidente da República, e por ele nomeados após aprovação pelo Senado Federal.

Estes dirigentes são nomeados para exercício de mandato fixo, cuja duração será estabelecida nas Leis específicas das agências. Caberia também à Lei dispor sobre a não-coincidência dos mandatos, que se soma a regra geral das Leis das agências que estabelece que, em caso de vacância no curso do mandato, o sucessor será investido apenas para completar o mandato interrompido.

Ressalte-se ainda que estes referidos dirigentes só perdem o seu mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. Isto seria uma garantia de independência entre as agências reguladoras e o poder político.

No que tange à independência econômica, a doutrina ressalta a importância da chamada “quarentena” sobre os dirigentes e ex-dirigentes. Estes ficariam impedidos para o exercício de atividade ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período mínimo específico, sendo contado a partir do momento da exoneração ou do término do seu mandato.

Sobre o referido tema, qual seja, o instituto da quarentena, aduz o professor Floriano Azevedo Marques Neto:

No nosso entendimento a melhor forma de efetivar tais mecanismos é com o estabelecimento da proibição de que o dirigente ou detentor de cargo relevante no órgão regulador represente qualquer interesse da regulada por um período mínimo de 12 meses após deixar seu cargo. Neste período cumpre ao Estado pagar pelo seu sustento o valor correspondente ao que ganhava no cargo. Em que pese às críticas a tal mecanismo, afirmando que isto caracterizaria pagamento de salário sem contrapartida, delas discordo. A natureza destes pagamentos é indenizatória.¹²

Outro aspecto relevante, ainda no campo da independência decisória do órgão regulador, é a posição que a justiça vem adotando no sentido de possibilitar essa independência de fatores externos, obstando a nomeação, para vaga no conselho consultivo de determinada agência reguladora, de indivíduos que haviam anteriormente ocupado cargos em empresas concessionárias.

Nesse sentido, tem-se a decisão do TRF 5ª Região na apelação cível de nº 342.739/PE, em que se discutiu a (il)egalidade da nomeação de um indivíduo para o Conselho Consultivo da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), uma vez que este era, no momento da

¹² MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: *Direito Administrativo Econômico* (Coordenação de Carlos Ari Sundfeld). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 85-84.

nomeação, presidente da TELEBRASIL, associação que congrega grandes empresas deste referido campo regulado¹³:

A necessidade de autonomia no desempenho de funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional. A fiscalização não elimina a autonomia, mas assegura à sociedade que os órgãos titulares de poder político não atuam sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum. Esse controle deverá recair não apenas sobre a nomeação e demissão dos administradores das agências, mas também sobre o desempenho de suas atribuições”.

(...)

Quanto ao segundo apelante, fora o mesmo nomeado membro do Conselho Consultivo da ANATEL, como representante dos usuários, quando era Presidente da TELEBRASIL, associação composta por pessoas físicas e jurídicas exercentes de atividades em telecomunicações e em tecnologia afins, a qual congrega grandes empresas do setor de telecomunicações, tais como, a Ericsson Telecomunicações S.A., Siemens Ltda., Tele Norte Leste Participações S/A, Telecom Itália do Brasil S/C Ltda., Telecomunicações de São Paulo S/A, Telesp Celular Participações S/A, Intelig Telecomunicações Ltda., Vésper S/A, Portugal Telecom Brasil S/A, Nokia do Brasil Ltda., entre outras. Manifesta, destarte, a ilegalidade de sua nomeação para representar os usuários perante o Conselho Consultivo da ANATEL. 16. Não há que se alegar ser o bastante a indicação do segundo apelante por entidades representantes dos usuários. A uma, porque se vislumbra ser a ABRANET – Associação Brasileira de Provedores de Acesso, Conteúdo e Informações da Rede Internet, entidade representativa dos usuários dos serviços de telecomunicações, pois seu objetivo social, consoante se colhe do site www.abranet.org.br, “é dar apoio ao esforço brasileiro na implantação de empresas provedoras de acesso, serviços e informações e buscar o desenvolvimento da Internet – Brasil”. A duas, porquanto “não basta que o candidato ao cargo seja indicado por uma entidade representativa dos usuários e da sociedade, mas também que o mesmo seja um legítimo representante deste segmento, de forma que os seus interesses coincidam com aqueles cuja defesa lhe foi outorgada, sob pena de não haver uma efetiva participação de todos os segmentos da sociedade naquele Conselho e, por conseguinte, de descumprimento do artigo 33 da Lei 9.427/97”. In casu, flagrante é o conflito entre os interesse dos usuários dos serviços de telecomunicações e os interesses da associação que o segundo apelante representa, implicando, pois, em se reconhecer a impossibilidade de sua indicação como representante dos usuários perante o Conselho Consultivo da ANATEL. 17. A nomeação dos apelantes como membros do Conselho Consultivo da ANATEL, representa o que a doutrina estrangeira e alguns doutrinadores brasileiros tem denominado de captura da agência pelos interesses regulados.

Ora, seria razoável afirmar que tal nomeação seria incompreensível, sendo muito feliz a decisão proferida pelo ínclito Tribunal Regional Federal da 5ª região. Seria no mínimo arriscado nomear um indivíduo amplamente ligado aos agentes econômicos de um determinado setor (*in casu*, presidente da TELEBRASIL) para o Conselho Consultivo do ente regulador responsável, por conta do flagrante conflito de interesses no caso concreto.

Além do controle judicial, com o advento da Lei nº 12.846/13, a Lei Anticorrupção, surgiu mais um mecanismo de defesa em face da ocorrência frequente de captura dentro das agências reguladoras. Atualmente, além dos agentes físicos, as próprias empresas podem ser

¹³ BRASIL. Tribunal Regional Federal, 5ª Região, *Ap. Cível nº 342.739*. Relator Juiz FRANCISCO CAVALCANTI. Disponível em: <<https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/194680/apelacao-civel-ac-342739-pe-20028300009457-0?ref=serp>>. Acesso em: 20 mar. 2018

responsabilizadas pelos seus atos ilícitos em desfavor da administração pública. O combate a essa captura efetivamente encontra guarida na referida Lei, sendo tipificada no seu artigo 5º.¹⁴

Essa abordagem mostra que a teoria da captura, na busca por um modelo regulatório independente, além do estudo e da observação da prática, do que ordinariamente acontece nas relações entre órgãos reguladores e entes regulados, se esteia na sistemática legal para alargar o campo de atuação de sua teoria, que vem repercutindo em recentes decisões judiciais, no sentido de conferir efetiva independência às decisões dos órgãos reguladores.

Nesse contexto, a lição de Marçal Justen Filho¹⁵:

A necessidade de autonomia no desempenho de funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional. A fiscalização não elimina a autonomia, mas assegura à sociedade que os órgãos titulares de poder político não atuam sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum.

Esse controle deverá recair não apenas sobre a nomeação e demissão de administradores das agências, mas também sobre o desempenho de suas atribuições. Deverá submeter-se à fiscalização a atuação das agências relativamente à adoção de políticas públicas, de edição de normas tanto gerais e abstratas como individuais e concretas.

Por fim, é possível afirmar que, com as atuais políticas de contenção de gastos em todas as esferas públicas, novas atividades e serviços tendem a ser delegadas ao setor privado. Por isso, as agências reguladoras parecem, cada vez mais, estarem consolidadas em nosso país, de modo que se faz necessário a adoção de medidas que visem a fortalecê-las, deixando-as livres de influências externas.

A utilização do sistema das agências reguladoras implica que lhes seja conferido um certo grau de independência em relação a agentes externos. Se existe algum tipo de interferência, este referido sistema perde a sua pureza e primária vocação. O pronto reconhecimento das formas de captura da agência reguladora e o seu efetivo combate por meios legais, judiciais e de participação popular são mecanismos eficazes de se evitar que esse sistema regulatório seja desvirtuado.

CONCLUSÃO

As agências reguladoras, criadas com natureza pública, na forma de autarquias, exercem, no Brasil, importante papel de fiscalizar, conduzir e regular as prestações de serviços públicos e o exercício de atividades econômicas por particulares.

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

¹⁵ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 584-585.

A relação jurídica entre a agência reguladora e as entidades privadas sob seu controle tem gerado estudos e decisões quanto à necessidade de afastar indevidas influências destas últimas sobre a atuação da primeira, de modo a beneficiar-se as empresas em desfavor dos usuários do serviço.

Uma atuação independente da agência reguladora é essencial para se evitar tal desequilíbrio nas relações entre prestadores de serviços e usuários. A aparente origem não democrática desse órgão reguladores não se constitui um óbice a sua existência e a sua atuação no modelo econômico vigente.

Justifica-se a existência desses órgãos normativos independentes, sem qualquer forma de captura de sua atuação, para efetivar uma melhor prestação de serviços públicos e para defender direitos fundamentais dos tomadores desses serviços.

Porém, no modelo econômico vigente, a existência de uma legislação de constituição de agência reguladora que, a princípio, contenha elementos favoráveis à independência não é suficiente para preservar autonomia de fato. Há necessidade que aspectos de governança, como o respeito aos preceitos legais, controle da corrupção de servidores, boa qualidade da atividade regulatória e isenção do judiciário sejam também observados.

Nesse contexto, de possibilidades de relações indevidas entre as agências reguladoras e os entes regulados, a teoria da captura, além de escancarar tal circunstância, busca forma de se evitar tal relação deletéria, que prejudica a independência da pessoa controladora e causa um desequilíbrio na relação entre entes privados regulados e usuários de serviços.

A aplicação da teoria da captura, na medida em que foca na atuação dos diretores das agências, nos atos legislativos pertinentes à atividade regulada e nas decisões judiciais, possibilita o pronto reconhecimento das formas de captura da agência reguladora e o seu efetivo combate por meios legais, judiciais e de participação popular. Referidos meios são mecanismos eficazes para se evitar que o sistema regulatório seja desvirtuado, de modo a beneficiar entidades privadas em detrimento dos direitos dos usuários.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n 59, I out 2002.

- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BINEMBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras e Democracia no Brasil. REDAE - *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, n. 3, ago-set. 2005, Salvador.
- BOEHM, Frédéric. Corrupción y Captura en la Regulación de los Servicios Públicos. *Revista de Economía Institucional*. Disponível em: <<http://www.economiaainstitucional.com/pdf/No13/fboehm13.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.
- BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2018.
- _____. Tribunal Regional Federal, 5ª Região, *Ap. Cível nº 342.739*. Relator Juiz FRANCISCO CAVALCANTI. Disponível em: <<https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/194680/apelacao-civel-ac-342739-pe-20028300009457-0?ref=serp>>. Acesso em: 20 mar. 2018
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017.
- GUERRA, Sérgio. *Teoria da captura de agência reguladora em sede pretoriana*. RDA n 244, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- _____, Marçal. Há um déficit democrático nas Agências Reguladoras? In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord) *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, n 1, jan/mar. 2003.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELO, Thiago Dellazari. *A "captura" das agências reguladoras: uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2010.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1999.
- SALGADO, Lúcia Helena. *Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2003.