



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A TEORIA DA CAPTURA E A INDEPENDÊNCIA NA TOMADA DE DECISÕES DAS
AGÊNCIAS REGULADORAS: A PREJUDICIALIDADE AOS DIREITOS DO USUÁRIO-
CONSUMIDOR

Roberto Carvalho de Castro

Rio de Janeiro
2019

ROBERTO CARVALHO DE CASTRO

A TEORIA DA CAPTURA E A INDEPENDÊNCIA NA TOMADA DE DECISÕES DAS
AGÊNCIAS REGULADORAS: A PREJUDICIALIDADE AOS DIREITOS DO USUÁRIO-
CONSUMIDOR

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:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

A TEORIA DA CAPTURA E A INDEPENDÊNCIA NA TOMADA DE DECISÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: A PREJUDICIALIDADE AOS DIREITOS DO USUÁRIO-CONSUMIDOR

Roberto Carvalho de Castro

Graduado pela Faculdade de Direito Ibmecc.
Advogado. Pós-graduado em Direito Público e Privado pela Universidade Gama Filho.

Resumo – É feita uma abordagem histórica do modelo administrativo do Estado, passando por todas as suas fases de acordo com o momento histórico-social vivido, e a sua participação na prestação de serviços considerados essenciais para a população do seu território. Neste contexto, busca-se apresentar o momento histórico que propiciou o surgimento destes órgãos da administração pública, que ganharam importância pelo fato de participarem como entes de regulação e fiscalização da atividade privada. Apesar de ter como objetivo o resguardo do interesse público, tem-se verificado o desvirtuamento da sua finalidade pelo fato da adoção de um modelo capitalista de produção, em que se objetiva a obtenção de lucro em detrimento da qualidade do serviço público. Assim, demonstra-se o surgimento de um processo de corrupção política, que faz com que os agentes que deveriam proteger o interesse público, contra este se revoltam e passam a defender interesses privados. Em nosso país, assim como no país de origem do instituto, verifica-se a decadência da representatividade popular, pois há o prestígio de indicações políticas aos cargos, o que leva à reflexão da necessidade de maior participação popular, tendo em vista que até o Poder Judiciário tem abdicado de se imiscuir nesta seara, desaguando na consequência que se buscava evitar com a transferência dos serviços para a iniciativa privada, qual seja, a precarização dos serviços e o desrespeito ao usuário consumidor.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Autarquias Especiais. Agências Reguladoras. Teoria da Captura. Usuário-consumidor

Sumário – Introdução. 1. Controvérsias quanto à indicação dos diretores das agências reguladoras e à legitimidade da sua função normativa 2. A Teoria da Captura e a sua influência nas tomadas de decisão sobre os mercados regulados. 3. A posição jurídica do usuário-consumidor e o prejuízo com a falta da sua participação na tomada de decisões. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este trabalho científico visa a discutir a teoria da captura nas agências reguladoras, mais especificamente em relação à ausência de proteção ao usuário-consumidor, quando da tomada de decisões técnicas, frente ao poderio econômico das empresas. O objetivo é discutir a posição inferior a que se sujeita o usuário-consumidor pela falta de representatividade em razão do modelo adotado pelo Brasil na criação das agências reguladoras. Em razão disso, se discutirá se a

captura dos agentes reguladores afeta a prestação de serviços para pior, e como a jurisprudência tem se posicionado quando instado a solucionar lides decorrentes da prestação do serviço.

A partir das reformas administrativas ocorridas na década de 90, houve a gradativa transferência da prestação de serviços que eram afetados exclusivamente ao Estado para a iniciativa privada, por meio de concessões e permissões. Coube à Administração Pública o papel de regulador econômico do mercado de interesse público, editando normas e realizando a fiscalização da prestação dos serviços, a fim de manter a continuidade e a qualidade da sua prestação.

O trabalho enfoca a temática da interferência econômica no âmbito das agências reguladoras, em função da captura dos agentes reguladores do mercado pelo poder do capital privado, o que vem afetando os usuários-consumidores dos serviços públicos, ao impedir que estes possam usufruir de um serviço eficiente e de qualidade.

Para tal, no capítulo 1 será tratado em até que ponto as agências reguladoras, na forma como foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, detêm legitimidade para serem dotadas de poder normativo e de poder judicante, em razão da forma de nomeação dos diretores, que se dá por meio de nomeação política. Nessa oportunidade, será analisado o modelo usado para a transferência de serviços públicos para a iniciativa privada, em que há prevalência do critério técnico como fundamento de uma melhor gestão e controle, a fim de garantir o princípio da eficiência dos serviços públicos.

No capítulo 2, dando prosseguimento à discussão, será debatido se há influência exercida pelas empresas privadas prestadoras do serviço público nas tomadas de decisões técnicas feitas pelas agências reguladoras, que tratam da relação entre aquelas e os usuários-consumidores. Tentar-se-á demonstrar que o modelo adotado pode favorecer que os diretores das agências reguladoras sejam capturados pelos detentores do poder econômico, de modo a tomarem decisões que não atendam precipuamente ao interesse público, em detrimento de diversas pessoas que são usuários do serviço público.

Por fim, no capítulo 3, será discutido se no modelo atualmente utilizado há a possibilidade de reversão judicial de decisões técnicas tomadas pelas diretorias das agências reguladoras, ou se o entendimento da jurisprudência pátria é diverso, no sentido de que tais decisões têm natureza discricionária, afastando o controle do mérito pelo Poder Judiciário. Irá se discutir se o usuário-consumidor, frente às decisões técnicas tomadas pelas agências reguladoras, tem a possibilidade

de as rever se forem eventualmente contrárias a seus interesses, ou se estão sujeitos ao que foi decidido, devendo se submeter a tais decisões, mesmo que venham a ferir seus direitos do consumidor.

Para tanto, este artigo será desenvolvido utilizando-se do método hipotético-dedutivo, por meio da análise de um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem possíveis e capazes de analisar o objeto da pesquisa, com o fim de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. Dessa forma, far-se-á uma pesquisa jurídica qualitativa, valendo-se o pesquisador da bibliografia pertinente à temática em debate para sustentar a sua tese, que foi coletada e adquirida na fase exploratória da pesquisa.

1. CONTROVÉRSIAS QUANTO À INDICAÇÃO DOS DIRETORES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A LEGITIMIDADE DA SUA FUNÇÃO NORMATIVA

É importante entender em que contexto histórico está inserido o surgimento das agências reguladoras no direito brasileiro, visto que estão estruturadas de acordo com um modelo de Estado voltado para o domínio da disciplina jurídica, dentre as diferentes formas de intervenção do Estado no domínio econômico.

Luis Roberto Barroso¹ aduz que o Estado atravessou três fases diversas e razoavelmente bem definidas durante o século passado: pré-modernidade ou Estado liberal, modernidade ou Estado social, e pós-modernidade. Passou-se de um modelo de funções reduzidas, em que eram prestados apenas funções essenciais (como, por exemplo, segurança e justiça), para um modelo em que predominava a exclusividade de prestação do serviço pelo Estado.

Porém, após a Constituição de 1988, houve o esvaziamento desse modelo no qual o Poder Público atuava no processo econômico, em que a iniciativa oficial era a principal impulsionadora da atividade econômica. O tamanho do Estado, devido às circunstâncias da época anterior, ao final do século XX havia se agigantado, tornando-se ineficiente, com grandes índices de corrupção e sem conseguir atingir o fim, que era a luta contra a pobreza.

O discurso deste novo tempo é o da desregulamentação, da privatização e das organizações não-governamentais. No plano da cidadania, desenvolvem-se os direitos

¹ BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras: Constituição, transformações do Estado e Legitimidade democrática*. São Paulo: Fórum e FGV, 2011. p. 285-286.

difusos, caracterizados pela pluralidade indeterminada de seus titulares e pela indivisibilidade de seu objeto. Nele se inclui a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, e aos bens e valores históricos, artísticos e paisagísticos.²

Com o esvaziamento do modelo em que as entidades atuavam como protagonistas do processo econômico, o Estado adotou um sistema para diminuir a participação estatal na economia, realizado inicialmente por meio de um programa de privatização de serviços e atividades empresariais. A primeira medida a ser tomada foi por meio da Emenda Constitucional nº 6, em que houve a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro.

Além disso, houve a flexibilização dos monopólios estatais e a transferência de atividades econômicas indevidamente exploradas pelo setor público. Deslocou-se, dessa forma, a atuação estatal do campo empresarial para atuação na regulação dos serviços públicos e atividades, retirando a sua participação decisiva na economia.

Como explica Caio Tácito³:

A limitação de serviços públicos e a tendência de retomada da abertura da ordem econômica, a par do crescimento na demanda de serviços essenciais, conduzem a uma crescente política de retração na atividade pública empresarial, com a busca de maior produtividade em áreas acessíveis à economia privada.

Nesse ambiente de abertura do mercado e de setores ao capital estrangeiro, observou-se conjuntamente a criação de normas de proteção aos direitos do consumidor, de proteção ao meio ambiente, de defesa e manutenção das condições de livre concorrência. Portanto, foram desenvolvidas condições capazes de erigir as agências reguladoras como um importante instrumento da atuação estatal.

Dentre as possíveis formas de intervenção na economia, o Estado pode agir traçando-lhe a disciplina, mediante a edição de leis e regulamentos pelo poder de polícia, ou pela via do fomento, apoiando a iniciativa privada e estimulando determinados comportamentos, como, por exemplo, por meio de incentivos fiscais. Por fim, o Estado interfere na ordem econômica mediante atuação direta, seja prestando o serviço público, seja explorando atividade econômica.

Dependendo da essencialidade do serviço e da sua importância, os serviços públicos podem ser prestados diretamente, realizados pelos órgãos sem personalidade jurídica integrantes

² Ibidem.

³ TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, jan. 1995, p. 5.

da administração direta, ou podem ser prestados de forma indireta, ou seja, por entidades criadas por lei, com personalidade jurídica própria. Ou pode o Estado, por outro lado, delegar à iniciativa privada a prestação do serviço, seja por contrato ou outro ato negocial.

Entretanto, apenas em hipóteses constitucionalmente previstas o Estado pode atuar diretamente no domínio econômico como empresário. De acordo com o art. 173 da Constituição Federal de 1988⁴, as exceções se resumem aos casos em que a segurança nacional exija, nos casos de relevante interesse coletivo e em casos de monopólio, que são outorgados somente à União.

Entretanto, não modifica a natureza pública dos serviços públicos o fato deles serem prestados por empresas privadas, em regime de concessão. O Estado conserva diversos deveres e responsabilidades em relação à continuidade da sua prestação e em relação à manutenção da sua qualidade. Suas funções principais passam a ser as de planejamento, regulação e fiscalização.

Influenciado, em grande parte, pelo exemplo direito norte-americano, o regime de regulamentação do serviço pelo custo passa a ordenar o processo de tarifas condicionadas pelo controle governamental. As empresas privadas passam a se submeter a um regime em que o interesse público se sobrepõe ao interesse privado, em troca da garantia à estabilidade financeira e revisão periódica das tarifas segundo o custo real do serviço.

Com as modificações introduzidas pelas Emendas Constitucionais números 8⁵ e 9⁶, possibilitou-se a introdução destes órgãos reguladores, que a legislação infraconstitucional dotou de autonomia, expandindo a atividade regulatória para outras áreas, como, por exemplo, nas áreas de telecomunicação, energia elétrica e transportes.

Por terem um viés de proteção ao interesse público, as agências reguladoras foram introduzidas no Brasil com a necessidade de garantia de maior autonomia em relação ao Poder Público. Portanto, foram dotadas de personalidade jurídica de direito público, com autonomia, dotadas de prerrogativas próprias, assim como as autarquias.

Todavia, foi outorgada às agências reguladoras uma maior discricionariedade nas tomadas de suas decisões, a fim de que decisões técnicas predominassem sobre as vontades políticas dos

⁴ BRASIL, *Constituição Federal do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

⁵ BRASIL. *Emenda Constitucional n° 8*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc08.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

⁶ BRASIL. *Emenda Constitucional n° 9*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc09.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

governantes e das interferências externas, por serem compostas de agentes do Estado. Para garantir tal objetivo, decidiu-se por uma maior autonomia político-administrativa e econômico-financeira.

Segundo Barroso⁷, “no domínio da função reguladora devem predominar as escolhas técnicas, preservadas das disputas partidárias e das complexidades dos debates congressuais, mais apropriados às escolhas político-administrativas”.

Para isso, os dirigentes das agências reguladoras deveriam estar protegidos da interferência política, impedindo a interferência do Estado com a exoneração do agente caso tomasse alguma medida que fosse de encontro com a vontade do governante. De outro lado, as leis instituidoras das agências reguladoras também previram a influência das empresas privadas, e editaram regras obstando qualquer tipo de serviço às empresas sob sua regulamentação ou fiscalização.

Foi o que se convencionou chamar de “quarentena”, ou seja, é assegurado ao dirigente que terminou o seu mandato a remuneração equivalente à que recebia como diretor, relativo ao período que ficar impedido de prestar serviço para qualquer empresa privada daquele setor que a agência regulava. Porém, mesmo esse instrumento não é capaz de impedir que os diretores das agências reguladoras sofram interferência do poder econômico.

2. A TEORIA DA CAPTURA E A SUA INFLUÊNCIA NAS TOMADAS DE DECISÃO SOBRE OS MERCADOS REGULADOS

As circunstâncias que envolvem o modelo regulatório brasileiro torna inevitável o surgimento de conflitos entre os diversos interesses contrapostos, quais sejam: os interesses privados dos entes regulados, os interesses sociais dos consumidores e os interesses políticos do Estado.

As agências reguladoras passam a ser, com o modelo adotado a partir do século XX, o principal agente econômico atuante, pela sua capacidade de produzir as normas a que as empresas prestadoras irão se submeter, a sua fiscalização e a sanção por descumprimento da norma. Há, na

⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras: Constituição, transformações do Estado e Legitimidade democrática*. São Paulo: Fórum e FGV, 2011. p. 285-286.

verdade, uma relação triangular existente entre o Estado, os entes regulados e os usuários-consumidores.

A função do órgão regulador é a de expedir normas referentes às peculiaridades técnicas de cada área, que afetarão diretamente as prestadoras do serviço público e, indiretamente, o tomador do serviço. Por isso a necessidade de quadro técnico, para avaliar a melhor opção dentre as possíveis.

Há, portanto, duas relações distintas, quais sejam, relação entre o Estado e os entes privados e entre os entes privados e os usuários. Procura-se estabelecer, para a melhoria dos serviços, relação entre o usuário e o ente público, através de ouvidorias, com base na melhor e mais efetiva fiscalização por quem usa o serviço constantemente.

Porém, como lembra Marçal Justen Filho⁸, cada agência apresenta estrutura, função e regime próprio. Essa diversidade se verifica não apenas na comparação entre os diferentes países, mas também no âmbito interno de cada país. Ainda não há um regime único definido para as agências reguladoras, sendo cada agência regida pela sua lei própria⁹.

Tais normas são capazes de gerar direitos não apenas para a Administração Pública e para a empresa contratante, como também para terceiros e usuários. Os serviços públicos são de titularidade do Estado, devendo este fazer o seu acompanhamento, regulação e fiscalização, em razão dos interesses coletivos envolvidos.

Na ampla maioria dos serviços regulados, a primeira relação é de direito público, enquanto que a segunda relação é de direito privado, porém com restrições, já que se trata de relação em que diversas cláusulas já estão previamente estipuladas, em um típico contrato de adesão.

A relação de direito público é decorrente de interesse coletivo, com o intuito de fornecer garantias básicas na prestação do serviço. A atividade regulatória do Estado necessita espelhar a preponderância do interesse coletivo da sociedade, sem que haja privilégios ou exclusividade de qualquer setor econômico ou político, sob pena de frustração do modelo regulatório.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 697.

⁹ BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

Tendo em vista a relação contratual entre prestador do serviço e do consumidor, não há interesse da agência reguladora, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça¹⁰ que:

A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que em se tratando de demanda em que se discute relação contratual entre consumidor e concessionária de serviço público, não há falar em legitimidade da agência reguladora para atuar no feito como litisconsorte passivo.

Por tal motivo, a sua regulação deve ser imparcial, face ao caráter eminentemente técnico e autônomo, para que nenhum operador privado consiga se sobrepor aos outros dentro daquele setor, a fim de garantir maior concorrência, além de assegurar a prestação satisfatória dos serviços públicos aos usuários.

Em caso de abusos por parte do ente privado na relação com o usuário-consumidor, não há dúvidas que este pode se socorrer do Poder Judiciário, prevenindo ou reparando o dano causado. Porém, quando questiona um ato proveniente do Estado, relativo à adoção de certos critérios técnicos, não há um posicionamento firme acerca da possibilidade.

Quem deveria ser beneficiado, portanto, pela atuação da agência reguladora, acaba ficando desprotegido contra os efeitos da captura dos seus agentes pelo mercado, pois sequer pode questionar a adoção de um critério técnico pelo outro, devido à discricionariedade.

Nesse ponto, verifica-se que há uma baixa participação popular na definição das políticas e das regras aplicadas, o que pode ser um fator que diminua a legitimidade da atuação da agência.

Atualmente, embora as agências reguladoras exerçam papel fundamental para promoção de um desejável funcionamento dos serviços públicos, bem como para o equilíbrio entre empresas que exercem determinadas atividades econômicas, é preciso adotar medidas para que o exercício de tais órgãos reguladores esteja voltado, exclusivamente, ao interesse público.

Assim, a captura fere os basilares princípios da administração pública, notoriamente o princípio da impessoalidade, da moralidade e da supremacia do interesse público sobre o privado.

José Manuel Lavers Hernández¹¹ aduz que:

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1.570.188/PE*, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 16/03/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=58326483&num_registro=201503034951&data=20160316&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 16 set. 2018.

¹¹ HERNÁNDEZ, José Manuel Lavers. *O fenômeno da captura e o Direito Brasileiro*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6978/O-fenomeno-da-captura-e-o-Direito-Brasileiro>>. Acesso em: 16 set. 2018.

O fenômeno da captura das agências reguladoras ocorre quando há 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.

Os diretores das agências reguladoras tomam decisões que afetam economicamente as empresas, ao impor limites à atuação destas. A agência reguladora desempenha diversas funções administrativas, dispõe de competência regulamentar para editar norma em abstrato, possui competência decisória para solucionar casos concretos e para dirimir conflitos com e entre particulares.

A captura do agente regulador é uma forma de corrupção política que ocorre quando uma agência reguladora age em benefício de interesses de grupos que dominam o setor daquela agência reguladora. O impacto que essa intervenção gera tende a desvirtuar o propósito da agência e, como consequência, reduzir a eficiência e a qualidade dos serviços.

Ou seja, é a situação pela qual a agência reguladora se afasta da persecução do interesse público devido à forte pressão dos grupos de interesse e passa a servir como um instrumento para legitimar a prevalência do interesse privado.

A preocupação com a manutenção de uma política estável e que não se altere segundo caprichos dos governantes no poder fez com que fosse estabelecido que os dirigentes só podem ser destituídos por condenação transitada em julgado, por improbidade administrativa ou por descumprimento injustificado das políticas estabelecidas pelo setor ou pelo contrato de gestão.

Isso leva, portanto, ao abuso do poder econômico por parte das empresas, que apenas visam ao aumento do lucro em detrimento dos usuários, disfarçando a sua ação através de uma suposta autonomia técnica. Os usuários, que individualmente não conseguem fazer frente a esse poder, acabam desamparados e sujeitos às regras que lhes trazem prejuízo.

Tal pode se depreender do decidido pelo Superior Tribunal de Justiça¹², que entendeu que, “a tutela jurisdicional concedida em juízo sumário de delibação adentrou a análise de questões técnicas relativas ao serviço público de energia elétrica, configurando, a princípio, interferência judicial indevida na seara administrativa”.

¹² BRASIL. op. cit, nota 10.

Um exemplo recente ocorreu no âmbito da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), quando editou a Resolução nº 400/2016¹³. O seu objetivo consiste em fiscalizar e regular as atividades desenvolvidas no âmbito da aviação civil, com o escopo de garantir respeito à segurança no transporte aéreo e a qualidade dos serviços.

Em 2017¹⁴, que permitiu a cobrança tanto de bagagem como a cobrança para a marcação de assento nos aviões. Essa mudança demonstra a possibilidade de ter havido captura, pois se questiona se se tratou de questão técnica, ou de questão meramente econômica. Os limites não estão claramente estabelecidos, o que demanda uma análise casuística.

Porém, percebe-se facilmente que o interesse do usuário-consumidor foi suplantado pelo interesse privado. As justificativas foram que, com tal medida, haveria um decréscimo dos preços das passagens, o que efetivamente não ocorreu, não sendo verificado o benefício em prol da sociedade.

O que a prática demonstra é que as agências pouco lançam mão dos instrumentos aptos a arrear as injustiças e potestades praticadas pelas concessionárias. Ao revés, deixam de combater os abusos, desprezando os poderes que lhes foram outorgados pelo poder público.

Dessa forma, entende-se que em muitos casos há o desvirtuamento da finalidade da agência reguladora, em razão da captura. Há que ser adotado um modelo que inclua o usuário-consumidor, que é a parte mais interessada na escolha das características técnicas da prestação dos serviços, bem como na definição das políticas governamentais para a exploração do referido serviço.

A atividade regulatória do Estado necessita espelhar a preponderância do interesse coletivo da sociedade, sem que haja privilégios ou exclusividade de qualquer setor econômico ou político, sob pena de frustração do modelo regulatório. Olvidando essa aplicação, há o prejuízo de um sistema inteiro, de modo que o funcionamento fica prejudicado.

O objetivo a ser alcançado é o de que o Estado, ao operacionalizar a entrega a terceiro da gestão direta de determinados serviços, relevantes para o desenvolvimento social, teria que fiscalizar a atividade do concessionário, sob pena de colocar em risco o interesse público.

¹³ ANAC, *Resolução nº 400*. Disponível em :<https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf> Acesso em: 16 set. 2018.

¹⁴ O GLOBO. *Passagens Aéreas: novas regras para a franquia de bagagem entram em vigor a partir de março*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/passagens-aereas-novas-regras-para-franquia-de-bagagem-entram-em-vigor-partir-de-marco-20843708>>. Acesso em: 16 set. 2018.

O que acontece com a captura é que há um desvirtuamento da função principal da agência reguladora, favorecendo a empresa em detrimento do usuário-consumidor. Então, este fica desprotegido na relação, não tendo a quem recorrer, tendo que conviver com a má prestação do serviço e com a baixa qualidade ofertada, em claro prejuízo aos direitos garantidos aos cidadãos.

3. A POSIÇÃO JURÍDICA DO USUÁRIO-CONSUMIDOR E O PREJUÍZO COM A FALTA DA SUA PARTICIPAÇÃO NA TOMADA DE DECISÕES

O Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹⁵ reflete concretamente os princípios constitucionais de proteção ao consumidor. A legislação consumerista buscou atender às diversas necessidades dos consumidores, como a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia nas relações de consumo.

Em uma época em que se potencializa a proteção à dignidade da pessoa humana, em todas as suas vertentes, a dignidade do consumidor frente ao fornecedor tem sido tratada como uma garantia fundamental, que percorre todos os demais princípios e normas, dos quais devem ser respeitados dentro do sistema constitucional soberano brasileiro.

Desde que descentralizou a prestação de serviços públicos para a iniciativa privada, o Estado se comprometeu a observar as diretrizes e princípios da Constituição, direito garantido no seu artigo 5º, inciso XXXII e no Código de Defesa do Consumidor. O Estado se incumbe de regular a melhor forma de execução daquele serviço, de responsabilidade da concessionária.

O consumidor e o usuário devem ter participação mais efetiva nas decisões das Agências Reguladoras, para dar-lhes legitimação democrática, em tema de tamanha relevância para a defesa da cidadania e dos direitos fundamentais.

Nesse ponto a teoria da captura prejudica o consumidor, já que este não pode discutir o mérito da decisão técnica tomada, ficando refém de práticas que não estão pautadas no atendimento ao interesse público tão somente.

A forma de o consumidor exercer os seus direitos se dá através da instituição, pela maioria das leis e dos regulamentos que criaram as agências reguladoras, da figura do Ouvidor.

¹⁵ BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078compilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

Trata-se de importante elemento de controle social, pois há a elaboração e divulgação periódica e obrigatória de relatórios de avaliação das concessões e da atuação das Agências.

Precisa a lição de Karam¹⁶, quando aduz que há necessidade de se facilitar o acesso ao Ouvidor, de se criar uma cultura na sociedade que lhe faça tomar plenamente consciência de seus direitos. Participando dessa estrutura organizacional por meio de nomeação do Presidente da República, todavia, também não está ileso à influências externas.

Em face dos graves efeitos que a atividade econômica pode causar aos direitos inerentes aos consumidores, mais importante se torna a existência de um processo democrático para o exame de proposições que possam trazer melhorias tanto ao sistema quanto aos usuários.

A teoria da captura desequilibra essa influência em favor de nenhum dos dois, sistema ou usuário, mas tão somente em favor do interesse econômico. Há, na verdade, falta de interação entre as Agências reguladoras, a concessionária e o consumidor, o que impede a otimização de um sistema onde tal forma de regulação da economia ocupasse de forma eficaz o lugar que lhe é destinado, evitando o número crescente de casos que desembocam nas vias judiciais.

E o usuário-consumidor é o detentor do direito público subjetivo de receber um serviço público otimizado, com todas as garantias e benefícios inerentes à atuação pública. E esse direito subjetivo, que é exercido em face da concessionária e do Estado, não pode ser suprimido.

Conforme já relatado, a relação jurídica regulatória é tripartite, ou seja, se dá entre o poder concedente e o concessionário prestador de serviço; entre o prestador de serviço e o usuário; e entre o usuário e o poder concedente, tendo por conteúdo a prestação de serviços públicos. Esta relação é trilateral porque cada um dos participantes é sujeito ativo e passivo reciprocamente.

As partes relacionadas devem submissão ao disposto pela lei e por atos administrativos de modo completo, ou quase completo, pois é reservado ao concessionário uma margem mínima de atuação, quando se lhe abre a possibilidade, por exemplo, de concorrer com outras empresas, cabendo a escolha ao usuário.

As normas regulatórias não passariam de meros aconselhamentos, se não houvesse uma ação eficaz para torná-las efetivas. É um dos pontos mais relevantes da responsabilidade do ente regulador, pois atende à sua própria finalidade e a uma das razões de sua criação. E uma ação

¹⁶ KARAM, Fabiana Silveira. *As agências reguladoras no cenário brasileiro: os mecanismos de proteção do consumidor considerados os respectivos efeitos sociais e ambientais*. Paraná: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2008. p. 132.

eficaz passa pela inclusão do consumidor nas tomadas de decisão, já que é a parte diretamente afetada quando há alguma alteração.

Tratando de responsabilidade civil, a regra geral é no sentido da irresponsabilidade do Estado pelos atos legislativos típicos, todavia, não se aplica às normas administrativas das Agências Reguladoras, leis em sentido meramente formal, que produzem efeitos concretos e atingem situações subjetivas.

Cabe às Agências Reguladoras, no âmbito de suas competências, fazer cumprir as normas consumeristas e aquelas que regem o serviço público, para proteger o consumidor contra eventuais abusos dos prestadores de serviços e eventuais desequilíbrios nos preços e tarifas praticados.

O Estado regulador tem a responsabilidade de traçar diretrizes, controlando moderadamente o desenrolar das atividades e o comportamento dos agentes econômicos, de modo a assegurar uma política desenvolvimentista, mas, em especial, de modo a evitar que pereçam interesses juridicamente reconhecidos.

Todavia, a participação da sociedade civil e até mesmo dos segmentos relacionados aos direitos e à defesa do consumidor tem sido pequena, talvez pela falta de maior divulgação e incentivo. Com a presença dos interessados, estaria legitimado o exercício da democracia nos concílios das agências reguladoras.

Havia a esperança que os serviços públicos no Brasil tivessem uma melhoria com a transferência da sua prestação à iniciativa privada, o que não tem sido verificado atualmente. Há ainda um déficit na qualidade dos serviços prestados, pagando o usuário-consumidor por um serviço caro, que não lhe traz a comodidade e eficiência prometida.

O que se tem verificado é uma deficiência na fiscalização, e quando há uma efetiva fiscalização, a solução tomada pelas agências é a aplicação de multas. Contudo, a promiscuidade entre o agente regulador e as empresas gera a ineficiência dessas multas, que sequer chegam a ser cobradas ou são reduzidas, por serem consideradas exageradas. Isso apenas sinaliza à empresa privada que, mesmo não prestando satisfatoriamente o serviço, não sofrerá qualquer sanção.

A conclusão a que se chega é que, com a criação das agências reguladoras os serviços públicos tiveram sua qualidade minorada. As mesmas agem diversamente aos fins para os quais foram criadas, e os usuários se veem mais desassistidos que ao tempo em que o poder público, de forma direta, regulamentava tais serviços.

Portanto, sempre pensando na melhoria do sistema, urge-se a inclusão maior das entidades de proteção do consumidor nas tomadas de decisões técnicas, não somente em relação à atuação das concessionárias, mas também no que está sendo decidido no âmbito das agências reguladoras.

CONCLUSÃO

A transferência da prestação de serviços pelo Estado para a iniciativa privada, por meio de concessões e permissões, trouxe um novo papel à Administração Pública, qual seja, o regular o mercado, cuidando do interesse público, por meio da edição de normas e pela fiscalização da sua prestação, a fim de manter a continuidade e a qualidade, com vistas a proteger o usuário do serviço.

Com as modificações introduzidas, possibilitou-se a criação de órgãos reguladores, dotados de autonomia. A expectativa, assim, era que houvesse um benefício maior para sociedade, que reclamava da baixa qualidade dos serviços prestados.

No domínio da função reguladora, portanto, deveriam predominar as escolhas técnicas, preservadas das disputas partidárias e das complexidades dos debates congressuais, mais apropriados às escolhas político-administrativas. Todavia, não foi o que se verificou, visto que o lucro tratou de desvirtuar os interesses em favor das empresas privadas.

Deu-se ao órgão regulador a função de expedir normas referentes às peculiaridades técnicas de cada área, por isso a necessidade de quadro técnico, para avaliar a melhor opção dentre as possíveis. Porém, não foi prevista a participação da parte mais interessada na tomada de decisões, o usuário-consumidor.

A intervenção do poderio econômico resultou na captura do agente regulador, e a agência reguladora, ao invés de agir em benefício do interesse comum, passou a agir em benefício de interesses de grupos que dominam o setor daquela agência reguladora. O que, como consequência, gerou a redução da eficiência e da qualidade dos serviços.

Verificou-se, na prática, o uso restrito de instrumentos aptos a arremediar as injustiças e potestades praticadas pelas concessionárias, como, por exemplo, a aplicação de multas e, mais drasticamente, a retomada da prestação do serviço. Ao revés, deixam de combater os abusos, desprezando os poderes que lhes foram outorgados pelo poder público.

A atividade regulatória do Estado necessita espelhar a preponderância do interesse coletivo da sociedade, sem privilégios ou exclusividade de qualquer setor econômico ou político, sob pena de frustração do modelo regulatório. As decisões necessitam ser exclusivamente técnicas, o que não tem sido verificado.

Percebe-se facilmente que o interesse do usuário-consumidor foi suplantado pelo interesse privado. As justificativas foram que, com tal medida, haveria uma melhoria dos serviços, não ocorreu, não sendo verificado o benefício em prol da sociedade.

Tal situação pela qual a agência reguladora se afasta da persecução do interesse público devido à forte pressão dos grupos de interesse e passa a servir como um instrumento para legitimar a prevalência do interesse privado deve ser combatida, porém, utilizando-se do princípio da deferência, o Poder Judiciário tem se afastado em decidir tais questões, deixando os usuários dos serviços desamparados.

A harmonização dos interesses dos usuários-consumidores, dos mercados regulados e dos governos é o maior desafio atual do modelo adotado pelas agências reguladoras brasileiras, tendo em vista o descrédito do atual modelo, que não consegue manter distância dos agentes economicamente interessados no processo regulatório.

Há um sentimento de que os serviços públicos, mesmo após a sua transferência para a iniciativa privada por meio de concessões e permissões não tem atingido o seu interesse principal, que é a melhora do serviço e uma maior comodidade para o usuário.

O modelo atual, portanto, se mostra falho, e sem a participação do Judiciário tende a ficar ainda mais precário. Precisa-se, então, não de abandonar o sistema, que teoricamente é capaz de gerar benefícios, mas de aumentar o controle e a possibilidade de reversão de algumas decisões tomadas no âmbito das agências, tudo em prol do melhor interesse público sobre o interesse privado.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, transformações do Estado e Legitimidade democrática*. São Paulo: Fórum e FGV, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

_____. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078compilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

_____. *Lei nº 9.472*, de 16 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm>. Acesso em: 19 out. 2018.

_____. *Lei nº 9.961*, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9961.htm>. Acesso em: 19 out. 2018.

_____. *Lei nº 11.182*, de 27 de setembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm>. Acesso em: 19 out. 2018.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

DAMASCENO, Caroline. *A teoria da captura e a necessidade de independência das agências reguladoras no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63727/a-teoria-da-captura-e-a-necessidade-de-independencia-das-agencias-reguladoras-no-brasil>>. Acesso em: 16 set. 2018.

GUERRA, Sergio Antonio Silva. *Agências Reguladoras da Organização Administrativa Piramidal à Governança em Rede*. São Paulo: Forum; 2002.

HERNÁNDEZ, José Manuel Lavers. *O fenômeno da captura e o Direito Brasileiro*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6978/O-fenomeno-da-captura-e-o-Direito-Brasileiro>>. Acesso em: 16 set. 2018.

KARAM, Fabiana Silveira. *As agências reguladoras no cenário brasileiro: os mecanismos de proteção do consumidor considerados os respectivos efeitos sociais e ambientais*. Paraná: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2008.

LIRA, Marília Gabriela de A. M. P. Teoria da Captura no Brasil. *Revista Eletrônica da Estácio Recife*, v. 1, nº1, jan. 2015.

MELO, Thiago Dellazari. *A “captura” das agências reguladoras: uma análise do risco de ineficiência do estado regulador*. 2010. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Constitucionalização do direito administrativo: principio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

RAMALHO, Renato José Ramalho Alves. O modelo regulatório do Brasil e a Teoria da Captura: desafios para a independência das agências reguladoras. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4413, 1 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40743>>. Acesso em: 16 set. 2018.

SANTOS, Augusto Cesar Ribeiro dos. O comprometimento da independência das agências reguladoras nas relações com entidades privadas e a teoria da captura. *Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 10, nº 1, tomo 1, jan./jun. 2018.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, jan. 1995.