

A regulação no Brasil e o risco de capturas econômicas envolvido na sua operacionalidade.

The regulation in Brazil and the risk of economic captures involved in its operation.

Autores:

Caroline de Fátima da Silva Torres¹

Álvaro de Oliveira Azevedo Neto²

Resumo

O tradicional Estado Democrático de Direito passa por uma reformulação de seus elementos básicos a partir das novas exigências decorrentes da globalização, da evolução tecnológica e da profusão das informações em velocidade cada vez maior, quebrando as barreiras territoriais e transnacionalizando os mercados econômicos nacionais. Assim, o surgimento dos entes reguladores independentes no panorama da Administração Pública contemporânea representa uma grande modificação na estrutura estatal, representam uma esfera de poder apartada do poder central, que concentra atividades típicas de cada um dos tradicionais Poderes de Estado, visando intervir nas relações econômicas para regular e corrigir as distorções econômicas decorrentes da livre condução do mercado. Entretanto, existe o risco da configuração do fenômeno das capturas e politização das agências reguladoras brasileiras, causado pela carência de autonomia funcional dessas entidades, que passam a desprezar o interesse público e a representar meros instrumentos no interesse do capital privado. A pesquisa corresponde a uma análise da autonomia atribuída às agências reguladoras brasileiras, enquanto modelo regulatório adotado no contexto da reforma do Estado brasileiro, na tentativa de estabelecer um mecanismo de governança regulatória adequado à política econômica setorial empregada nos mercados regulados; e do risco de capturas envolvido na sua operacionalidade, à luz da teoria econômica.

Palavras-Chave: Regulação; Agências Reguladoras; Risco de Capturas Econômicas.

¹ Advogada. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, especialmente nos ramos do Direito Administrativo, Regulatório e Econômico. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2008); Foi Conciliadora Federal (2009-2010), Assessora Jurídica Concursada do Estado de Pernambuco (2010-2011); Especialista em Direito Administrativo pela UFPE (2010); Mestre em Direito pela UFPE (2012); Atualmente, é Doutoranda em Direito pela UFPE; Professora em Tempo Integral da Faculdade Boa Viagem e participa do Grupo de Estudo de Direito Público da Faculdade Boa Viagem; e Estagiária Docente, nas Disciplinas de Direito Administrativo e Direito Administrativo Econômico, na UFPE.

² Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2003), mestre em Ciência Política, com concentração na linha de Políticas Internacionais de Integração pela Universidade Federal de Pernambuco (2005), doutor em Direito, com concentração na linha de Neoconstitucionalismo, pela Universidade Federal de Pernambuco (2010). Atualmente é Coordenador Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Boa Viagem e professor do Centro Universitário Maurício de Nassau (UNINASSAU) em Recife, Pernambuco. Coordena o Grupo de Estudo de Direito Público da Faculdade Boa Viagem. Tem experiência nas áreas de Ciência Política, com ênfase em Organizações Internacionais e em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Internacional Público, Teorias de relações internacionais e política internacional, democracia, constitucionalismo e transformações do Estado.

ABSTRACT

The traditional democratic State of law goes by a revamp of its basic elements from the new demands posed by globalisation, technological developments and the profusion of information in ever-increasing speed, breaking the territorial barriers and transnacionalizando national economic markets. Thus, the emergence of independent regulators entities in the panorama of contemporary public administration represents a major change in the State structure, represent a severed power ball of central power, which concentrates activities typical of each of the traditional Powers of State to intervene in Economic Affairs to regulate and correct economic distortions resulting from the free market driving. However, there is a risk of setting the phenomenon of capture and politicization of the regulatory agencies in Brazil, caused by the lack of functional autonomy of these entities, that they despise the public interest and represent mere instruments in the interest of private capital. The research corresponds to an analysis of autonomy allocated to regulatory agencies in Brazil, while regulatory model adopted in the context of the reform of the Brazilian State, in an attempt to establish a proper regulatory governance mechanism to sectoral economic policy employed in regulated markets; and the risk of capture involved in its operation, in the light of economic theory.

Keywords: Regulation; Regulatory agencies; Risk of economic capture.

Introdução

A reforma do Estado brasileiro, marcada notadamente por traços neoliberais, serviu como “instrumento indispensável para consolidar o crescimento sustentado da economia”³. No sentido de afastar a instabilidade econômica e jurídica provocada pela politização da Administração Pública, adotou-se como modelo regulatório no Brasil as Agências Reguladoras, sob a inspiração do direito norte-americano, entidades pertencentes à Administração Pública Indireta, com a missão precípua de garantir a satisfação do interesse público regulando setores até então afetos à prestação direta pelo Estado, mediante um aparato decisório fundado em seu caráter técnico e na independência política. Às agências reguladoras cabe o exercício do poder regulatório que lhes é inerente, através do desenvolvimento de atividades normativa, fiscalizadora e sancionatória, que visam adequar o setor regulado aos fins públicos cuja preservação cabe ao Estado em favor da sociedade.

Diante da transição do Estado executor para o Estado orientador das atividades voltadas à concretização do interesse geral, tornou-se indispensável o fortalecimento da regulação, que visa, precipuamente, defender o interesse público contra as perdas de bem-estar associadas às falhas de mercado, quais sejam as externalidades positivas e negativas, os efeitos do monopólio natural, as assimetrias de informação e os bens públicos de uso coletivo.

Nesse viés, o risco da configuração do fenômeno das capturas⁴ e da politização das agências reguladoras brasileiras desperta especial interesse, enquanto causa de interferência na independência funcional das agências reguladoras, que passam a desprezar o interesse público e a representar meros instrumentos no interesse do capital privado. Pretende-se, então, realizar uma breve análise das agências reguladoras brasileiras, enquanto mecanismo de correção das falhas de governo historicamente verificadas, do seu desempenho na regulação dos setores econômicos afetos e o risco de capturas econômicas envolvido na sua operacionalidade, à luz da teoria econômica.

³ CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 40.

⁴ Capturas correspondem ao comportamento regulatório tendente a beneficiar apenas interesses de uma das partes envolvidas na regulação, aquelas empresas submetidas à sua atuação, em detrimento do interesse dos usuários.

1. Da integração entre Direito e Economia

A integração entre as disciplinas do Direito e da Economia advém do objeto de estudo comum do comportamento humano, atuando a primeira em seu disciplinamento e a outra na sua repercussão sobre os recursos materiais limitados postos à disposição. Entretanto, a percepção sobre a influência de aspectos econômicos sobre o Direito permaneceu muito limitada até meados da década de sessenta, quando se expandiu até mesmo sobre os seus ramos mais tradicionais⁵.

A introdução da análise de aspectos econômicos ao Direito proporciona uma mudança na abordagem dos impactos sociais e econômicos decorrentes da aplicabilidade dos institutos jurídicos no meio social, passando a considerar, por exemplo, critérios de eficiência na alocação normativa de dispositivos legais igualmente justos. Sobre a repercussão da análise econômica do Direito:

A economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem as sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços. As pessoas reagem aos preços mais altos consumindo menos do produto mais caro; assim, supostamente, elas reagem a sanções legais mais duras praticando menos da atividade sancionada. A economia tem teorias matematicamente precisas (teoria dos preços e teoria dos jogos) e métodos empiricamente sólidos (estatística e econometria) de análise dos efeitos dos preços sobre o comportamento⁶.

A importância da análise econômica do Direito e da aplicabilidade de instrumentos oriundos da disciplina econômica nas decisões jurídicas, tal como a eficiência, são evidentes na repercussão das decisões dos Tribunais Superiores, sobretudo. Essas cortes, habitualmente, julgam ações envolvendo o Estado, além de disputas de ordem regulatória dos serviços públicos, cujo resultado das demandas oneram sobremaneira o erário público. Deve-se buscar, então, um equilíbrio entre a satisfação de direitos fundamentais de prestação

⁵ A maior integração entre o Direito e Economia teve início com a publicação de dois artigos seminais: *The problem of social cost*, do Ronald Coase; e *Some thoughts on risk distribution and the law of tort*, do Guido Calabresi (Cf. COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre, Booksman, 2010, p. 23.).

⁶ COOTER, Robert; ULLEN, Yhomas. **Direito & Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre, Booksman, 2010, p. 25.

pública e a eficiência econômica dessas medidas, considerando a sua repercussão econômica sobre os cofres públicos. Nesse sentido:

O Direito e a economia, ao diminuírem suas diferenças, tornam-se essenciais um para o outro. Além disso, é consenso que o crescimento econômico se pauta em instituições fortes de direito, e quando este se reveste de uma visão mais econômica, há um melhor sistema econômico. Assim, as leis devem estar baseadas em incentivos (positivos ou negativos) econômicos para o seu fiel cumprimento. O Direito tem um papel fundamental na definição de regras de acesso e de saída do mercado e ainda regula a competição e a conduta nos setores em que há problemas de concorrência. Finalmente, ele ajuda a explicar a diferença entre os países desenvolvidos e os não desenvolvidos⁷.

Desse modo, a teoria econômica pode fornecer a disciplina jurídica, além do suprimento da carência de cientificidade frequentemente apontada pela doutrina científica de outras áreas do conhecimento; maior exatidão, pautada em números e estatísticas, na aplicabilidade do Direito pelos seus operadores, notadamente no que se refere a atividade decisória dos Tribunais. No que concerne, em específico, a temática da regulação através de agências, a teoria econômica fornece o substrato teórico a análise do fenômeno das capturas econômicas dessas entidades pelos mercados regulados.

2. A regulação econômica estatal e o papel das agências reguladoras

A palavra regulação, no âmbito das Agências Reguladoras, via de regra, está relacionada à necessidade de substituir a livre condução do mercado na otimização das atividades de prestação de serviços públicos. Em sentido amplo, regulação pode ser definida como sendo toda forma de intervenção do Estado na economia e, em sentido restrito, refere-se à intervenção estatal na economia que não se efetiva pela participação direta na atividade econômica (como agente), mas mediante condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada. Desse modo, segundo aponta Alexandre Santos de Aragão, a regulação estatal da economia pode ser conceituada como:

[...] o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no

⁷ PINHEIRO, Amando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, Economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 32.

marco da Constituição e orientando em direções socialmente desejáveis⁸.

A regulação, então, diante do cenário nacional, pode ser enquadrada como um resultado do processo de desestatização⁹, tido a partir da falência das estruturas administrativas estatais e do seu esgotamento econômico-financeiro proveniente da adoção do modelo de Estado de Bem-Estar Social, pois a demanda social exigia uma regulação fortalecida e mais dinâmica que aquela, ora realizada, pelas leis provenientes do Legislativo, incapazes de acompanhar a velocidade do progresso econômico e social.

Todavia, hodiernamente, a regulação não se define apenas como uma resposta à diminuição da ação direta do Estado. No modelo regulatório vislumbra-se um instrumento promocional, ensejando ações positivas, as quais se mostrem socialmente úteis. Em vez de limitar a regulação econômica promovida pelo Estado à eliminação de defeitos de mercado, tem-se que sua finalidade precípua deve ser a realização de valores de natureza política e estatal, em prol dos interesses coletivos da sociedade, permitindo a efetiva intervenção do Poder Público naqueles setores em que haja suspeitas de arbitrariedade ou parcialidade. Essa espécie de regulação é identificada como uma segunda onda do fenômeno regulatório, ainda não vivenciada pela realidade brasileira, na qual o Estado passou a desempenhar uma regulação social, além da regulação econômica, até então desenvolvida¹⁰.

Especificamente no Brasil, o modelo regulatório das agências reguladoras costuma ser atrelado ao movimento de privatização da década de 90. No entanto, sempre existiram órgãos e entidades com função eminentemente reguladora, tais como o Banco Central, o Conselho Monetário Nacional, o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica¹¹ e a CVM – Comissão de Valores Mobiliários¹², se distinguindo pelo não

⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos do. Regulação da economia: conceitos e características. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. (Orgs.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 431.

⁹ A criação de entes reguladores autônomos no Brasil segue um direcionamento estatal diametralmente oposto aquele contexto no qual foram pioneiramente desenvolvidas nos Estados Unidos, tendo em vista que esse último vivenciava momento histórico de expansão do fornecimento dos serviços públicos e de forte intervenção econômica estatal, durante a implantação do New Deal, no governo do presidente Roosevelt.

¹⁰ Destaca-se que, numa perspectiva comparada, a regulação desenvolvida nos Estados Unidos se expandiu eminentemente sobre setores econômicos, considerados estatalmente estratégicos; enquanto no âmbito europeu tal onda regulatória se desenvolveu sobre setores sociais, exemplo disso é que a primeira autoridade administrativa independente, na França, relacionou-se a regulação da gestão de bancos de dados afetos aos cidadãos.

¹¹ O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) é um órgão judicante, com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei 4.137/62 e transformado em Autarquia vinculada ao Ministério da Justiça através da Lei 8.884 de 11 de junho de 1994. As atribuições do Cade estão previstas também na Lei nº 8.884/94. Ele tem a finalidade de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, exercendo

reconhecimento da autonomia considerada necessária ao bom desempenho de suas funções, tais quais os moldes institucionais legalmente atribuídos às agências reguladoras independentes.

As agências reguladoras brasileiras nasceram da necessidade de assegurar independência às instituições encarregadas da atividade regulatória aliada à reforma administrativa estatal que realizou privatizações, concessões e o incremento de parcerias com o setor privado, ensejando a discussão acerca de modelos mais eficientes, bem como eficazes na fixação de resultados mínimos e na fiscalização de atividades de interesse público.

O fundamento empírico da criação de agências reguladoras no Brasil corresponde, assim, ao resultado da adesão do país ao esvaziamento das atribuições executadas diretamente pelo Estado, na intenção de recuperar a autonomia concebida originalmente no modelo autárquico do Decreto-lei n.º 200/1967¹³; e a necessidade atendimento à demanda social de eficácia na formação e realização das políticas públicas.

Como principais instrumentos do novo perfil estatal, sob a inspiração do modelo regulatório norte-americano, as agências reguladoras brasileiras receberam, em seu perfil normativo, a natureza jurídica de autarquias em regime especial em face da peculiaridade de seu regime institucional em relação às demais entidades dessa espécie. A fim de assegurar autonomia institucional e blindar tais entidades dos interesses afetos aos interesses políticos e econômicos do Estado, bem como dos setores regulados, os dirigentes das agências reguladoras devem exercer mandatos fixos, de forma colegiada, mediante a indicação do Presidente e aprovação pelo Senado, vedada sua exoneração *ad nutum*¹⁴.

No bojo da criação das agências reguladoras brasileiras não houve a fixação de um marco regulatório único, de tal modo que as agências foram criadas paulatinamente por leis específicas, a fim de normatizar, regular, fiscalizar e executar as políticas de incentivo e planejamento dos setores mais relevantes da economia. Segue rol de agências reguladoras

papel tutelar da prevenção e da repressão a tais abusos (Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?36f639c754b275d562> . Acesso em: 25 jan. 2010).

¹² A Comissão de Valores Mobiliários tem poderes para disciplinar, normatizar e fiscalizar a atuação dos diversos integrantes do mercado. Seu poder normatizador abrange todas as matérias referentes ao mercado de valores mobiliários (Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/>. Acesso em: 25 jan. 2010).

¹³ BRASIL. **Decreto-lei n.º 200 de 25 de fevereiro de 1967** (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 25 jan. 2010).

¹⁴ Os dirigentes das agências reguladoras devem preencher os requisitos previstos na Lei nº 9.986, de 2000, para sua nomeação, portanto, devem ser brasileiros, de reputação ilibada e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados. Além disso, somente perderão o mandato mediante renúncia ou em caso de cometimento de falta grave, mediante apuração e condenação por sentença judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

brasileira até então constituídas: a Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações¹⁵, a ANA – Agência Nacional das Águas¹⁶, a Aneel – Agência Nacional de Energia Elétrica¹⁷, a Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária¹⁸, a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar¹⁹, a Ancine – Agência Nacional do Cinema²⁰, a ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres²¹, a Antaq – Agência Nacional de Transportes Aquaviários²² e a ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil²³.

A partir da análise do contexto empírico de criação e das distorções do modelo recém-adotado, provocadas pela supervalorização do capital em detrimento das questões humanas e sociais, é possível constatar-se o desvirtuamento das funções das agências reguladoras brasileiras²⁴. O que se deve, em geral, a carência de independência política e funcional dessas em relação ao Poder executivo e ao poderio econômico capitalista propriamente dito.

3. Regulação e as novas figuras da Administração Pública brasileira: as agências reguladoras.

O tradicional Estado Democrático de Direito passa por uma reformulação de seus elementos básicos a partir das novas exigências decorrentes da globalização, da evolução tecnológica e da profusão das informações em velocidade cada vez maior, quebrando as barreiras territoriais e transnacionalizando os mercados econômicos nacionais.

¹⁵ Criada pela Lei Federal n.º 9.986 de 18 de julho de 2000.

¹⁶ Criada pela Lei Federal n.º 9.984 de 17 de julho de 2000.

¹⁷ Criada pela Lei Federal n.º 9.427 de 26 de dezembro de 1996.

¹⁸ Criada pela Lei Federal n.º 9.782 de 26 de janeiro de 1999.

¹⁹ Criada pela Lei Federal n.º 9.961 de 28 de janeiro de 2000.

²⁰ Criada pela Medida Provisória n.º 2.228-1 de 06 de setembro de 2001.

²¹ Criada pela Lei Federal n.º 10.233 de 05 de junho de 2001.

²² Criada pela Lei Federal n.º 10.233 de 05 de junho de 2001.

²³ Criada pela Lei Federal n.º 11.182 de 27 de setembro de 2005.

²⁴ A carência de autonomia das agências reguladoras brasileiras vem sendo evidenciada através de grandes falhas no exercício da sua competência regulatória, sobretudo no que concerne a fiscalização e sancionamento de ilícitos. Exemplo disso foi o acidente com o avião da Companhia Aérea TAM durante procedimento de pouso da aeronave, no aeroporto de Congonhas-SP, vitimando 199 pessoas, sendo considerado o maior acidente aéreo brasileiro. As investigações apontaram como uma das causas do acidente a falha técnica na liberação da pista após período de reforma, não considerando condições de atrito e frenagem da pista. A competência administrativa fiscalizatória é de incumbência da ANAC, de modo que, uma de suas dirigentes – Denise Maria Ayres Abreu – fora denunciada pelo Ministério Público Federal, por atentado contra a segurança de viação (Cf. BRASIL, Justiça Federal do Estado de São Paulo. Processo n.º 8823-78.2007.4.036181.). Além disso, auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União nas agências reguladoras ligadas aos setores de infraestrutura (TC n.º 012.693/2009-9), por solicitação do Congresso Nacional, concluiu pela falta de autonomia desses entes administrativos identificando, contudo, oportunidades de melhoria através do aperfeiçoamento institucional.

Desde a década de 1980, na Europa, e a partir da década de 1990, no Brasil, estamos a perceber uma verdadeira “revolução” nas relações estabelecidas entre o Estado, a economia e o papel e sentido da regulação econômica. Podemos observar a mutação do Estado gestor e provedor de bens e serviços, para o Estado regulador de uma economia privatizada e cada vez mais submetida aos mecanismos de mercado. Todavia, a regulação passa a ser apartada do poder central das Administrações Públicas e delegadas a entidades relativamente independentes, objetivando a neutralidade política e o atendimento à especialidade técnica dos setores regulados.

Assim, o surgimento dos entes reguladores independentes no panorama da Administração Pública contemporânea representa uma grande modificação na estrutura estatal, tradicionalmente concebida sob os ditames da tripartição dos poderes, independentes e harmônicos entre si. Representam uma esfera de poder apartada do poder central, que concentra atividades típicas de cada um dos tradicionais Poderes de Estado, visando intervir nas relações econômicas para regular e corrigir as distorções econômicas decorrentes da livre condução do mercado.

A autonomia reservada às agências reguladoras no exercício da competência regulatória estatal, na prática, corresponde a uma concessão de poderes imensos, uma vez que, essas entidades poderão interferir de forma decisiva em setores vitais à sociedade. A ideia de um Estado mínimo impõe, necessariamente, uma mudança no entendimento da regulação desempenhada pelo Estado. A eficiência deve ser considerada a pedra de toque na condução das economias nacionais, pela regulação segundo o modelo dos entes reguladores independentes, que devem ser capazes de dissociar do exercício da regulação econômica e social, os interesses políticos.

Compete à entidade reguladora independente, através de seu afastamento da ingerência governamental e de uma regulação técnica, profissional e neutra, garantir a adequada atuação dos agentes econômicos. Assim, Vital Moreira corrobora com tal entendimento ao concluir que “o conceito de regulação tem subjacente a ideia de uma nova forma de relação entre o Estado, e a sociedade, que colhe a sua fonte numa visão sistêmica da mesma”²⁵.

É no contexto da nova configuração do Estado regulador, que pressupõe a descentralização administrativa para uma regulação mais forte e eficaz, que surgiram as agências reguladoras brasileiras, tomando por base a experiência norte-americana, sobretudo.

²⁵ MAÇAS, Fernanda. MOREIRA, Vital. **Autoridades reguladoras independentes**: estudo e projeto de lei quadro. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 15.

Caberia a essas entidades reguladoras a tríplice função de elaborar e fiscalizar a execução da política setorial, abrangendo as normas específicas e aquelas referentes à concorrência, além de garantir o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, evitando o perigo de deslocar, para o concedente, um ônus que deve recair sobre aqueles que utilizam o serviço, e proteger os interesses dos usuários; compatibilizando-os com a política do setor e os direitos do concessionário.

A função regulatória é considerada essencial para a eficiência do processo de desestatização, pois na maioria das vezes trata-se de processo complexo que é realizado mediante contratos de longo prazo. Isso faz com que ocorram mudanças inesperadas no curso do contrato, que deve ser adaptado à nova realidade, mediante o julgamento isento através dos princípios que o norteiam. Ao criar uma agência reguladora, o Governo determina que esta estabeleça para as empresas privatizadas ou concessionárias, vários critérios de melhoria no atendimento e prestação de serviços ao público; de aumento da oferta destes serviços; e de padrões de eficiência e transparência na condução de suas atividades.

No Brasil, a nomenclatura do novo instituto – agência –, também, foi importada do direito norte-americano pelo legislador ordinário, ao utilizar designação alternativa às autarquias e aos órgãos até então existentes. A intenção parece ter sido a de provocar um verdadeiro choque conceitual capaz de facilitar o reconhecimento da autonomia necessária ao desempenho de suas atribuições, pelos demais operadores do direito.

As agências reguladoras são definidas por Celso Antônio Bandeira de Mello como “autarquias sob regime especial, ultimamente criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades”²⁶. Alexandre Santos de Aragão, também, busca conceituar as agências reguladoras brasileiras, de forma mais completa, considerando-as:

[...] autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à administração centralizada, incumbidas de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum*²⁷.

Não existe um marco regulatório único para as agências reguladoras brasileiras, que estão sendo criadas paulatinamente por leis específicas, a fim de normatizar,

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 154.

²⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 275.

regular, fiscalizar e executar as políticas de incentivo e planejamento dos setores mais relevantes da economia.

No bojo do movimento de desestatização, também foi permitido aos Estados-membros e municípios delegar serviços públicos e criar agências reguladoras independentes para regular a exploração das atividades concedidas. Entretanto, pouquíssimas agências foram criadas no âmbito municipal e, no plano estadual, foram criadas agências reguladoras multisetoriais, ou seja, uma só agência reguladora atuando em diversas áreas. Apesar do objetivo maior dessa escolha ser a redução de custos para os Estados, o que se verificou foi desvirtuamento do caráter técnico e de especialização dos quais deveriam se revestir.

As agências reguladoras são consideradas, pela legislação de regência, autarquias submetidas a um regime jurídico especial. Trata-se de pessoa jurídica de direito público integrante da Administração Indireta do Estado, a que se assegura relativa independência no exercício de funções regulatórias. A autonomia que lhes caracteriza, exterioriza-se pela forma de vinculação de seus dirigentes às funções de direção, e pelo modo como se garante aos mesmos o desempenho de suas atribuições por lapso temporal determinado, via cumprimento de mandato.

Luís Roberto Barroso justifica o estabelecimento do regime jurídico especial às agências reguladoras pelo ordenamento jurídico pátrio:

A instituição de um regime jurídico especial visa preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, inclusive e sobretudo, como assinalado, por parte dos Estado e dos seus agentes. Procurou-se demarcar, por esta razão um espaço de legítima discricionariedade, com predomínio de juízos técnicos sobre as valorações políticas. Constatada a necessidade de se resguardarem essas autarquias especiais de ingerências inadequadas, foram-lhes outorgadas autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira²⁸.

Em virtude da natureza autárquica, as agências reguladoras estão submetidas às normas do regime jurídico administrativo a que se obrigam as demais autarquias. Assim sendo, a sua criação depende de lei específica, conforme preceitua o inciso XIX, do art. 37, da Constituição Federal; os servidores devem ser aprovados em concurso público antes da nomeação para o exercício dos respectivos cargos, conforme inciso II, art.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 71.

37, da Constituição Federal; os contratos firmados devem ser precedidos de procedimento licitatório, conforme inciso XXI, art. 37, da Constituição Federal; os seus atos submetem-se ao controle externo pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas, conforme previsão do art. 70 e seguintes da Constituição Federal; bem como a todas as normas constitucionais e legais que disciplinam as demais pessoas administrativas de Direito Público.

A adoção das normas pertencentes ao regime de Direito Público para reger as atividades desempenhadas pelas agências reguladoras no país se deve ao fato de que essas estão encarregadas de atividades típicas de Estado como o planejamento, a edição de normas regulatórias com potencial restritivo de esferas juridicamente alheias, a fiscalização, o poder de punir, dentre outras competências. É clara, portanto, a impossibilidade de reconhecer personalidade de direito privado a qualquer entidade, ao qual o ordenamento imponha tal múnus. O próprio STF já defendeu essa posição no julgamento da ADIN nº 1.717-6, na qual foi discutida a personalidade jurídica dos Conselhos de Fiscalização, cujo trecho segue subscrito:

Justamente por serem próprios do Estado, esses cometimentos estão sujeitos à incidência obrigatória de princípios e normas do Direito Público, de um lado, para munir quem os desempenha de mecanismos específicos viabilizadores da boa execução e, de outro, a fim de impor controles adequados à proteção dos indivíduos atingidos por tais ações²⁹.

O regime jurídico especial das agências resulta dos preceitos inseridos nas leis que as instituem e regulam, os quais determinam: requisitos específicos para a nomeação dos seus administradores; preveem mandato fixo e estabilidade como regra, sendo excepcionais as hipóteses de rompimento de tal garantia; e excluem a possibilidade de exoneração desmotivada de tais dirigentes. A especialidade do regime jurídico aplicado às agências reguladoras brasileiras consubstancia, portanto, o objetivo de preservar a autonomia técnica das decisões tomadas pela entidade no exercício da função regulatória, mediante a atribuição de um mínimo de estabilidade a seus dirigentes.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo nº ADI 1.717-6. Litigantes: Partido Comunista do Brasil, Partido dos Trabalhadores, Partido Democrático Trabalhista e Presidência da República. Relator: Min. Sydney Sanches. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJU de 28.03.2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266741>. Acesso em: 12 de fev. 2011.

Via de regra, o mandato dos dirigentes das agências terminará apenas nos casos de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou falta grave, devidamente apurada através de procedimento administrativo disciplinar³⁰.

Na Constituição Federal de 1988, existe a previsão expressa da obrigatoriedade da criação de órgãos reguladores nos setores de telecomunicações (art. 21, XI) e de petróleo (art. 177, § 2º, III), apenas³¹. Além das previsões normativas do art. 29 da Lei de Concessões – Lei nº 8.987/1995, que determina ser incumbência do poder concedente regular e fiscalizar o poder concedido; e do parágrafo único do art.30 da lei, que dispõe que a fiscalização do serviço será feita por órgão técnico do poder concedente ou por entidade conveniada, e, periodicamente, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários. As demais agências reguladoras, afetas a setores regulados diversos, foram introduzidas no ordenamento jurídico pátrio somente pela via legislativa infraconstitucional, conforme apontado anteriormente.

Aspecto relevante diz respeito à especialidade dos entes reguladores, ou seja, que cada agência reguladora cuide de um setor econômico específico, regulando atividades específicas. A tendência pela especialização desses entes decorre das peculiaridades técnicas afetas aos setores regulados, pois a especialização das agências reguladoras traz o maior aperfeiçoamento de suas atividades, a exemplo do que se observa em outros países, tais como Estados Unidos, Reino Unido e França.

Embora seja atribuído às agências reguladoras nacionais o desempenho de competência regulamentar, a regulação desempenhada por elas contempla uma gama bem mais ampla de atribuições, relacionadas ao desempenho de atividades econômicas e à prestação de serviços públicos, incluindo sua disciplina, fiscalização, composição de conflitos e aplicação de eventuais sanções.

A despeito da peculiaridade de cada uma das agências reguladoras nacionais, em função da diversidade de seus textos legais, cabem-lhes em comum: as atribuições de controle das tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato; a universalização do serviço, estendendo-os a parcelas da população que deles não se beneficiavam por força da escassez de recursos; o fomento da competitividade, nas áreas nas quais não haja monopólio natural; a fiscalização do cumprimento do contrato de concessão; e o arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas, ou seja,

³⁰ Vale ressaltar que, o art. 10 da Lei nº 9.984 de 2000, em relação a ANA, prevê que poderá ocorrer a exoneração imotivada dos dirigentes da agência, desde que nos primeiros quatro meses iniciais dos respectivos mandatos.

³¹ Alteração constitucional introduzida pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995.

consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, os investidores potenciais, etc³².

Em tese, cabe às agências reguladoras o exercício da competência regulatória que lhes é inerente, pois, dentre as suas principais funções, lhes cabe o desempenho das atividades normativa, fiscalizadora e julgadora, adequando o setor regulado às finalidades públicas, cuja preservação cabe ao Estado em favor da sociedade.

Em relação à atividade normativa, apesar das profundas controvérsias doutrinárias e do amplo debate jurídico, ainda em vigor, é certo que os atos regulatórios das agências reguladoras não podem substituir disposições legais, em respeito ao princípio da legalidade.

As agências reguladoras possuem competência normativa limitada, sendo constitucionalmente proibida a delegação da competência legislativa a uma entidade da Administração Pública indireta. Isto não impede, entretanto, que as agências explicitem e esmiúcem aspectos técnicos, uma vez que tem maior proximidade com os setores regulados e dos conceitos mutáveis de outras ciências necessários à normatização das condutas. Desse modo, respeitando-se o domínio da lei, reconhece-se às agências reguladoras o espaço relativo à discricionariedade técnica, com amplo respeito ao princípio da reserva legal³³.

Além do poder regulatório, cabe às agências reguladoras o exercício de atividades de fiscalização nos respectivos setores de atuação, que é considerado um dever imposto pela legislação específica de sua criação, seja quando trata da prestação de serviço público por particulares, seja quando simplesmente atinge pessoas privadas que explorem atividade econômica regulada. É nesse momento que surgem as dificuldades quanto a obtenção e ao fluxo das informações necessárias a aferição técnica do cumprimento aos parâmetros regulatórios previamente estabelecidos, originando problemas como assimetria informacional e sucumbência ao risco de capturas. Todavia, em que pese toda essa dificuldade, impõe-se a conjugação de esforços em favor do cumprimento da efetividade na execução de tais competências públicas.

³² Cf. BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.75.

³³ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Processo nº ADI. 1.668-5 MC DF –Distrito Federal. Litigantes: Partido Comunista do Brasil, Partido dos Trabalhadores, Partido Democrático Trabalhista, Partido Socialista Brasileiro, Presidência da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJU de 16.04.2004, p.0052. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28agencia+reguladora+anatel%29+%28%28MARCO+AUR%29LIO%29%29ENORL%2E+OU+%28MARCO+AUR%29LIO%29%29ENORV%2E+OU+%28MARCO+AUR%29LIO%29%29ENORA%2E+OU+%28MARCO+AUR%29LIO%29%29EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 12 out. de 2012.

Além disso, durante a atividade fiscalizadora, sempre que for verificado descumprimento às normas legais, regulamentares ou contratuais a que estão sujeitos os setores regulados, ou seja, quaisquer irregularidades/ilegalidades perpetradas, cabe às agências reguladoras a aplicação de sanções. O poder sancionatório é reconhecido à totalidade das agências reguladoras, com exceção da Agência Nacional das Águas – ANA³⁴.

Identifica-se, ainda, com relação a legislação pertinente a regência de determinadas agências reguladoras, a inserção dentre as suas competências da atividade julgadora, com absorção do instituto da arbitragem. Inclusive, alguns diplomas outorgam as agências reguladoras o poder de arbitrar conflitos entre o Estado, o prestador de serviços e o cidadão, atribuindo às agências a posição de instância administrativa definitiva para dirimir conflitos, inclusive pedidos de revisão de tarifas³⁵.

Contudo, em face da Constituição Federal de 1988 adotar o princípio do monopólio de jurisdição, segundo qual qualquer lesão ou ameaça a direito deve ser apreciada pelo Poder Judiciário, tem-se que a atividade julgadora das agências não possui a definitividade decisória, característica da coisa julgada no âmbito judicial, somente. As decisões tomadas pelas agências reguladoras no desempenho de sua competência julgadora dos conflitos afetos ao setor econômico regulado sujeitam-se, em princípio, a revisão judicial por parte daqueles que se sentirem prejudicados na esfera administrativa.

Enfim, as funções de normatizar, fiscalizar, sancionar e mediar conflitos devem buscar a universalização dos serviços, o adequado uso dos bens públicos e que as atividades privadas, ora reguladas, se deem em favor do interesse público. Álvaro Augusto Pereira reconhece a possibilidade de identificação de resultados positivos na atuação das agências reguladoras nacionais, tais como:

[...] aumento de investimento nos setores regulados (eletricidade, telecomunicações, petróleo e gás), ampliação do acesso aos serviços, principalmente nos setores de telecomunicações e de energia a melhoria da qualidade do serviço, quando comparado ao período anterior à desestatização³⁶.

³⁴ Cf. Lei nº 9.984 de 2000, que dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências.

³⁵ A utilização de métodos não-judiciais de resolução de conflitos em questões que envolvam o Poder Público ainda é objeto de grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial no Direito brasileiro, refletindo o natural período de insegurança decorrente da introdução de novos institutos no ordenamento jurídico.

³⁶ MESQUITA, Álvaro Augusto Pereira. O papel e o funcionamento das agencias reguladoras no contexto do Estado brasileiro: problemas e soluções. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 42, n. 166, p. 23-40, abr./jun. 2005.

Em relação aos dirigentes das agências reguladoras, foi estabelecido legalmente, que as agências serão dirigidas em regime de colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria, sendo um deles o Presidente ou Diretor-Geral. Tanto esse último, quanto os demais membros do Conselho Diretor devem cumprir aos pressupostos de serem brasileiros, possuírem reputação ilibada, terem formação universitária e demonstrar elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados³⁷.

Além disso, é previsto, para a investidura dos dirigentes das agências reguladoras, o procedimento seletivo que depende da participação de mais de um dos poderes de Estado, como mecanismo de garantia de controle e legitimidade das indicações, que também se submetem aos pré-requisitos legais. Portanto, os dirigentes das agências reguladoras nacionais devem ser indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, somente após a aprovação pelo Senado Federal, nos termos do art. 52 da Constituição Federal.

Os dirigentes das agências exercem suas atividades por prazo certo, até o fim da duração de seus mandatos, destituídos antes de seu efetivo cumprimento, apenas, em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar, por falta grave. Os prazos fixos dos mandatos dos dirigentes dependem do lapso temporal definido pela lei institui e regula cada agência reguladora.

Após o afastamento dos dirigentes das respectivas funções, entendeu-se necessário fixar vedação a que, por determinado lapso temporal, represente interesses de terceiros perante a agência, sendo necessário evitar que, nesse período, prestem serviços a empresas submetidas a regulação da entidade autárquica. Esse período, que variava de quatro meses a um ano e que a lei regulamentadora da gestão de recursos humanos das agências reguladoras unificou em apenas quatro meses, é conhecido como quarentena e visa proteger o próprio setor regulado pela agência, evitando influências aptas a comprometer a neutralidade da regulação.

Durante o período da quarentena, o ex-dirigente permanece vinculado à agência e faz jus a remuneração compensatória equivalente a do cargo que exerceu e aos benefícios a ele inerentes. Esse benefício vem sendo objeto de variadas críticas, na qual se inclui a indagação acerca da insuficiência do prazo e de que a quarentena não atingiria seu

³⁷ Cf. Art. 5 da Lei nº 9.986 de 2000: O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

principal objetivo, de minimizar a influência política do ex-dirigente em favor de interesses que não o público.

4. Riscos regulatórios

Apartando-se da fragilidade congênita das agências reguladoras brasileiras, a principal e mais importante causa para a sua falta de independência política e funcional corresponde a sucumbência às capturas, de ordem política ou econômica, face aos riscos regulatórios inerentes ao exercício de suas competências administrativas funcionais. Tais riscos regulatórios dizem respeito ao “risco da discricionariedade administrativa, da arbitrariedade, da parcialidade ou da falta de credibilidade do regulador”³⁸. Correspondem, exatamente, aos desvios de regulação apresentados pelos entes reguladores mediante a tentativa de correção das falhas de mercado, uma vez que nem sempre é possível, ao Estado, criar mecanismos mercadológicos, satisfatoriamente adequados, face a multiplicidade de interesses envolvidos. Nesse sentido, Calixto Salomão Filho, esclarece que:

A regulação serve apenas como substituto do mercado. O regulador é ou deveria ser capaz de reproduzir um mercado em laboratório, ou melhor dizendo, nos gráficos de oferta e demanda. Evidentemente, porque baseada na crença cega no mercado, para tal teoria a regulação só é necessária enquanto não existir solução de mercado mais eficiente. Por essa razão, como se verá, nela encontra-se o sêmen dos movimentos desregulatórios³⁹.

A regulação de mercados pelas agências reguladoras, portanto, implicaria na correção das falhas ou ineficiências de mercado, a fim de preservar-lhe o ponto de equilíbrio no qual todos os produtores e consumidores hajam de forma competitiva. Essa é a ideia predominante em matéria de regulação até meados dos anos sessenta, quando Stigler⁴⁰ descortina tal teoria, introduzindo novos elementos tais como os inerentes riscos regulatórios e a possibilidade das capturas dos entes reguladores pelos grupos de interesse envolvidos na regulação dos mercados.

³⁸ ORTIZ, Ariño. La liberalización de los servicios públicos em Europa. Hacia um nuevo modelo de regulación para la compatência. In: CASSAGNE, Carlos; ORTIZ, Ariño (Coord.). **Servicios públicos, regulación y renegociación**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005.

³⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 27-28.

⁴⁰ A referida teoria está imersa na seguinte referencia bibliográfica: STIGLER, George J. **Teoria da regulação econômica**. Tradução: Emerson Fabiani. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 23-48.

A intervenção estatal indireta⁴¹, através da regulação, poderá se dá no sentido de controle dos monopólios naturais; dos níveis de produção para evitar excessos na fixação dos preços; da disposição dos bens públicos de uso coletivo; da correção dos comportamentos não-competitivos que podem surgir; da repressão às externalidades negativas e incentivo àquelas positivas; e, finalmente, pela correção da assimetria da informação, preservando um mercado perfeitamente competitivo.

A intervenção do Estado na economia, de acordo com a Teoria Econômica, objetiva regular os desequilíbrios do mercado e promover o desenvolvimento econômico, de forma a maximizar a utilidade coletiva, fomentar e estabilizar o crescimento econômico e redistribuir a renda. É através de tais condutas que o Estado busca, de acordo com a teoria da regulação econômica, aperfeiçoar o mecanismo de livre mercado, bem como corrigir o desvio na alocação ótima dos recursos e da maximização da eficiência, que ocorrem quando o mercado se afasta do modelo de concorrência perfeita.

Ademais, o equilíbrio de mercado é o resultado de reações individuais (de firmas e consumidores) que estão constantemente reagindo às condições de mercado. Estas, por sua vez, resultam da junção de vários aspectos que interagem entre si, tais como: variáveis técnicas (economias de escala, economias de escopo), informação (disponibilidade e custo) e ambiente institucional (*regras do jogo*) em que ficam evidentes aspectos afetos à Economia e ao Direito que interagem e conduzem a atuação e a dimensão do Estado na sociedade⁴².

O processo regulatório envolve objetivos diversos atribuídos ao Estado, empresas reguladas e usuários, que aliados às falhas de mercado e às repetidas interações administrativas entre regulador e regulado, podem gerar riscos de captura da entidade administrativa reguladora, podendo então dessa forma confundir o interesse geral com o interesse da empresa concessionária. Desse modo, a análise acerca das falhas de governo, desenvolvida na teoria econômica a partir dos anos 70, representou um passo teórico fundamental para análise das falhas de mercado no processo regulatório. Como a atuação do governo não é orientada pela busca do lucro, novos conceitos deveriam ser inseridos na

⁴¹ Tal classificação em relação a intervenção estatal sobre o domínio econômico adotada por Moncada, segundo o qual intervém de maneira indireta quando o “Estado não se comporta como sujeito econômico, não tomando parte ativa e directa no processo económico. Trata-se de uma intervenção exterior, de enquadramento e de orientação que se manifesta em estímulos ou limitações, de vária ordem, à actividades empresas” (MONCADA, Luis S. Cabral de. **Direito econômico**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2003, p.337.).

⁴² MACEDO, Bernardo. VIEGAS, Cláudio. Falhas de mercado: causas, efeitos e controles. In: SHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). **Direito econômico: Direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 83-82.

discussão que envolve os determinantes, restrições e efeitos da atuação do governo na economia.

5. A teoria econômica das capturas

O risco de capturas dos entes reguladores autônomos ocorre quando há predominância dos interesses um dos grupos regulados em detrimento do interesse público, representado nos próprios usuários. Dentre os fatores agravantes do risco de capturas das agências reguladoras estão situadas certas circunstâncias institucionais como a dependência dos tomadores de decisões e a carência de autonomia decisória, podemos ainda apontar: a influência política, a falta de legitimidade democrática de seus dirigentes, o atrelamento da autonomia financeira dessas agências às previsões orçamentárias, definidas pelo Legislativo, a falta de quadro de pessoal com especialização técnica necessária ao desempenho da regulação, além da carência de meios técnicos eficientes de mensuração de eficiência e custo da produção e serviços prestados.

A captura das agências reguladoras pode ser verificada quando esse ente regulador confunde o interesse público com o interesse privado, não conseguindo atuar de forma imparcial, por ter sucumbido ao Poder Econômico dos regulados e defendendo os interesses destes e não mais do interesse público. Essa noção foi introduzida na teoria econômica por George J. Stigler⁴³, que defende que a indústria pode utilizar o poder coercitivo do Estado para conseguir rendas privadas. Existem várias formas de captura, a corrupção é uma delas.

Dentre os fatores preponderantes para a ocorrência de capturas de agências reguladoras, é necessário ultrapassar os limites da questão da estruturação dos cargos de seus dirigentes, para finalmente se concluir que outros fatores de redução da independência podem ser decisivos. Quando, por exemplo, o órgão regulador dispõe de quadros técnicos com baixa qualificação e com remuneração inferior a dos técnicos da empresa regulada, há o risco de captura, pois este fato pode gerar dependência do órgão regulador à empresa regulada, ou mesmo uma impossibilidade prática dos técnicos do órgão regulador contestarem consistentemente as argumentações apresentadas pela empresa regulada. A aceitação da assimetria de informações em um nível acima do razoável, aceitando como verdadeiras as

⁴³ Cf. STIGLER, George J. **Teoria da regulação econômica**. Tradução: Emerson Fabiani. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 23-48.

informações prestadas pelos agentes regulados, sem auditar ou aplicar métodos que possibilitem a redução das assimetrias geradas, é uma outra forma de captura.

Segundo Stigler, “a visão idealista de regulação pública está profundamente enraizada no pensamento econômico profissional”⁴⁴. De modo que devemos superar essa idéia de uma independência e imparcialidade ideal do modelo regulatório das agências, encarando a realidade das capturas econômicas pelo mercado, para a construção de “arranjos regulatórios possíveis para alinhar a conduta do regulado na direção de incrementos de eficiência produtiva com maior equidade perante os consumidores”⁴⁵.

O referido autor propõe, ainda, um novo dimensionamento da vida política do país para uma minimização dos efeitos de atos políticos sobre a saúde econômica deste, como forma de inviabilizar a utilização da máquina administrativa estatal como suporte para propulsão de interesses privados de grupos econômicos específicos.

Conclusão

No atual contexto do Estado brasileiro, submetido a um amplo processo de privatização, o serviço público requer regulação. Os perigos decorrente dos riscos da captura e da corrupção na regulação por agências reguladoras dotadas de insuficiente autonomia não só existem, como também são notáveis. Porém, abolir a regulação através desse tipo de instituições não representa o caminho mais adequado, já que os seus custos econômicos e sociais seriam maiores que aqueles relacionados a minimização dos riscos e efeitos do fenômeno das capturas.

Dessa forma, com base na teoria econômica da regulação inaugurada pelo Stigler, procuramos demonstrar que é melhor minimizar este “mal necessário” das capturas, mediante mecanismos e políticas de prevenção. Tais medidas devem ser concretizadas por meio do fortalecimento da independência das agências reguladoras incumbidas de regular setores importantes da economia nacional, quer seja através de mudanças nos contornos normativos ou da adoção de critérios de transparência e maior fluxo de informações, possibilitando o controle social dessas instituições.

⁴⁴ STIGLER, George J. **Teoria da regulação econômica**. Tradução: Emerson Fabiani. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 42.

⁴⁵ MACEDO, Bernardo. VIEGAS, Cláudio. *Falhas de mercado: causas, efeitos e controles*. In: SHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). **Direito econômico: Direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 102.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Regulação da economia: conceitos e características. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. (Orgs.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BRASIL, Superior Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Processo nº ADI. 1.668-5 MC DF –Distrito Federal. Litigantes: Partido Comunista do Brasil, Partido dos Trabalhadores, Partido Democrático Trabalhista, Partido Socialista Brasileiro, Presidência da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJU de 16.04.2004, p.0052. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28agencia+regulador+a+anatel%29+%28%28MARCO+AUR%29%28ENORL%2E+OU+%28MARCO+AUR%29%28ENORV%2E+OU+%28MARCO+AUR%29%28ENORA%2E+OU+%28MARCO+AUR%29%28ACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 12 out. de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo nº ADI 1.717-6. Litigantes: Partido Comunista do Brasil, Partido dos Trabalhadores, Partido Democrático Trabalhista e Presidência da República. Relator: Min. Sydney Sanches. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJU de 28.03.2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266741>. Acesso em: 12 de fev. 2011.

CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre, Booksman, 2010.

MACEDO, Bernardo. VIEGAS, Cláudio. Falhas de mercado: causas, efeitos e controles. In: SHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). **Direito econômico: Direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAÇAS, Fernanda. MOREIRA, Vital. **Autoridades reguladoras independentes: estudo e projeto de lei quadro**. Coimbra: Coimbra, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MESQUITA, Álvaro Augusto Pereira. O papel e o funcionamento das agências reguladoras no contexto do Estado brasileiro: problemas e soluções. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 42, n. 166, p. 23-40, abr./jun. 2005.

PINHEIRO, Amando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, Economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005

STIGLER, George J. **Teoria da regulação econômica**. Tradução: Emerson Fabiani. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Ed. 34, 2004.