

**REGULAÇÃO SETORIAL NO BRASIL E TEORIA DA CAPTURA DE
AGÊNCIAS: LINEAMENTOS HISTÓRICOS, CONCEPÇÃO E
DESAFIOS PARA UM MODELO REGULATÓRIO INDEPENDENTE**

**SECTORAL REGULATION IN BRAZIL AND CAPTURE THEORY:
HISTORICAL APPROACH, CONCEPT AND CHALLENGES FOR AN
INDEPENDENT REGULATORY MODEL**

CARLOS FREDERICO NÓBREGA FARIAS

Mestrando em Direito Internacional pela Universidade de Santos (UNISANTOS); Advogado; Conselheiro Federal e Presidente da Comissão Especial de Assuntos Regulatórios do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB.

GUSTAVO RABAY GUERRA

Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB; Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE; Professor da Universidade Federal da Paraíba – UFPB; Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Internacional da Paraíba – FPB; Advogado.

RENATO JOSÉ RAMALHO ALVES

Pós-Graduando em Direito Tributário pela Escola Superior da Advocacia – ESA da Ordem dos Advogados, Seccional da Paraíba – OAB-PB; Articulador em Negociações Internacionais do Engajamundo; Estagiou na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos – CIDH/OEA.

RESUMO

O presente trabalho analisa as agências reguladoras no Brasil, abordando, especificamente, suas origens históricas, suas funções no modelo regulatório nacional, e os desafios para exercerem seu papel com independência. No início, o trabalho apresenta a influência das experiências regulatórias em outros países, notadamente nos Estados Unidos. Em seguida, são expostos os principais marcos regulatórios verificados em nosso país. Posteriormente, são analisadas as funções e o contexto atual das agências reguladoras nacionais. Por fim, com base na teoria da captura, são apontados os principais problemas e as eventuais soluções para que se desenvolva um modelo regulatório independente em nosso país.

PALAVRAS-CHAVE: Agências Reguladoras; Modelo Regulatório Independente; Teoria da Captura.

ABSTRACT

This paper analyzes the sectorial regulation agencies in Brazil, specifically aiming their historical origins, their roles in the national regulatory model and the challenges to exercise their function with independence. First the essay shows the influence of the regulatory experiences in other countries, notably in the United States. Then, it exposes the main regulatory marks verified in our country. Afterwards examines the functions and the current context of national regulatory agencies. Finally, based on the capture theory, the paper points out the main problems and the possible solutions in order to develop an independent regulatory model in our country.

KEYWORDS: Regulatory Agencies; Regulatory Model Independent; Capture Theory.

INTRODUÇÃO

Desde meados do século XX, desenvolve-se mais intensamente o conceito de direito econômico, entendido como o direito das políticas públicas na economia. Trata-se, pois, do conjunto de normas jurídicas que permitem ao Poder Público exercer

influência, orientar, direcionar, estimular, proibir ou reprimir comportamentos dos agentes econômicos num dado país ou conjunto de países¹.

Nesse contexto, um dos principais objetos de estudo do direito econômico são os mecanismos de regulação da economia, notadamente as agências reguladoras, entendidas como instrumentos de controle, pelo Estado, de atividades econômicas e de prestação de serviços públicos².

Para se entender o papel das agências reguladoras atualmente, faz-se necessária a compreensão das transformações da regulação da economia durante a história. No Brasil, tal contexto pode ser analisado segundo quatro marcos principais: a regulação patrimonialista; a regulação desconcentrada; a regulação concentrada e; o período contemporâneo.

Durante o marco da *regulação patrimonialista*, a partir do Brasil Colônia até o início do Segundo Império, o Estado era entendido como um mero veículo de interesses dos governantes. Toda a regulação estatal tinha por fundamento e por objetivo a manutenção do poder, realizando-se uma política predatória das riquezas dos súditos.

No período de *regulação desconcentrada*, que durou do início do Segundo Império até o fim da República Velha, percebeu-se certo deslocamento do poder regulatório. Tal fenômeno representava a descentralização e o enfraquecimento do poder imperial. Foi uma época marcada por ideias típicas do liberalismo econômico, o que desencadeou uma relativa desregulamentação da economia.

A partir da Era Vargas até o início da década de 1990, fatores como o crescimento da economia e o desenvolvimento tecnológico obrigaram o Estado brasileiro a tratar com mais cautela a questão regulatória em nosso país. Esse período foi marcado pela *regulação concentrada*, que ampliou os instrumentos de regulação

¹ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 1.

² Bercovici, citando Gaspar Ariño Ortiz, explica que o direito econômico pode ser compreendido “por uma perspectiva metodológica ou por uma perspectiva substancialista. Esta perspectiva substancialista atribui um determinado conteúdo material ao direito econômico, geralmente vinculado às normas e instrumentos jurídicos por meio dos quais o Estado dirige a atividade econômica. Já a perspectiva metodológica por ele [Gaspar Ariño Ortiz] defendida diz respeito à necessidade de interpretação e aplicação do direito econômico por critérios jurídicos e econômicos, levando-se em conta, fundamentalmente, a função econômica da norma, por meio da análise econômica do direito”. BERCOVICI, Gilberto. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 299.

econômica. Destacaram-se, assim, medidas estatais direcionadas a combater os colapsos do livre mercado; a promover a substituição de importações – como forma de amenizar os efeitos da crise do comércio exterior ocasionada por conflitos internacionais –; a estabelecer uma política de congelamento de preços, dentre outras³.

No *período contemporâneo*, que se iniciou nos primeiros anos da década de 1990 e verifica-se até os dias atuais, a regulação econômica ganhou maior destaque nas políticas governamentais. Nesse marco, um tema central é a questão da concorrência, objeto de medidas regulatórias baseadas na ideia de que “a competitividade no setor público e no privado proporcionará ganhos quantitativos e qualitativos tanto para o Estado quanto para os usuários dos serviços e consumidores dos produtos”⁴.

É exatamente nesse cenário que, no presente trabalho, se analisará o papel das agências reguladoras em nosso país. Entretanto, para entender a realidade atual das agências, é preciso compreender o processo histórico que originou sua concepção, conforme se aborda a seguir.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras foram criadas como mecanismos de relativização das garantias liberais clássicas, como o direito à propriedade e à liberdade contratual, havidas como praticamente absolutas durante a fase do capitalismo liberal puro⁵.

Com efeito, o surgimento de instituições administrativas para regular atividades de interesse público remonta a meados do século XIX, na Inglaterra, com a criação, pelo parlamento inglês, de instrumentos para efetivar medidas previstas na legislação e para resolver possíveis conflitos normativos. Para cada lei que dispusesse acerca de um assunto de relevo, criava-se um ente para aplicá-la.

Entretanto, foi nos Estados Unidos que se instituíram as primeiras agências reguladoras *modernas*, em moldes parecidos com os quais conhecemos hoje.

³ AGUILLAR, op. cit. 113-114.

⁴ Idem, p. 168.

⁵ BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 3, ago-set. 2005, Salvador, p. 5.

Especificamente no final do século XIX, foi criada a primeira agência reguladora norte-americana, o *Interstate Commerce Commission* (1887), com o objetivo de regular os serviços interestaduais de transporte ferroviário. A nova entidade detinha não apenas o poder de criar instrumentos normativos como também de executar as suas próprias medidas⁶. Ela serviu como modelo para o surgimento de novas instituições independentes de regulação nos Estados Unidos, tais como a *Federal Communications Commission*, a *Securities and Exchange Commission* e a *National Labor Relations Board*.

Naquela época, o contexto político-social da realidade norte-americana provocou a necessidade de implementação de instituições autônomas ao Poder Executivo, que vivia uma forte crise de legitimidade. Tais entidades surgiram como forma de satisfazer o anseio de grande parte da sociedade que reivindicava que instituições estatais, dotadas de profissionais com grandes conhecimentos técnicos, passassem a atuar, de forma eficaz, na regulação da prestação de serviços públicos essenciais, decidindo sobre aspectos importantes como, por exemplo, a estipulação de valores para os limites das tarifárias dos serviços. Essas instituições tinham como principais características diminuir as pressões políticas, estabelecer decisões imparciais e promover uma atuação do Poder Executivo mais independente.

Assim, para Binenbojm⁷, o desenho institucional norte-americano, após o *New Deal*⁸, baseou-se em agências com acentuado nível de autonomia em relação ao Poder Executivo. Com fundamento na ideia de afastamento de interesses políticos ou particulares, foram designados administradores pretensamente neutros, dotados de alta qualificação técnica.

De acordo com Cuéllar⁹, as agências reguladoras norte-americanas caracterizavam-se por quatro aspectos principais, quais sejam: a) a imposição de sanções pela Administração aos particulares deveria ser autorizada pelo Poder Legislativo, por meio de regras que controlassem atuação das agências administrativas; b) os procedimentos decisórios adotados pelas agências deveriam se

⁶ ROSANVALLÓN, Pierre. **La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad.** Buenos Aires: Manatíal. 2009, p. 119-122.

⁷ BINENBOJM, op. cit., p. 1.

⁸ O *New Deal* foi como ficou conhecido o conjunto de medidas adotadas pelo governo do Franklin Roosevelt, a fim de recuperar a economia americana após a Crise de 1929.

⁹ CUÉLLAR, Leila. Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. **Revista de Direito Administrativo**, n. 229, p. 153-176, jul-set, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 160.

pautar pelas diretivas legislativas; c) possibilidade de revisão jurisdicional da atividade regulatória, a fim de assegurar a utilização pelas agências de procedimentos precisos e imparciais conforme disposições legais; d) o processo decisório utilizado pelas agências deveria facilitar o exercício da revisão judicial.

Por sua vez, Justen Filho¹⁰ classifica as agências norte-americanas de acordo com a autonomia (independentes e não independentes), o âmbito de atuação (agências de serviços administrativos; agências de desenvolvimento; agências de bem-estar social; agências de relação econômica, e; agências de regulação social); natureza das atividades (executivas ou reguladoras), e; nível federativo (federais, estaduais e municipais).

Em meados do século XX, o governo americano criou mecanismos de defesa para evitar possíveis abusos no que tange às interferências das agências. Um exemplo disso foi a Lei de Procedimento Administrativo, de 1946, que se constituiu como um instrumento de formalização procedimental e uniformização do funcionamento dos órgãos administrativos e que tornou possível o controle judicial das decisões finais das agências pelo Poder Judiciário¹¹.

A atuação de agências reguladoras, nos Estados Unidos, possui uma abrangência maior que a maioria dos outros países, principalmente os Europeus. Sobre do tema, discorre Di Pietro que

Enquanto na Europa, a Administração Pública tem uma organização complexa, que compreende uma série de órgãos que integram a Administração direta e entidades que compõem a Administração indireta, nos Estados Unidos toda a organização administrativa se resume em agências (sinônimo de entes administrativos em nosso direito)¹².

Assim, podemos perceber que os Estados Unidos criaram o modelo originário das agências reguladoras, servindo de influência para diversos países, inclusive o

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. SP: Dialética, 2002. p. 64-69.

¹¹ SHECARIA, C. C. B. M. A competência das agências reguladoras nos USA. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Coord.). **Direito regulatório**: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 461.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas. 2007, p. 133.

Brasil, ainda que, conforme se demonstra a seguir, se verifique a presença de fortes diferenças de padrões regulatórios entre os dois países.

3. GÊNESE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

O fenômeno da regulação pode ser entendido como o processo pelo qual o Estado controla a atividade econômica, visando corrigir deficiências do mercado, ou a prestação de serviços públicos, com o objetivo de torná-los cada vez mais eficientes¹³.

Desde as primeiras décadas do século XX, ou seja, entre o marco da regulação desconcentrada e o marco da regulação concentrada, o Brasil já possuía órgãos com funções regulatórias e fiscalizatórias de setores econômicos. Di Pietro traz os seguintes exemplos de tais entidades:

[...] o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Pinho (1941), o Instituto Nacional do Sal (1940), todos esses institutos instituídos como autarquias econômicas, com a finalidade de regular a produção e o comércio. Além desses, podem ser mencionados outros exemplos, como o Banco Central, o conselho Monetário Nacional, a Comissão de Valores Mobiliários e tantos outros órgãos com funções normativas e de fiscalização¹⁴.

O fim da Segunda Guerra Mundial marca o início da reconstrução das economias dos países que participaram do conflito, passando o Estado a atuar mais efetivamente nas atividades econômicas, seja de forma exclusiva ou em concorrência com o setor privado.

No Brasil, o desenvolvimento de movimentos neoliberais, a constante falta de recursos por parte do Estado para arcar a assoberbada máquina estatal e as dificuldades encontradas para uma boa administração fizeram com que a ideia de Estado regulador ganhasse força, com possibilidade de ser transferida para o setor

¹³Cf. MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito econômico**. Coimbra: Coimbra Editora: 2007, p. 52-55.

¹⁴DI PIETRO, op. cit, p. 434.

privado a prestação de diversos serviços públicos e de importantes atividades econômicas.

Aliado a isso, verificou-se o desenvolvimento da escola neoliberal, pugnando pela renovação estatal, substituindo o Estado interventor pelo Estado mínimo; fazendo nascer novamente a concepção de que o mercado é o responsável pelo direcionamento da produção. Assim, em diversas áreas, o Estado deixa de ser agente econômico e passa a ser Estado tão somente um indutor, fiscalizador e fomentador das atividades econômicas.

Contudo, foi na década de 1990, após a vigência da Constituição de 1988¹⁵, que o Brasil desenvolveu, mais intensamente, o processo de desestatização dos serviços públicos, deslocando-os, principalmente através de contratos administrativos de concessões e permissões, à iniciativa privada, bem como consolidou o Estado como agente regulador das atividades econômicas.

Nesse sentido, na década de 1990, ocorreu uma série de privatizações decorrentes do Plano Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei nº 8.031 de 1990, que, posteriormente, foi alterada pela Lei nº 9.491 de 1997. Tal período também foi marcado por emendas constitucionais que permitiram a delegação da prestação de serviços públicos de competência do Estado para a iniciativa privada, a exemplo das Emendas Constitucionais nº 08 e 09 de 1995.

Assim, o país foi adotando uma postura econômica neoliberal, delegando à iniciativa privada a exploração direta de atividades que antes eram de sua responsabilidade, assumindo um papel fiscalizador e regulamentador através da criação de diversas agências reguladoras.

Contudo, vários autores apontam críticas em relação ao modo como ocorreu a introdução das agências reguladoras no Brasil, eis que o processo se deu sem o planejamento adequado. Coutinho, por exemplo, expõe que

A introdução da regulação [...], em muitos casos, simultânea às privatizações. Em outros casos, somente veio a ser feita após a venda das estatais em leilão. Ambas as circunstâncias representam uma deficiência de reforma regulatória. Chega a ser intuitivo admitir que as regras para a regulação dos

¹⁵ O art. 174 do Texto Constitucional prevê que “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

setores-alvo devem ser criadas antes da privatização. É preciso que sejam desenhadas estratégias e modelos de regulação e concorrência para os mercados em questão antes de as empresas passarem às mãos privadas. Mais do que isso, é preciso que haja um verdadeiro planejamento de objetivos regulatórios como condição para uma regulação subsquente eficaz¹⁶.

Por outro lado, é preciso ter em mente que, em que pese a utilização em comum do termo *agências reguladoras*, o modelo brasileiro de forma bastante diversa do modelo norte-americano. Na verdade, se “nos EUA as reguladoras foram concebidas para propulsionar a mudança, aqui elas foram criadas para garantir a preservação do *status quo*”; isto porque, enquanto nos EUA, as agências “buscavam a relativização das liberdades econômicas básicas, como o direito de propriedade e autonomia da vontade”, no Brasil, “a sua missão era a de assegurá-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros”¹⁷ ou por monopólios econômicos.

4. O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Sob influência do Plano Nacional de Desestatização (por meio da Lei nº 9.491/97), na década de 1990, houve a descentralização por delegação¹⁸, isto é, a transferência para a iniciativa privada, de atividades que o poder Público vinha exercendo de forma ineficiente e dispendiosa¹⁹.

Nesse contexto, as agências reguladoras vieram para normatizar, direcionar, conduzir e fiscalizar o exercício dessas atividades por parte do setor privado. Exatamente nesse sentido foram as inovações trazidas pelas Emendas Constitucionais nº 8 e 9, ambas de 1995. O art. 21, XI, da Constituição de 1988, passou a prever a implementação, no âmbito da União, de um órgão regulador das

¹⁶COUTINHO, Diogo Rosenthal. Privatização, Regulação e o Desafio da Universalização. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Regulação Direito e Democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 74.

¹⁷Por tudo, v. BINENBOJM, Gustavo, op. cit., p. 6.

¹⁸A descentralização por delegação para particulares é realizada mediante a celebração de contratos administrativos, notadamente contratos de concessão e de permissão de serviços públicos. Sobre o tema, v. CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Jupodivm: Salvador, 2015, p. 153.

¹⁹BORBA, José Edwaldo Tavares. **Sociedade de economia mista e privatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 37.

atividades de telecomunicações. Por sua vez, com a alteração no art. 177, §2º, III, foi previsto a criação de um órgão regulador das atividades descritas como de monopólio da União (art. 177, I a V, da Constituição).

No âmbito federal, em 1996, foi criada, pela Lei nº 9.427/96, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Vinculada ao Ministério de Minas e Energia (MME), possui as funções de regular e fiscalizar atividades de geração, a transmissão, a distribuição e a comercialização da energia elétrica, bem como de atender reclamações de consumidores e de mediar conflitos de interesse em temas referentes ao setor de energia elétrica.

Em 1997, em harmonia com as inovações da EC nº 8, foi instituída, pela Lei nº 9.472/97, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), visando promover o desenvolvimento da área de telecomunicações no país, atuando por meio de poderes de outorga, regulamentação e fiscalização.

Ainda em 1997, em conformidade com as alterações promovidas pela EC nº 9, foi criada, por meio da Lei nº 9.478/97, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), para regular as atividades da indústria de petróleo e gás natural e dos biocombustíveis. Tal como a ANEEL, a ANP é vinculada ao Ministério de Minas e Energia.

A quarta agência reguladora federal criada na década de 1990 foi a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), instituída, em 1999, por meio da Lei nº 9.782/99. Com vínculo institucional com o Ministério da Saúde (MS), a ANVISA atua no controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços da área da saúde.

No início do ano 2000, foi instituída, pela Lei nº 9.961/00, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), também vinculada ao Ministério da Saúde, tendo a função de monitorar, fiscalizar e regular as atividades de assistência suplementar à saúde, principalmente aquelas prestadas por particulares.

No mesmo período, surgiu a Agência Nacional de Águas (ANA), após a promulgação da Lei nº 9.984/00, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente (MMA), com o objetivo de regular, implementar e coordenar a gestão dos recursos hídricos no país.

Em 2001, a Lei nº 10.233/01 criou a Agência Nacional dos Transportes Terrestres (ANTT), responsável por realizar a concessão de ferrovias, rodovias e transporte ferroviário relacionado à exploração da infraestrutura, bem como pela permissão de transporte coletivo regular de passageiros por rodovias e ferrovias. A ANTT também é responsável pela regulação e pela fiscalização das atividades realizadas pelos concessionários e permissionários de tais atividades.

Além disso, a Lei nº 10.233/01 ainda criou a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), atualmente vinculada à Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), com o papel de regular, monitorar e fiscalizar os serviços prestados no setor de transportes aquaviários e a exploração, por terceiros, da infraestrutura portuária e aquaviária brasileira.

No ano de 2005, foi instituída a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), vinculada à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, com o objetivo de fiscalizar e regular as atividades desenvolvidas no âmbito aviação civil, a fim de garantir a segurança no transporte aéreo e a qualidade dos serviços.

Atualmente, muito se discute sobre a criação de uma agência nacional de regulação da mídia. Por um lado, os defensores da ideia alegam, entre outros argumentos, que, no Brasil, a maior parte do mercado da comunicação está sob o poder de poucos grupos, o que violaria o art. 220, §5º, da Constituição, que proíbe o oligopólio dos meios de comunicação social²⁰. Por outro lado, outros afirmam que a regulação da mídia seria uma afronta à liberdade de imprensa e à livre manifestação do pensamento, valores que tanto foram massacrados no período do regime militar.

Noutro giro, é importante observar que, em nosso país, nem toda entidade pública denominada de *agência* é, obrigatoriamente, uma agência reguladora. Nesse sentido, Aguillar explica que, embora alguns órgãos sejam denominados como agências, não se constituem como agências reguladoras, tal como ocorre com

A Agência de Desenvolvimento da Amazônia (ADA) [...] e A Agência de Desenvolvimento do Nordeste (ADENE). As competências da ADA e da ADENE estão relacionadas ao planejamento do desenvolvimento da

²⁰ Também muito se questiona o fato de que, enquanto o art. 221, II, da Constituição prevê que devem ser estimuladas a produção regional e independente de rádio e televisão, na prática, quase toda a produção de TV do país está administrada por grupos localizados nos estados do Rio de Janeiro e de São Paulo.

Amazônia e do Nordeste e à gestão dos incentivos fiscais e fundos especiais que ficam sob sua tutela, e não à regulação normativa das atividades em sua área de atuação. [...] A Agência Nacional do Cinema (ANCINE) não é uma agência reguladora, servindo para conjugar os esforços de estímulo à produção cinematográfica. Também recebe o nome de agência, mas não se trata de agência reguladora, a Agência Brasileira de Inteligência, sucessora de diversos órgãos de inteligência no país, como o SNI²¹.

Contudo, em que pese os lúcidos argumentos de Aguillar, discordamos da sua análise quanto à Agência Nacional do Cinema (ANCINE), ao desconsiderá-la como uma agência reguladora. Isto porque uma análise da legislação que rege as atividades da ANCINE leva à conclusão que, na verdade, ela se trata de uma autêntica agência reguladora. Nesse sentido, conforme prevê a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a ANCINE foi constituída como um órgão de "regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica" (art. 5º). Outrossim, o art. 9º, parágrafo único, da Lei 12.485/11, determina que "as atividades de programação e de empacotamento serão objeto de regulação e fiscalização pela Agência Nacional do Cinema".

Por outro lado, há organismos que, embora não sejam denominados como agências, pela semelhança de função e de regime jurídico ao qual estão submetidos, podem ser considerados como uma agência reguladora. É o caso, por exemplo, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), criada pela Lei nº 6.385/76, constituindo, talvez, a agência reguladora mais antiga do país.

Com efeito, segundo Carvalho Filho²², as agências reguladoras, no Brasil, foram constituídas sob a forma de autarquias, ou seja, órgãos da Administração Indireta, com o papel principal de controlar, em toda a sua extensão, a prestação de serviços públicos ou o exercício de atividades econômicas, assim como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los.

Adverta-se que, apesar de determinados serviços públicos começarem a serem executados pela iniciativa privada, eles não perdem seu caráter público, sendo o

²¹ AGUILLAR, op. cit., p. 204.

²² Cf. CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 484-485.

Estado ainda o responsável pela sua prestação apropriada, passando a ter função de planejar, regulamentar e fiscalizar sua execução²³.

Além do mais, é plenamente possível a criação de agências reguladoras também no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, desde que sejam instituídas para atuar na regulação de atividades que sejam de suas respectivas competências. Exige-se, contudo, que as agências reguladoras, por serem espécies de autarquias, sejam criadas mediante *lei*, nos termos do art. 37, XIX, da Constituição de 1988.

5. TEORIA DA CAPTURA E A BUSCA POR UM MODELO REGULATÓRIO INDEPENDENTE

No contexto atual, quanto ao papel das agências reguladoras, ainda há diversas problemáticas a serem solucionadas, dentre elas destacam-se: a pouco expressiva participação popular, a debilidade das instituições; o baixo nível de organização da sociedade civil; o baixo nível de expectativa quanto à atuação do governo, entre outras²⁴.

Outro grave problema que assola a eficiência das agências reguladoras é a influência de fatores pessoais e políticos na administração de tais entidades. Não se pode exercer funções de regulação de maneira adequada se não há independência e imparcialidade na condução das atividades regulatórias.

Nesse sentido, a doutrina vem desenvolvendo a chamada *teoria da captura*, a qual tem o objetivo de evitar uma “vinculação promíscua entre a agência, de um lado, e o governo instituidor ou os entes regulados, de outro, com flagrante comprometimento da independência pública”²⁵.

A Constituição da República, nesse compasso, em seu art. 176, §4º, prevê o combate a tal prática nociva, determinando que “a lei reprimirá o abuso do poder

²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Agência reguladora: natureza jurídica, competência normativa, limite de atuação. **Revista de Direito Administrativo**, n. 215, jan-mar-1999. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.72.

²⁴Cf. PINHO, J. A. G.; SACRAMENTO, A. R. S. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v.43, n.6, p. 1343-1368, nov-dez., 2009, p. 352.

²⁵Cf. CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 485.

econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

O problema da *captura* das agências reguladoras pode surgir de dois modos: pelo setor privado, na medida em que empresas que exercem os serviços regulados, valendo-se de seu poder econômico, interferem na atividade regulatória, influenciando o comportamento da entidade reguladora (captura econômica), ou; pelo próprio setor público, quando há uma vinculação da atividade da agência reguladora com interesses políticos de agentes públicos, em especial, de detentores de mandato no âmbito do Poder Executivo (captura política)²⁶.

Dessa forma, é preciso identificar os pontos sensíveis da questão, para que, com base neles, sejam formuladas alternativas que afastem a captura dos órgãos reguladores. Uma solução possível para atenuar o problema, apontada por Salgado, seria a de

Institucionalizar as agências, criando quadros de profissionais especializados, com os incentivos de carreira e pecuniários necessários para minorar os riscos de captura, é fundamental para assegurar as bases de uma intervenção de longo prazo confiável do ponto de vista do investidor privado e legítima, da perspectiva do interesse público²⁷.

Nesse sentido, em muitos casos, cabe ao Poder Judiciário evitar que haja a captura da agência reguladora por interesses alheios. À guisa de exemplo, no julgamento da Apelação Cível nº 342.739, o TRF da 5ª Região, com base nos princípios da administração pública, decidiu no sentido de impedir a nomeação, para vagas do Conselho Consultivo da ANATEL, destinadas à representação de entidades voltadas para os usuários, de pessoas que haviam ocupado cargos em empresas concessionárias, uma vez que estava evidente a suspeita de que tais nomeações poderiam prejudicar as atividades regulatórias da referida autarquia.

²⁶ Cf. MELO, Thiago Dellazari. **A "captura" das agências reguladoras: uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador.** 2010. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Data de defesa. Total de folhas. Tese (Doutorado) ou Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2010, p. 39-58.

²⁷ SALGADO, Lúcia Helena. **Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional.** Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2003, p. 47-48.

Portanto, percebe-se que, atualmente, embora as agências reguladoras exerçam papel fundamental para promoção de um desejável funcionamento dos serviços públicos, bem como para o equilíbrio entre as empresas que exercem determinadas atividades econômicas, é preciso que se tome medidas para que o exercício de tais órgãos reguladores estejam voltados, exclusivamente, ao interesse público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As agências reguladoras constituem-se como um dos principais objetos de estudo do Direito Econômico. Desde meados do século XX, seu papel vem ganhando cada vez mais importância, notadamente em virtude do desenvolvimento e consolidação de movimentos econômicos neoliberais.

No Brasil, foi, principalmente, a partir da década de 1990 que surgiram as primeiras agências reguladoras propriamente ditas, com a desestatização de determinadas serviços públicos, por meio de descentralizações por delegação. Entretanto, mesmo sendo prestados por entes privados, tais serviços não perderam seu caráter de público, e, por isso, o Estado, embora não os forneça diretamente, assumiu um papel regulador, por meio das agências.

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

Contudo, as atividades regulatórias estão, constantemente, sob o risco de serem capturadas, isto é, desviarem-se do seu foco principal – que é baseado na busca do interesse público. Nesse sentido, a teoria da captura busca indicar soluções que visem a manter as agências reguladoras longe de influências externas que podem advir tanto de particulares (captura econômica), quanto do próprio setor público (captura política).

Percebe-se também que, em muitos casos, cabe ao Judiciário, proferindo decisões lastreadas nos princípios da administração pública, reagir ao fenômeno da

captura das agências reguladoras, contribuindo para a imparcialidade e a moralidade nas atividades regulatórias.

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

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 3, ago-set. 2005, Salvador.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Jupodivm: Salvador, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. Privatização, Regulação e o Desafio da Universalização. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Regulação Direito e Democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 74.

CUÉLLAR, Leila. Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. **Revista de Direito Administrativo**, n. 229, p. 153-176, jul-set, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas. 2007.

SALGADO, Lúcia Helena. **Agências regulatórias na experiência brasileira**: um panorama do atual desenho institucional. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. SP: Dialética, 2002.

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

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito econômico**. Coimbra: Coimbra Editora: 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Agência reguladora: natureza jurídica, competência normativa, limite de atuação. **Revista de Direito Administrativo**, n. 215, jan-mar-1999. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINHO, J. A. G.; SACRAMENTO, A. R. S. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v.43, n.6, p. 1343-1368, nov-dez., 2009, p. 352.

ROSANVALLÓN, Pierre. **La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad**. Buenos Aires: Manatíal. 2009.

SHECARIA, C. C. B. M. Acompetência das agências reguladoras nos USA. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito regulatório**: temas polêmicos. Belo Horizonte: Forum, 2003.

VADEL, Lorenzo M. Bujosa. **La garantía de la Assistència de Letrado**. In: A importância do Advogado para o Direito, a Justiça e a Sociedade. Mário Antônio Lobato de Paiva. Rio de Janeiro: Forense. 2000.