Após os 30 anos da Constituição democrática de 1988: a captura econômico-política das agências reguladoras e os desafios para a manutenção da sua autonomia reforçada

João Sérgio dos Santos Soares Pereira

Assessor de Órgão Julgador – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ). Especialista em Direito Público e Privado – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Pós-Graduando em Direito Processual Civil – Escola Brasileira de Direito (EBRADI) / Instituto Brasileiro de Processo Civil (IBPC). Pós-Graduando em Direito e Advocacia Pública – Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ)/Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo de estudo as agências reguladoras e os seus principais desafios para a manutenção da sua autonomia ou independência, diante do fenômeno conhecido como captura bifronte (econômico-política). Diante da necessidade de cumprimento do escopo da existência de um Estado mais eficiente, organizador e ordenador, com a garantia dos preceitos constitucionais relativos à defesa do consumidor, à livre-iniciativa, à livre-concorrência e, sobretudo, reprimindo o abuso do poder, de molde a resguardar o espaço público da apropriação privada, faz-se uma investigação doutrinária e estudo de casos. Realiza-se a análise se as agências, autarquias submetidas a regime jurídico especial, vêm cumprindo adequadamente o seu papel, diante da axiologia constitucional da Carta de 1988. A conclusão é pela implementação de mudanças no cenário atual, sem olvidar os percalços que as agências reguladoras enfrentaram até o momento, a fim de que alcancem o papel que o ordenamento lhes conferiu: garantir o equilíbrio do mercado, coibindo práticas distorcidas dos agentes econômico-políticos e, minimizando as falhas para a consecução dos princípios maiores da Administração Pública e do Estado Democrático de Direito, atingir o bem-estar social e os interesses públicos.

Palavras-chave: Agências reguladoras – Desafios – Autonomia reforçada - Captura regulatória – Implementação de mudanças.

Sumário: 1 Introdução – 2 A Ordem Constitucional econômica e o Estado regulador – 3 As agências reguladoras e seus desafios: a captura regulatória como risco a ser evitado – 4 Enunciação de sugestões para evitar o risco da captura com a promoção da independência das agências reguladoras – 5 Conclusão – Referências

1 Introdução

A atualidade é reconhecida como um momento de dificuldades institucionais.

Nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, existia amplo otimismo mediante as promessas de emancipação (saíamos de um regime ditatorial) e a promoção de grande catálogo de direitos, fazendo com que todos os ramos jurídicos tenham se constitucionalizado.

Com efeito, diante da centralidade dos direitos fundamentais e do reconhecimento da forma normativa dos princípios constitucionais, todo o direito passou a ser interpretado a partir da Carta Magna de 1988.

No direito administrativo brasileiro, durante o Governo Fernando Henrique Cardoso (FHC), formaram-se críticas às normas vigentes, taxadas de formalistas, burocráticas, desestimulantes para a economia.

Diversas são as medidas tomadas, tais como a criação do pregão como modalidade de licitação, desestatização para o que denominamos de terceiro setor (como exemplo, as organizações sociais – OSs e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs) e, igualmente, no que mais importa para este estudo, o reforço da criação das agências reguladoras.

O que se pretende investigar é se tais agências vêm desenvolvendo o seu papel de maneira autônoma, independente, ou seja, com as características necessárias para sua devida atuação.

Na realidade, ainda que enfrentando diversos desafios, dentre os quais o mais drástico deles se configura como a captura regulatória, há de se reconhecer que tal captura não é uma característica inexorável da regulação. Criando uma transformação de ambiente institucional propício à sua redução, os quais trataremos neste ensaio por meio de posicionamentos doutrinários diferenciados, mesmo após os 30 anos de vigência da nossa Constituição, é possível conceber o modelo regulatório, apenas com os necessários ajustes.

2 A Ordem Constitucional econômica e o Estado regulador

Na atualidade, percebe-se nítida relação entre Direito e Economia. Os dois ramos se entrelaçam por diversas vezes demonstrando “a necessidade de consideração dos aspectos econômicos no processo de elaboração e de aplicação das normas jurídicas” (OLIVEIRA, 2015, p. 35). Parece não existir

mais dúvidas quanto a tal fato, restando claro que o pragmatismo/consequencialismo foi introduzido no nosso ordenamento jurídico pela reforma produzida pela Lei n. 13.665, de 25 de abril de 2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.¹

A Carta Magna de 1988 possui capítulo que se refere à ordem econômica e financeira. Entende-se como Constituição Econômica, segundo Vital Moreira: “o conjunto das normas e dos princípios constitucionais relativos à economia, isto é, que configuram a ordem constitucional da economia” (MOREIRA, 2006, p. 381).

Eros Roberto Grau, por sua vez, enuncia: “[...] a Constituição Econômica, conjunto de preceitos que institui determinada ordem econômica (mundo do ser) ou conjunto de princípios e regras essenciais ordenadoras da economia [...]” (GRAU, 2005, p. 81).

Diante do quadro normativo constitucional, que prima pela valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, conforme ditames da justiça social, e a substituição da chamada Administração Pública burocrática pela gerencial, a partir da Reforma Administrativa realizada pela Emenda Constitucional n. 19/1998, ganha importância o necessário condicionamento, coordenação e disciplina das atividades econômicas privadas por meio de um órgão estatal autônomo e independente (no caso, as agências reguladoras), como se verá.

As agências reguladoras brasileiras, certamente, enfrentam diversos desafios a fim de desempenhar as suas competências de forma independente. Forma esta necessária para o cumprimento do escopo de existência de um Estado mais eficiente, organizador e ordenador, com a garantia dos preceitos constitucionais relativos à defesa do consumidor, à livre-iniciativa, à livre-concorrência e, sobretudo, reprimindo o abuso do

poder, de molde a resguardar o espaço público da apropriação privada, em determinados casos.²

Para que se possa traçar os desafios que as agências reguladoras vêm sofrendo ao longo de sua existência, faz-se necessário compreender, primeiramente, as suas origens, o que comporta a análise histórico-social-econômico-cultural³ do Estado nas últimas décadas, com o surgimento do denominado *Estado Regulador*,⁴ ainda que brevemente.

A intervenção do Estado na economia sofre variações de acordo com a política econômica adotada. Assim, é possível observar dois contextos históricos, basicamente: o Estado Liberal de Direito ou Estado Abstencionista, no qual, ao Estado não caberia a interferência nem a regulação da economia, limitando-se a observar a organização realizada pelos indivíduos; e o Estado Social de Direito ou Estado Intervencionista, em que se verifica uma posição atuante do ente nos fatos econômicos.⁵

¹ O artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com a redação incluída pela Lei n. 13.665, de 25 de abril de 2018, enuncia: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” (BRASIL, Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Diário oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo*, Brasília, DF, 09 set. 1942, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 22 nov. 2018).

² “A atividade de regulação pressupõe, a meu ver, a noção de equilíbrio. Opõe-se, frontalmente, à unilateralidade típica presente na ideia de autoridade estatal tradicional. Mais do que isso, o exercício da regulação importa, necessariamente, a composição dos interesses enredados em um dado segmento da atividade econômica ou social, sem descurar nesta composição de interesses difusos, gerais ou titularizados por hipossuficientes, interesses estes necessariamente à cura da autoridade estatal. A atividade regulatória, deixe-se claro desde logo, não exclui a presença da autoridade do Estado. Ao contrário, admite-a e mesmo exige sua presença. [...] O que se altera, contudo, é o modo de exercício desta autoridade [...]” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Estatal e autorregulação na economia contemporânea. Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 9, n. 33. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2011, Biblioteca Digital Fórum de Direito Público).

³ A análise dos institutos deve sempre levar em conta as diversas concepções a respeito do objeto de investigação. Interpretar determinada norma jurídica, e o instituto que ela pretende regulamentar, necessita da contextualização de sua origem: “[...] toda a interpretação de uma norma tem de tomar em consideração, como vimos, a cadeia de significação, o contexto e a sede sistemática da norma, a sua função no contexto da regulamentação em causa [...]” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 621).

⁴ “[...] Apesar de ser impróprio falar-se de ‘Estado regulador’ (ou ‘Estado mínimo’) num país em que algumas das maiores empresas dos mais importantes setores econômicos – v.g., bancário, energia e petróleo, telecomunicações, logística e transportes – são públicas, pode-se constatar que, a partir de então, a regulação econômica passou a assumir função antes estrutural do que circunstancial. Além disso, o relacionamento do Estado com a economia começou a ter características mais democráticas, estimuladoras, cooperativas e, até, substitutivas. [...]” (MOREIRA, Egon Bockmann. *Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013, grifos do autor).

⁵ CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 1153-1154.

Com efeito, de acordo com Marçal Justen Filho, o conceito de Estado regulador é diretamente determinado pela concepção intervencionista do Estado de Bem-Estar Social, que ao longo do século XX, significou a assunção, pelo Estado, de funções de modelação da vida social.⁶

André Cyrino nos informa, igualmente, que no Brasil, a noção majoritária é intimamente ligada a uma concepção social de Estado, tornando complexa a tarefa de definição do papel da Constituição na ordem econômica.⁷

Diogo de Figueiredo Moreira Neto capta o momento histórico mundial e verifica que, comparativamente, enquanto os Estados Unidos respondiam às crises advindas do século XX (guerras mundiais, Crise de 1929, Revolução Industrial, etc.) criando agências administrativas independentes do poder político, dando início à prática do que a doutrina viria posteriormente denominar de intervenções econômicas leves, com o predomínio do interesse do mercado, de forma inversa, os países europeus, numa perspectiva estatizante, preferiram criar agências executivas dependentes do poder político para desempenharem diretamente essas atividades econômicas, optando, desse modo, pelas intervenções radicais.⁸

No entanto, tal modelo de intervenção, providencialista, como admitido pelo próprio Marçal, trouxe benefícios à época, com a ampliação da atuação promocional do Estado e elevação da expectativa de vida humana. No entanto, o relativo êxito alcançado não foi suficiente para manter

tal estado de coisas, uma vez que a elevação de passivos governamentais acabou por reduzir a capacidade do Poder Público para efetivar os seus encargos fundamentais de interesses coletivos.⁹

Embora se reconheça a importância do Estado, foi necessária sua remodelação, inclusive em nível mundial. Em recente obra, Luiz Moncada afirma que: “desde há muito que se acentuava que o Governo vinha perdendo o monopólio da coisa pública [...]” e, arremata: “O direito pós-moderno é regulatório” (MONCADA, 2018, pp. 159-160).

No Brasil, sobretudo a partir da segunda metade da década de 1990,¹⁰ foi constatado o que países europeus já haviam observado anteriormente: a impossibilidade de adoção de um Estado garantista absoluto, não obstante conserve a titularidade para o exercício de atividades e dos serviços públicos (estes últimos, o Estado assume a

⁶ “O Estado transformou-se em prestador de serviços e em empresário. Invadiu searas antes reputadas próprias da iniciativa privada, desbravou novos setores comerciais e industriais, remodelou o mercado e comandou a renovação das estruturas sociais e econômicas” (JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 17).

⁷ Em sua instigante obra, André Cyrino traça o perfil da ordem constitucional econômica, asseverando que “[...] nos Estados de caráter social o aspecto intervencionista é preponderante. O desejo do constituinte de moldar as relações econômicas é acentuado. A pretensão transformadora do direito intensifica-se. A efetivação da Constituição econômica demanda ainda mais a atuação estatal” (CYRINO, André. *Direito Constitucional Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018, p. 98). Não obstante, Cyrino conclui em seu trabalho que: “Há boas razões para que, no Brasil, se adote a tese de uma Constituição econômica em princípio neutra, cujo conteúdo seja aquele fixado pelo Poderes Executivo e Legislativo. Dois elementos corroboram tal tendência: (i) o argumento democrático, ligado ao procedimentalismo e (ii) o argumento do compromisso constitucional [...]” (CYRINO, André. *Direito Constitucional Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018, p. 120).

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 4, n. 13, p. 147-166, abr./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/diogo-de-figueiredo-moreira-neto/a-regulacao-sob-a-perspectiva-da-nova-hermeneutica>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

⁹ Interessante observar que o Estado possui papel fundamental na história da humanidade e na consecução dos objetivos fundamentais de construção de uma sociedade mais justa, solidária e igualitária. Luís Roberto Barroso assevera: “[...] O Estado percorreu, ao longo do século XX, uma trajetória pendular. Começou liberal, com funções mínimas, em uma era de afirmação dos direitos políticos e individuais. Tornou-se social após o primeiro quarto, assumindo encargos na superação das desigualdades e na promoção dos direitos sociais. Na virada do século, estava neoliberal, concentrando-se na atividade de regulação, abdicando da intervenção econômica, em um movimento de desjuridicização de determinadas conquistas sociais. E assim chegou ao novo século e ao novo milênio. [...] O Estado ainda é a grande instituição do mundo moderno. [...] O Estado, portanto, ainda é protagonista na história da humanidade, seja no plano internacional, seja no plano doméstico. [...]” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018, pp. 95-96). A noção reconhece que o Estado possui papel fundamental em diversas áreas, em determinado momento histórico, visivelmente quando se está diante de crises, e, ao que interessa ao presente ensaio, à necessidade de refundação do país sobre novas bases, longe da corrupção sistêmica hoje instalada, conforme narra o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso em outro ensaio recente: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.). *A República que ainda não foi*: Trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 46-51.

¹⁰ Cabe aqui, porém, a prudente observação de Alexandre Santos de Aragão: “No Brasil as agências reguladoras geralmente são consideradas um instituto novo no Direito Público, surgindo apenas a partir das desestatizações da década de noventa. A afirmação, contudo, se não é equivocada, pelo menos não é inteiramente procedente. Se, por um lado, a divisão da Administração Pública em mais de um único centro de poder é um fenômeno muito mais amplo do que o surgimento das recentes agências reguladoras, não há de se menosprezar a importância dessas, principalmente diante do contexto de desestatização e liberalização em que surgiram” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 213). Ainda o mesmo autor: “Na verdade, o Estado sempre regulou a economia, mas essa nomenclatura não era muito usada, utilizando-se mais as nomenclaturas tradicionais de poder de polícia, limitações administrativas à liberdade empresarial e as prerrogativas inerentes ao poder concedente dos serviços públicos. [...]” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 203).

posição de garantidor de sua prestação de forma adequada à coletividade, de acordo com o princípio da subsidiariedade).¹¹

Maria Sylvia Di Pietro expõe que o vocábulo regulação, no direito brasileiro, surgiu com o movimento de Reforma do Estado, especialmente quando, em decorrência da privatização de empresas estatais e da introdução da ideia de competição entre concessionárias na prestação de serviços públicos, entendeu-se necessário “regular” as atividades objeto de concessão a empresas privadas, para assegurar a regularidade na prestação dos serviços e o funcionamento equilibrado da concorrência.¹²

A redução da intervenção do Estado na economia trouxe o modelo de estado regulador e de garantia, sendo certo que, como informa Pedro Gonçalves, tal posição de garante realiza alguns objetivos fundamentais, dentre eles: “[...] o correcto funcionamento dos sectores e serviços privatizados [...] e, por outro lado, a realização dos direitos dos cidadãos, designadamente dos direitos a beneficiar, em condições acessíveis, de serviços de interesse geral” (GONÇALVES, 2008, p. 11).

A nova estratégia governamental trazida pelo modelo regulatório acarretou o afastamento e a transferência das atividades e serviços para sociedades e grupos de empresas. A desestatização indica a transformação dos serviços

descentralizados por delegação legal em serviços descentralizados por delegação negocial.¹³

Neste cenário, com uma Constituição analítica, repleta de direitos sociais e fundamentais que buscam efetivação,¹⁴ uma vez que a supremacia constitucional reclama a defesa permanente dos valores adotados pelo Poder Constituinte,¹⁵ fez-se necessário, diante da ineficiência estatal, aliar-se com a iniciativa privada. Com a privatização, surge a criação de um órgão neutro para fiscalizar e regular as atividades prestadas pelos empresários à coletividade: as agências reguladoras.

3 As agências reguladoras e seus desafios: a captura regulatória como risco a ser evitado

As agências reguladoras¹⁶ são autarquias submetidas a regime jurídico especial,¹⁷ com forte

¹¹ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed., revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 150. Antônio Flávio de Oliveira, neste ponto, complementa: “A ideia de regulação estatal é precedida pela ideologia do Estado mínimo e pela teorização da administração gerencial. [...] Todavia, as estruturas até então existentes, mais apropriadas para a realização de atividades econômicas, não são as mesmas de que necessita o Estado para atuar como agente de regulação e estímulo daquelas atividades” (OLIVEIRA, Antônio Flávio de. *As agências reguladoras e a sua natureza de autarquias especiais*. O problema da captura. *Fórum administrativo – FA*, ano 5, n. 51. Belo Horizonte: Fórum, maio 2005).

¹² Expressamente, neste sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. *Direito regulatório: Temas polêmicos*. 2ª ed., revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 20. Igualmente, CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 376-380, cita o Programa Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei n. 8.031, de 12/4/1990 e a Lei n. 9.491, de 9/9/1997. Por sua vez, André Cyrino, citando Luís Roberto Barroso, expõe, didaticamente, as transformações administrativas que deram ensejo ao chamado “Estado Regulador” agrupadas em três categorias: reformas constitucionais supressoras de restrição ao capital estrangeiro; reformas flexibilizadoras dos monopólios estatais e diminuidoras do papel do Estado empresário; o processo de privatizações, deflagrado pela Lei que instituiu o PND, substituída, posteriormente, pela Lei n. 9.491/97 (CYRINO, André. *Direito Constitucional Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018, pp. 110-112).

¹³ Nestes termos, CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 379.

¹⁴ “[...] A pluralidade democrática e o multiculturalismo participativo (direitos de segunda, terceira e quarta dimensões, dirigidos a diversos grupos sociais) aumentam as demandas e afastam as soluções outrora padronizadas. [...]” (MOREIRA, Egon Bockmann. *Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013).

¹⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. O autor menciona em sua obra uma “vontade de constituição”, e assevera que, sem ela, a sociedade não consegue realizar, satisfatoriamente, os valores constitucionais.

¹⁶ Marcos Juruena as define: “São, pois, entidades que integram a Administração Pública indireta, criadas por lei para o exercício da autoridade inerente à função de intervir na liberdade privada por meio de ponderação entre interesses em tensão, tenso, assim, personalidade de direito público, caracterizando-se como autarquia, por exigir autonomia em relação ao poder central, da espécie autarquia especial, por ser dotada de independência, que se manifesta, principalmente, pela atribuição de mandatos fixos a uma direção colegiada” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 245-246). José Vicente, historicamente, assenta como antecedentes remotos das agências reguladoras o Instituto Brasileiro do Açúcar e do Alcool (1933); o Instituto Nacional do Sal (1940); o Instituto Nacional do Pinho (1941); o Instituto Brasileiro do Café (1952). “[...] Tais autarquias não possuíam dirigentes com mandato, muitas eram ligadas diretamente à Presidência (como nos casos do Instituto do Sal e do Açúcar e do Alcool), não se cogitava que tivessem poder normativo, e muito menos estavam abertas à participação social” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. *As fases do estudo sobre regulação da economia na sensibilidade jurídica brasileira*. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 13, n. 17, p.289, jan./dez. 2015).

¹⁷ “Ainda que todas as autarquias sejam titulares, por natureza de autonomia financeira e administrativa, a autonomia que se atribuiu às agências reguladoras, autarquias em regime especial, possui uma dimensão mais ampla, porquanto gozam de relativa independência, uma vez que estariam protegidas das mudanças políticas que determinam a alteração constante da direção daquela outra modalidade de autarquias” (OLIVEIRA, Antônio Flávio de. *As agências reguladoras e a sua natureza de autarquias especiais*. O problema da captura. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 5, n. 51, maio 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=29425>>. Acesso em: 13 out. 2018).

autonomia normativa, administrativa e financeira. As fontes constitucionais das agências se encontram nos artigos 21, XI, 174 e 177, §2º, III, da CF/88.¹⁸ As infraconstitucionais estão espalhadas por diversas legislações. Cite-se, como exemplo, a Lei n. 9.427/96 que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica –ANEEL.

Marçal Justen Filho ensina que figuras similares começaram a ser introduzidas nos países europeus a partir da década de 1970, sob a denominação de agências reguladoras (administrativas) independentes – ainda que muitas das quais com outros fins peculiares. Em todas as hipóteses, porém, o surgimento dessas entidades autônomas retrata a concepção de que as competências regulatórias não podem ser mantidas na órbita das estruturas estatais tradicionais. Afirma: “A natureza dos poderes a elas reservados demandaria autonomia e independência, o que justificaria seu afastamento da influência direta dos órgãos executivos e legislativos” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 51).

O ponto distintivo mais importante deste tipo de agente regulador é a sua independência¹⁹ que se espalha por algumas características fundamentais, quais sejam: autonomia normativa;²⁰ a independência técnica política dos gestores (maior estabilidade de seus dirigentes a fim de proteção

quanto aos desmandos de cunho político-partidário, captura política, incluindo a exoneração condicionada a prévio processo administrativo ou judicial; mandados a termo sucessivos e nomeação submetida à prévia aprovação do Senado Federal); a independência técnica decisional (predomínio do emprego da discricionariedade técnica e da negociação²¹ bem como a impossibilidade do chamado “recurso hierárquico impróprio”, pelo qual autoridades do Executivo poderiam revogar ou anular as decisões das autarquias a ele vinculadas (não obstante a existência do Parecer AGU AC-051²²); autonomia financeira e orçamentária (para que não estejam sujeitas à influência de grupos de interesses governamentais).

Com efeito, Alexandre Aragão afirma que a novidade mais relevante que as agências reguladoras traz para o nosso direito, é a sua independência “assegurada principalmente pela vedação da exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes (autonomia orgânica) e pela inexistência de ingerência hierárquica da Administração Central sobre os seus atos decisórios (autonomia decisória)” (ARAGÃO, 2013, p. 214).

Alexandre Santos de Aragão menciona estudo de Diogo de Figueiredo Moreira Neto em que cita o entendimento divergente de Victor Nunes Leal no Mandado de Segurança n. 8.693. Tal fundamentação divergente foi, em momento futuro, acolhido pelo Ministro Nelson Jobim, em decisão liminar na ADI n. 1949, igualmente no STF, que conferiu os principais fundamentos da constitucionalidade da vedação de exoneração *ad nutum* dos dirigentes, dando autêntico perfil independente das agências em questão (ARAGÃO, 2013, pp. 214-219). O autor assevera ainda, em obra específica:

[...] as principais notas da autonomia/independência das agências reguladoras são a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes, a organização colegiada, a formação técnica, competências regulatórias e a impossibilidade de recursos hierárquicos impróprios, sendo

¹⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2015, pp. 94 e 96.

¹⁹ Binenbojm indica como primeira onda de criação das agências a necessidade do fortalecimento de sua independência em relação aos agentes políticos e ao Judiciário, por isso a criação sob o regime especial: “A pedra-de-toque desse regime especial é a independência (ou autonomia reforçada) da agência em relação aos Poderes do Estado. Tal independência assume os seguintes aspectos: 1º independência política dos dirigentes [...]. 2º independência técnica decisional [...]. 3º independência normativa [...]. 4º independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada [...]” (BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*. *Revista de Direito Administrativo FGV*, Rio de Janeiro, 240: 147-165, Abr./Jun.2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43622/44699>>. Acesso em: 20 out. 2018).

²⁰ Há maior espaço para a edição de atos normativos, sinal marcante de sua atuação. Maria Sylvania pontua que apenas a ANATEL e a ANP possuem “função normativa mais ampla, porque se trata de entidades previstas na Constituição como órgãos reguladores [...]”. E, complementa: “Ao falar em órgão regulador, está a Constituição reconhecendo ao mesmo a possibilidade de regulamentar a lei a partir de conceitos genéricos, princípios, standarts, tal como as agências reguladoras norte-americanas. [...] Não podem invadir a matéria de competência do legislador” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, pp. 407-408). Outrossim, não se deve confundir o poder normativo de algumas agências, o poder de regular determinados segmentos, com a competência do Poder Executivo para regulamentar a lei mediante a edição de decreto, na forma do artigo 84, IV da CRFB/88 (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 153).

²¹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto cita quatro aspectos fundamentais da autonomia das agências, dentre os quais os que estão sendo citados neste trabalho: independência política dos gestores, técnica decisional, normativa, gerencial, financeira e orçamentária (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A independência das Agências reguladoras. In: *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo. Junho, 2000, pp. 416-418).

²² Parecer AGU AC-051, anexado ao Parecer n. AGU/MS04/2006. O documento permitiu a apresentação de recurso hierárquico impróprio de decisões das Agências Reguladoras e está disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8453>>. Acesso em: 15 out. 2018.

que apenas a conjunção destes elementos resultará na conceituação de uma entidade como agência reguladora independente. (ARAGÃO, 2006, p. 10)

Daniel Bregman cita argumentos a favor e contra a independência das agências.²³ Já Leroy Jones, citado por Thiago Dellazari Mello,²⁴ individualiza três problemas centrais da regulação em conexão com os órgãos reguladores: (i) os custos da regulação que, por vezes, são maiores que os custos de oportunidade de uso de recursos públicos; (ii) os reguladores podem não alcançar os seus objetivos inicialmente propostos e introduzir distorções que levem determinados grupos a lucros extraordinários; (iii) a regulação, em algumas circunstâncias, pode vir a gerar a corrupção²⁵ se os reguladores forem capturados pelos agentes.

O último item supracitado expõe falha relativa à violação da atividade independente da agência em prol do interesse coletivo. Por diversas vezes tais entidades sofrem o mal da intervenção de agentes que não estão interessados em fazer com que as agências atinjam os melhores padrões de eficiência e cumpram os papéis pelos quais foram criadas: atender ao interesse coletivo e às finalidades da reforma estatal administrativa

(declínio do modelo providencialista e a regulação como opção política econômica²⁶).

A captura está relacionada a diversos fatores, tais como a remuneração do capital investido por parte dos regulados; falhas de mercado, dentre as quais concorrência imperfeita (caso em que pelo menos uma empresa possui poder para influenciar os preços do mercado com a formação de monopólios ou oligopólios. Aqui, a regulação age para impedir ou dificultar a adoção de preços excessivos dentro do monopólio, fixar preços e fiscalizar. Há também a possibilidade de formação de monopólio natural), externalidades (expressão no sentido de que as ações dos agentes econômicos no mercado podem provocar efeitos sobre o exterior. Podem ser positivas ou negativas. As primeiras quando os efeitos proporcionados pela atuação do referido agente são benéficos a terceiros. Nas negativas, são prejudiciais e se relacionam ao custo da atividade econômica como no exemplo: poluição ambiental x atividade industrial), falhas de informação ou assimetria de informação.²⁷

Egon Bockmann ressalta como desafios às agências reguladoras independentes: a migração,²⁸ o locaute,²⁹ a inanição,³⁰ a captura

²³ “O argumento a favor da independência das agências é que, deste modo, elas estariam menos expostas aos grupos de interesses, pois os políticos interessados em recursos e votos para a eleição seguinte não teriam o poder de oferecer vantagens aos grupos através da regulação [...]. Os críticos da maior autonomia das agências argumentam que muito poder discricionário poderia atrapalhar a política setorial do governo (democraticamente eleito, com mais representatividade junto à população que o regulador setorial)” (BREGMAN, Daniel. Algumas questões sobre a captura regulatória. *Seminário Internacional Reestruturação e regulação do setor de energia elétrica e gás natural*. Rio de Janeiro, UFRJ, 30 e 31 de agosto de 2006, p. 10. Disponível em: <http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/seminariointernacional/2006/artigos/pdf/Daniel_Bregman.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018).

²⁴ MELO, Thiago Dellazari. *A “Captura” das Agências Reguladoras: Uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador*. Dissertação de mestrado, Estado, Regulação e Tributação Indutora, UFPE, Recife, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3967/1/arquivo407_1.pdf>. Acesso em: 16 out. 2018.

²⁵ “[...] com o advento da Lei 12.846/13, a Lei Anticorrupção, surgiu mais um mecanismo de defesa em face da ocorrência frequente de captura dentro das agências reguladoras. Atualmente, além dos agentes físicos, as próprias empresas podem ser responsabilizadas pelos seus atos ilícitos em desfavor da administração pública” (FORTES, Daniel. *A teoria da captura das agências reguladoras e sua aplicação na Lei n. 12.846/2013*. Artigo publicado on-line. Barradas e Felix Advogados Associados. Disponível em: <<http://www.barradasefelix.com.br/artigos/a-teoria-da-captura-nas-agencias-reguladoras-e-sua-aplicacao-na-lei-no-12-8462013/>>. Acesso em: 21 out. 2018).

²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços Públicos e Regulação Estatal*. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros-SBDP, 2000, p. 23.

²⁷ “As assimetrias de informação referem-se à diversidade de conhecimento dos agentes envolvidos no processo produtivo. Alguns deles dispõem de informações fundamentais acerca das circunstâncias necessárias à tomada de decisões. São, geralmente, os agentes diretamente relacionados com o processo produtivo [...]” (JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 35).

²⁸ Cita o autor a *revolving door* pública-pública: inexistência de quarentena relativa a atividades político-partidárias, dirigentes de agência que, no curso do mandato, pediram exoneração para concorrer em eleições: “[...] da agência para o Poder Executivo, empresas estatais ou Legislativo; de um destes poderes, de volta para a agência. Instalou-se o fenômeno da migração pública na regulação” (MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013).

²⁹ Egon expõe que o cargo de dirigente fica, por longo período, desocupado, ou preenchido por interinos. O Poder Executivo central acaba por inviabilizar a atividade das agências: “[...] Talvez melhor fosse fechar as agências (o que pode ser feito a qualquer instante, por meio de medida provisória). Este fenômeno pode ser denominado de locaute regulatório” (MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013).

³⁰ A inanição incentiva que os reguladores busquem outras fontes de sobrevivência: “as agências não recebem os aportes de verbas necessárias ao cumprimento de suas tarefas. [...] Sem recurso, sem infraestrutura e sem pessoas não se pode regular qualquer setor econômico [...] a situação das agências independentes é financeiramente precária” (MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013).

bifronte (pois se dá tanto pelas mãos dos mercados regulados como pelas mãos do Estado que as instituiu), a endorregulação e a (re)criação de empresas estatais (criação de empresas com multiplicidade de tarefas que o Estado brasileiro contemporâneo pretende exercer, a fim de regular determinado setor econômico e adjacências, como a EPL, Empresa de Planejamento e Logística S.A.).

Interessante observar que a implantação do modelo regulatório buscou evitar o risco de expropriação³¹ e ruptura de contratos e compromissos (garantia de estabilidade das regras do jogo nas relações dos investidores com o Poder Público³²) por parte de grupos de interesses e o processo político-eleitoral. É nesse ponto que, para se dar efetividade aos valores constitucionais econômicos erigidos pela Constituição Federal de 1988 (artigos 1º, 170, 173 e 174), faz-se necessário evitar o risco da captura bifronte.

De fato, ao que se percebe, a captura é um dos maiores riscos que pode levar a desestruturação de uma agência reguladora.³³ Algumas decisões desta são pautadas, como alerta Paulo Gama, pelo objetivo preponderante de defender a *saúde financeira* dos agentes privados, quase que os isentando do chamado *risco do negócio*.³⁴

Em excelente texto irônico, Eduardo Jordão e Maurício Portugal, com objetivo de denunciar práticas que possuem efeito deletério no projeto de Estado Regulador, oferecem dicas para cada grupo de interessados que podem vir a desestruturar as agências: desafios reais (além da captura) a que

esses órgãos da administração indireta devem lidar para não sucumbirem gradualmente.³⁵

Considerando os objetivos deste trabalho, não é possível traçar detalhamentos sobre todas as teorias que trouxeram a lume a ideia da captura a partir da análise do fenômeno regulatório econômico, no entanto, citemos algumas ideias principais, por sua importância: cite-se Stigler (1971), Peltzman (1976), Becker (1983), Buchanan e Gordon Tullock (1950, 1960, Escola de Virgínia) e Laffont e Tirole (1991, 1993).

O modelo de Stigler³⁶ e da Escola de Chicago fornecem a origem das teorias da captura regulatória. Para Stigler, em regra, a regulação é adquirida pela indústria regulada e é concebida e executada primariamente em seu benefício.³⁷

Já Peltzman³⁸ afirma que “a regulação não visa fundamentalmente a proteger a indústria regulada, mas é o resultado da ação de grupos de interesses, sejam eles produtores ou consumidores” (FIANI, 2004, p. 88).

Becker³⁹ foi a terceira referência fundamental na abordagem da atuação dos grupos de

³¹ FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações regulatórias*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 123-144.

³² BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. *Revista de Direito Administrativo FGV*, Rio de Janeiro, 240: 147-165, Abr./Jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43622/44699>>. Acesso em: 20 out. 2018.

³³ “Tendo as agências reguladoras sido criadas para propiciar uma regulação mais eficiente de atividades de especial interesse e sensibilidade da sociedade, não faria sentido que elas fossem neutralizadas em relação ao poder político e deixadas livres à influência econômica dos poderosos interesses regulados. Trata-se da ‘captura’, sempre colocada, mormente nos E.U.A, como um dos maiores riscos das agências reguladoras independentes” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 365).

³⁴ GAMA, Paulo Calmon Nogueira da. O fenômeno da captura das agências reguladoras – Federalização indevida de causas judiciais relacionadas aos setores regulados. *Revista CEJ* n. 26. Jul.-set. Brasília: 2004, p. 64. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero26/artigo10.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

³⁵ “As dicas para os Chefes dos Poderes Executivos: [...] 1. Enfraqueça o corpo diretor das agências reguladoras [...] 2. Prejudique a operação da agência [...] (i) as restrições orçamentárias e (ii) as limitações à sua capacidade de contratação de quadros [...] 3. Exponha as decisões das agências a todo tipo de controle [...] (i) na abertura de espaços de controle supostamente indisponíveis [...] há precedente na criação do chamado ‘recurso administrativo hierárquico impróprio’ [...] Parecer AGU AC-051) e (ii) no favorecimento ou na ampliação da intervenção de controladores já atuantes. [...] As dicas para os Órgãos de Controle [...] 1. Limite o leque de ações ou instrumentos à disposição das agências. [...] 2. Usem os poderes de punição para amedrontar os funcionários da agência [...] 3. Interfira nas escolhas e decisões regulatórias [...] As dicas para membros das próprias agências [...] 1. Descumprir contratos e frustrem a segurança jurídica [...] 2. Não liguem muito para procedimentos [...] 3. Negligenciem a importância da difusão informacional [...]” (JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. *Revista Estudos Institucionais*, vol. 3, 1, 2017. Disponível em <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/155/132>>. Acesso em: 23 nov. 2018).

³⁶ STIGLER, George. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*. Volume 2, Issue 1, (Spring 1971), pp. 3-21.

³⁷ “[...] Stigler (1971) esboça uma teoria da oferta e da procura de regulação: a indústria que demanda regulação deve procurar o vendedor deste produto, isto é, o partido político. Os partidos políticos têm custos significativos gerados pela sua organização e, assim, a indústria terá que pagar o preço da regulação com votos e recursos. [...] na maior parte das vezes, as firmas reguladas capturam o Estado e se beneficiam da proteção do regulador. [...] a regulação econômica [...] induz à ineficiência, na medida em que incorpora, ao processo de decisão, agentes insuficientemente informados, que não possuem interesse direto nas questões da regulação; [...]” (FIANI, Ronaldo. Afinal, a quais interesses serve a regulação? *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 13, n. 2 (23), jul./dez. 2004, pp. 84-85).

³⁸ PELTZMAN, Sam. Toward a more general Theory of regulation. *Journal of Law and Economics*, 19, pp. 211-240.

³⁹ BECKER, Gary S. A theory of competition among pressure groups for political influence. *The Quarterly Journal of Economics*, 98 (3), pp. 371-400.

interesse, com relação à atuação do Estado, concluindo que as chances de um grupo ter sucesso, na competição política, serão maiores tanto quanto maiores forem os seus ganhos líquidos, em comparação com as perdas dos grupos que sofrem a transferência de renda.⁴⁰

A Escola de Virgínia é ligada às teorias da escolha pública e do *rent seeking*, cujas contribuições advêm de James Buchanan e Gordon Tullock.⁴¹ Asseveram que a correção das falhas de mercado, por vezes, possui custo superior àqueles para o bem-estar social decorrentes das próprias falhas de mercado corrigidas.⁴²

A Escola de Toulouse efetiva sua contribuição a partir de Laffont e Tirole que focam sua análise nas assimetrias de informação existentes entre as entidades reguladoras e os seus supervisores,⁴³ bem como pelo modelo de Martimort que explica a captura por meio do *ciclo de vida das entidades reguladoras* no sentido de que “a pressão para agir em prol do interesse público a que o regulador estava sujeito, no início da sua ‘vida’, diminui com o decorrer do tempo, sendo que, no entanto, a força sobre ele exercida pelos vários grupos de interesses não diminui, antes mantém-se constante” (GONÇALVES, 2014, grifo do autor).

Importante notar que tais *teorias* conferem respostas divergentes acerca de qual grupo será beneficiado pela regulação, suas razões, fundamentos, acarretando um corpo teórico-analítico heterogêneo. Assim, mais importante é concluir que o processo de regulação é complexo, dependendo de um contexto institucional específico e dos agentes que participam desse contexto.⁴⁴

Nesse sentido, aliás, Andreia Bagatin afirma a necessidade de se cogitar de um ambiente institucional propício a reduzir a ocorrência da captura, com a ampliação da transparência da atividade regulatória e sua procedimentalização.⁴⁵

José Vicente Santos de Mendonça, por sua vez, aponta dois principais problemas da regulação pública: a informação e a adesão. Quanto ao primeiro, constata que o Poder Público não possui o domínio epistêmico total sobre a realidade, o que pode acarretar, quando se trata de regular público, prejuízos à sociedade pela falta de acesso a toda a informação relevante ou por não conseguir operá-la. Quanto ao segundo, atesta o reconhecimento de que o regulador necessita contar com algum nível de adesão dos regulados à sua pauta de ação.⁴⁶

Diversos casos são passíveis de citação quanto ao fenômeno da captura, tanto econômica como política: o mais mencionado pela doutrina se refere a acórdão do TRF-5 que, mantendo sentença, acolheu pedido para obstar que a União designasse membros de entidades representativas dos usuários e sociedade para o respectivo Conselho Consultivo da ANATEL, tomando por indicação pessoas que ocupam cargos diretivos em empresas concessionárias;⁴⁷ estudo que defende a hipótese de captura do aparato regulatório tradicional pelo setor privado, que, desde o planejamento, esteve envolvido na estruturação do

⁴⁰ FIANI, Ronaldo. Afinal, a quais interesses serve a regulação? *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 13, n. 2 (23), jul./dez. 2004, p. 91.

⁴¹ BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962.

⁴² “Apesar de estas teorias também terem em conta a captura das entidades políticas e reguladores por grupos de interesses que as pretendem utilizar para conseguirem políticas favoráveis, ao contrário da Escola de Chicago, a Escola de Virgínia foca-se não na captura em si mesma, mas sim nos seus custos para a sociedade, para o bem-estar social” (GONÇALVES, Ricardo Miguel Pereira. A captura regulatória – Uma abordagem introdutória. *Publicações CEDIPRE on-line* 25. Coimbra, Setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.cedipre.fd.uc.pt>>. Acesso em: 20 nov. 2018).

⁴³ LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. The Politics of Government Decision Making: a Theory of Regulation Capture. *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 106, n. 4, nov., 1991, pp. 1089-1127.

⁴⁴ O autor português Ricardo Gonçalves fornece um conceito completo de captura regulatória que merece menção: “processo pelo qual um grupo de interesses – empresas, consumidores ou trabalhadores – procede a influenciar a vontade de uma entidade decisora ou supervisora de determinado sector regulado – que tanto pode ser uma entidade reguladora como o legislador ou o governo de um Estado – por qualquer forma – legal ou ilegal,

directa ou indirectamente, explorando, ou não, assimetrias de informação existentes entre os vários actores em jogo – anterior ou posterior à criação do quadro regulatório vigente, com vistas à obtenção de benefícios próprios que se podem traduzir, em geral, na captura e uma renda econômica, e que pode dar origem a uma redução da eficiência econômica e do bem-estar social” (GONÇALVES, Ricardo Miguel Pereira. A captura regulatória – Uma abordagem introdutória. *Publicações CEDIPRE on line* 25. Coimbra, Setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.cedipre.fd.uc.pt>>. Acesso em: 20 nov. 2018).

⁴⁵ BAGATIN, Andreia Cristina. *O problema da captura das agências reguladoras independentes*. Dissertação de mestrado ofertada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2010. pp.170-187. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-15032013-091059/pt-br.php>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

⁴⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 359-360.

⁴⁷ Sobre o caso (BRASIL. Tribunal Regional da 5ª Região. *Apelação Cível n. 342739*. Relator: Francisco Cavalcanti. Recife. 30 nov. 2004. Disponível em: <<https://trf5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/194680/apelacao-civel-ac-342739-pe-20028300009457-0/inteiro-teor-14849725>>. Acesso em: 23 nov. 2018) vide o estudo específico sobre o julgamento: GUERRA, Sérgio. Teoria da Captura de Agência Reguladora em sede pretoriana. *Biblioteca digital da FGV*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/42475/41195>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

Programa de Concessão de Rodovias do Paraná;⁴⁸ caso Unimed Paulista em que foi determinada a transferência compulsória de 744 mil usuários para outras operadoras sem informações claras, ocorrendo, inclusive a descontinuidade de coberturas, sem maior ingerência por parte da ANS;⁴⁹ etc.

Poderíamos citar outros casos, mas é necessário ponderar, como o fez José Vicente em artigo ao informativo Jota, que não se pode confundir agência ineficiente e omissa com aquela que faz o seu trabalho, porém, diante da população, é impopular, pelas medidas tomadas.⁵⁰

Não obstante, os problemas e desafios existem, e devem ser superados pelas agências na consecução de suas ações. Nesta toada, forneceremos algumas ideias no próximo tópico para tentar afastar o risco da captura.

4 Enunciação de sugestões para evitar o risco da captura com a promoção da independência das agências reguladoras

José Vicente afirma que, contra os problemas de informação, a primeira estratégia é a centralização no sentido de que uma entidade pública deve recolher a informação dispersa na sociedade

e no Governo a respeito da ação pública. Outra estratégia seria a dispersão da informação, como ocorre no Brasil, em que órgãos e entidades públicas possuem seus próprios mecanismos de coleta de informações.⁵¹

Para os problemas relativos à falta de adesão (além da redução da assimetria informacional e, em parte, questões de legitimidade democrática) o autor supracitado cita as audiências e consultas públicas, no entanto, de forma realista, afirma que é conveniente adotá-las mas não esperar mais do que elas podem dar, uma vez que questiona-se a possibilidade de ossificação da atividade regulatória;⁵² o uso apenas como meio de legitimação retórica, uma vez que as entidades administrativas não levariam em conta os comentários, mas apenas fingiriam fazê-lo, sendo certo que, na prática brasileira, há três modelos de consultas/audiências públicas: (i) insinceridade deliberativa (em que as decisões já estão tomadas. Realizadas como legitimação retórica e blindagem em face de revisões judiciais); (ii) informativo (a Administração não possui ideia de sua ação e escuta os regulados para identificar soluções); (iii) deliberativo (a Administração possui proposta de ação, mas quer ouvir os regulados para confirmar, adaptar ou desistir dela)⁵³ e a existência de eventual captura epistêmica.⁵⁴

⁴⁸ KARAM, Rejane; SHIMA, Walter Tadahiro. A concessão de Rodovias Paranaenses: um serviço sob a ótica do lucro. *Revista Paranaense do Desenvolvimento*, Curitiba, n. 113, jul./dez. 2007, pp.103-127.

⁴⁹ Vide: CALDEIRA, João Paulo. Caso Unimed expõe falhas na regulação da ANS. *Jornal GGN* de 13-10-2015, on-line. Disponível em: <<https://jornalgggn.com.br/noticia/caso-unimed-expoe-falhas-na-regulacao-da-ans>>. Acesso em: 22 out. 2018.

⁵⁰ “O caso tem a ver com a ANS. Ação civil pública, ajuizada por associação de defesa dos consumidores em São Paulo, defende que os reajustes dos planos de saúde são abusivos. O principal argumento diz de distância entre os reajustes, autorizados pela ANS, e os índices gerais de inflação, calculados pelo IPCA. A liminar foi deferida, veio o agravo, caiu a liminar; resta o mérito da demanda. [...] Mas não se vê que a inflação dos custos médicos é superior à inflação geral, agravada pela pressão dos consumidores em prol das últimas técnicas, lidas na internet, quiçá adotadas no estrangeiro. [...] A ANS, em seus cálculos – que, sim, poderiam ser mais transparentes; que, sim, poderia adotar política de comunicação mais efetiva; e que, sim, poderia verificar de modo detido os dados do setor –, espelha tais custos e autoriza o aumento. Não teria como ser de modo muito diferente. Vira vidraça: apanha da sociedade; apanha do Judiciário. Caminha o passo solitário da agência impopular. [...]” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Reajuste de planos de saúde: a triste história de uma agência impopular. Artigo publicado na edição on-line Jota, 04-10-2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reajuste-de-planos-de-saude-a-triste-historia-de-uma-agencia-impopular-04102018>>. Acesso em: 15 nov. 2018). Floriano Marques Neto, igualmente, assevera que a independência também deve se dar em relação aos consumidores, pois “[...] a agência não pode se transformar num simples e incondicional promotor do interesse do consumidor, desconhecendo as outras dimensões da atividade regulatória” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes* – Fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 70).

⁵¹ O autor assevera, em conclusão, que: “A estratégia da centralização gera, em média, regulações mais coerentes. Por outro lado, pela amplitude da exposição à informação múltipla, ela pode fazer com que os órgãos reguladores atuem menos e isso pode ser problemático. A estratégia da dispersão, embora produzindo, muitas vezes, regulações incoerentes, permite mais facilmente a eclosão de regulações novas. É provável que alguma mistura entre as duas perspectivas viesse a produzir resultados ótimos” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 389).

⁵² Tal ossificação se relaciona à elaboração de normas: “[...] à conta de tanto analisar dados, ponderar críticas, e incorporar ou rejeitar sugestões, especula-se que a regulação pode acabar nada fazendo, ou fazendo muito pouco e só depois de muito tempo”. Lembra ainda o autor que tais audiências e consultas podem ser instrumentalizadas pelos administrados como estratégia de bloqueio, não obstante possa se especular que as agências não estejam efetivamente ossificadas por não levarem as mesmas audiências e consultas a sério (MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 363-364).

⁵³ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 364-366.

⁵⁴ “[...] os interesses de empresas e grupos econômicos são, em regra, mais organizados e coordenados vis-à-vis os interesses difusos de cidadãos, cogita-se que as consultas e audiências seriam dominadas por tais grupos [...]” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 364).

Em remate, José Vicente aposta no debate parlamentar asseverando que “[...] pode trazer temas à opinião pública de uma forma que os limites de divulgação de uma audiência ou consulta jamais permitirão [...] em muitos casos, a perspectiva generalista é boa, e pode corrigir vieses de foco gerados por análise especializada [...]”.⁵⁵

Interessante anotar que, quanto à captura epistêmica, Mendonça assevera que uma forma institucional de resolver o dilema interesses econômicos privados e interesses públicos/sociais desorganizados seria evitar o modelo de agências ligadas a objetivos econômicos setoriais, e criar agências de jurisdição geral, tornando difusos os destinatários da regulação.

Outrossim, não olvida o doutrinador José Vicente de outras estratégias importantes: os efeitos da economia comportamental,⁵⁶ a análise de impacto regulatório (AIR),⁵⁷ e, como especificações do problema da informação, o viés de foco como uma miopia seletiva, comum em especialistas, que impossibilita a abordagem do problema sob perspectivas ignoradas pelo regular⁵⁸ e o comprometimento com a missão, como uma tendência das autoridades reguladoras na sugestão de propostas que impliquem mais regulação, podendo cogitar na existência de um paradoxo real, que, deveras, ocorre na prática no sentido

de que a super-regulação acabe causando uma sub-regulação.⁵⁹

Conclui afirmando a importância da denominada “nova governança” que adota uma estratégia de subsidiariedade, mas numa linha compatível com a razão pública, incorporando, ainda, a informação derivada do *know how*.

A nova governança é regulação focada em resultados, é pragmática e incorpora a inovação.⁶⁰ Ressalte-se a importância de tais ideias trazidas pelo supracitado autor.

Natasha Schmitt Caccia Salinas, por sua vez, trabalha a Análise de Impacto Regulatório como um instrumento que tem entre os seus objetivos o aprimoramento da qualidade da produção normativa,⁶¹ observando que as agências reguladoras possuem um ambiente mais propício e receptivo à realização da AIR (embora não haja uma lei geral ou ato normativo que sirva de marco das AIRs), porém, tal instrumento deveria ser usado de forma mais abrangente, e não apenas para atos emanados do Poder Executivo.⁶²

⁵⁵ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 364).

⁵⁶ Neste ponto, Richard Thaler e Cass Sustein escreveram livro sobre “nudge” que significaria, entre nós, “empurrõesinhos”. José Vicente, citando esses autores afirma: “[...] sugerem que o Poder Público deve agir como um arquiteto de escolhas. O Poder Público deveria elaborar estruturas de escolhas que incrementassem o melhor interesse dos cidadãos [...]. É diante desse pano de fundo de escolhas equivocadas e agentes enviesados que Thaler e Sustein teorizam sobre sua proposta. Chamam-na de paternalismo libertário” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 367 e 368, grifo do autor).

⁵⁷ Mendonça relembra o grande marco normativo da AIR, nos EUA, a Ordem Executiva n. 12.291, editada durante o governo Reagan, e define: “[...] a Análise de Impacto Regulatório é procedimento administrativo, prévio ou concomitante à eventual prática de atos regulatórios, por intermédio do qual o Poder Público identifica e avalia os possíveis efeitos de sua atuação, e, então, deixa de agir, age como pretendido, ou corrige o rumo de sua atuação”. Não obstante, observar que, tal qual as consultas e audiências públicas, as AIRs correm risco de ossificação, legitimação retórica e captura epistêmica (MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 370 e 374).

⁵⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 390.

⁵⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 390.

⁶⁰ “Trata-se de indicar objetivos regulatórios preliminares, de liberar as entidades reguladas para os perseguirem da forma como souberem melhor fazê-lo, e de monitorar, revisando, os resultados alcançados” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 390).

⁶¹ “[...] Há, por fim, estudos voltados para a análise das técnicas de produção normativa propriamente ditas, que incluem análise de impacto regulatório, modalidades de regulação e seus respectivos instrumentos, tais como objetivos, regras, conceitos jurídicos indeterminados, princípios, procedimentos administrativos, prazos etc.” (SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Por um uso abrangente da Análise de Impacto Regulatório no Brasil. *Coluna Direito do Estado*, ano 2016, número 126. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/natasha-salinas/por-um-uso-abrangente-da-analise-de-impacto-regulatorio-no-brasil>>. Acesso em: 10 nov. 2018).

⁶² “[...] não há razão alguma para se defender o uso da AIR apenas para atos produzidos pelo poder executivo. No emaranhado de decisões e atos normativos que oferecem moldura jurídica às políticas públicas, leis e regulamentos são igualmente importantes e, portanto, não há nada que justifique a restrição do seu uso. Como já observado, a AIR não possui apenas as funções de controlar politicamente e conferir legitimidade às decisões produzidas por agentes não eleitos, mas também visa a aprimorar a qualidade – no sentido amplo oferecido acima – de todo e qualquer ato normativo que estrutura de forma relevante as políticas públicas” (SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Por um uso abrangente da Análise de Impacto Regulatório no Brasil. *Coluna Direito do Estado*, ano 2016, número 126. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/natasha-salinas/por-um-uso-abrangente-da-analise-de-impacto-regulatorio-no-brasil>>. Acesso em: 10 nov. 2018).

Bagatin (2013) apresenta algumas conclusões, umas que se coadunam às razões da ocorrência da captura e outras a sugestões para evitar o referido problema, listemos:⁶³

(i) na atualidade é difícil a distinção entre interesse público e privado, assim, adequado que o referido problema seja tomado como o comprometimento da imparcialidade da autoridade responsável pelo exercício da regulação econômica;

(ii) o exercício de competências discricionárias pode gerar a captura, permitindo-se uma atuação estratégica dos responsáveis pelo exercício da regulação;

(iii) as características dos grupos formados por agentes econômicos permitem que se organizem mais facilmente;

(iv) evidente a assimetria informacional entre regulador e regulados, sendo que, por vezes, a informação necessária à regulação é detida, apenas, pelo grupo de regulados;

(v) necessidade que possuem as agências de afastar a possibilidade de que as normas por elas editadas sejam desconsideradas pelos destinatários (aqui, também, pode ser citada a dificuldade de se conhecer as normas vigentes);

(vi) a preponderância do Poder Executivo permite o uso da regulação técnico-econômica pelo Poder Central;

(vii) a regulação, por vezes, acaba por ser editada de acordo com os parâmetros ditados pelos subsistemas sociais (no caso, pelo sistema econômico);

(viii) o problema da captura pode emergir como uma “externalidade” (um resultado não desejado) decorrente do uso das agências como instrumento de reação às dificuldades enfrentadas no exercício da regulação estatal;

(ix) a captura não é uma característica inexorável da regulação. É um risco, que pode ou não ocorrer, sendo certo que deve ser prevenido (*ex ante factum*);

(x) embora atuando apenas *ex post factum*, teorias acerca do abuso de direito e do desvio de poder podem auxiliar no controle das condutas contra a captura;

(xi) há a necessidade de criação de um ambiente institucional propício a reduzir a ocorrência de captura (criação da lei de agências reguladoras independentes com objetivos regulatórios claros a serem perseguidos, além da proceduralização da atividade regulatória, com mecanismos de participação dos cidadãos, o que aumenta a transparência. Inclusive, em sentido similar, fomentar o dever de fundamentação das decisões regulatórias).

Ademais, cite-se a Teoria dos Poderes Neutrais com o fim de diminuir as perplexidades existentes entre a autonomia das agências reguladoras em face do Chefe do Poder Executivo, agente que é dotado de legitimidade político-eleitoral.

Assevera Aragão:

Estes poderes neutrais do Estado, especialmente as agências reguladoras independentes, [...] asseguram o pluralismo no seio do Estado sem retirar totalmente os poderes do Chefe do Poder Executivo e do Poder Legislativo [...] foi verificada a necessidade da criação de órgãos estatais com autonomia de gestão e independência funcional para, fora do círculo político-eleitoral, controlar e equilibrar as relações entre os titulares dos cargos eletivos para assegurar a observância dos valores maiores da coletividade. Surgiram, então, os poderes neutrais do Estado, [...] Na esfera normativa legalmente conferida às agências reguladoras não cabe, por ilegal, a ingerência do Chefe do Poder Executivo. (ARAGÃO, 2006, pp. 441; 450)

Floriano Neto, por sua vez, cita dez sugestões para o aperfeiçoamento do modelo de agências, dentre as quais a necessidade de uma lei geral do regime das agências reguladoras bem como o aprimoramento do mecanismo de controle de tais órgãos.⁶⁴

5 Conclusão

Conclui-se que não se deve entender pela desnecessidade da regulação ou fracasso de seu modelo. Ao revés. A nova regulação é, claramente, um instrumento de implementação de política pública em determinado setor, e é de grande valia.

O modelo regulatório, após 30 anos de vigência da Constituição da República de 1988, sobrevive com a promoção e a defesa da concorrência nos setores regulados. Garantida as duas espécies

⁶³ Considerando os objetivos do presente trabalho, não é possível analisar detalhadamente todos os pontos citados pela autora. No entanto, vale a leitura de sua obra em que tece tais conclusões: BAGATIN, Andreia Cristina. *Captura das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁶⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes – Fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, pp. 133-138.

de sua autonomia (orgânica e administrativa),⁶⁵ concretizam-se as pautas de interesse geral estabelecidas, efetivando-se o necessário eixo constitutivo econômico, afastando-se *interferências exógenas indevidas* (ARAGÃO, 2006, p. 450).

Assim, certamente, o que se deve lutar é pela implementação de mudanças no cenário atual, sem olvidar os percalços que as agências reguladoras enfrentaram até o momento, a fim de que alcancem o papel que o ordenamento lhes conferiu: garantir o equilíbrio do mercado, coibindo práticas distorcidas dos agentes econômico-políticos e minimizando as falhas para a consecução dos Princípios maiores da Administração Pública e do Estado Democrático de Direito, atingindo o bem-estar social e os interesses públicos.⁶⁶

After the 30 years of the 1988 Democratic Constitution: The economic-political capture of regulatory agencies and the challenges to maintaining their enhanced autonomy

Abstract: This work aims to study the regulatory agencies and their main challenges for the maintenance of their autonomy or independence, in the face of the phenomenon known as bifronte (economic-political) capture. Faced with the need to fulfill the scope of the existence of a more efficient, organized and authoritarian State, with the guarantee of constitutional precepts regarding consumer protection, free initiative, free competition and, above all, suppressing the abuse of power, in order to safeguard the public space of private appropriation, a doctrinal investigation and case study is carried out. The analysis is carried out if the agencies, autarchies submitted to a special legal regime, are adequately fulfilling their role, given the constitutional axiology of the 1988 Charter. The conclusion is the implementation of changes in the current scenario, not forgetting the mishaps that agencies regulators have faced up to now, in order to achieve the role of the order in order to ensure market equilibrium by curbing distorted practices of economic-political actors and by minimizing failures to achieve the Democratic State of Law, achieve social welfare and public interests.

Keywords: Regulatory agencies – Challenges – Enhanced autonomy – Regulatory capture – Implementation of changes.

⁶⁵ Conforme nos informa Floriano Neto, a independência orgânica se refere à questão da estabilidade dos dirigentes e ausência de controle hierárquico, enquanto a independência administrativa se refere aos meios para exercer a regulação independente (autonomia de gestão, financeira, liberdade para organizar os seus serviços) (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes* – Fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2006, pp. 72-79).

⁶⁶ Lembremos, como adverte Barroso, com a maestria que lhe é peculiar: “Países que se tornaram prósperos são aqueles que conseguiram, progressivamente, distribuir adequadamente direitos políticos e oportunidades econômicas, com um Estado transparente e responsivo aos cidadãos. Países que se atrasaram na história foram os conduzidos por elites extrativistas, que controlam um Estado apropriado privadamente, que distribui por poucos os frutos do progresso econômico limitado que produzem” (BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.). *A República que ainda não foi*: Trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 52).

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BAGATIN, Andreia Cristina. *Captura das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BAGATIN, Andreia Cristina. *O problema da captura das agências reguladoras independentes*. Dissertação de mestrado ofertada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2010. pp. 170-187. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-15032013-091059/pt-br.php>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.). *A República que ainda não foi*: Trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BECKER, Gary S. A theory of competition among pressure groups for political influence. *The Quarterly Journal of Economics*, 98 (3).

BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. *Revista de Direito Administrativo FGV*, Rio de Janeiro, 240: 147-165, Abr./Jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43622/44699>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Poder Executivo, Brasília, DF, 09 set. 1942, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De14657compilado.htm>. Acesso em: 22 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional da 5ª Região. Apelação Cível n. 342739. Relator: Francisco Cavalcanti. Recife. 30 nov.2004. Disponível em: <<https://trf5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/194680/apelacao-civel-ac-342739-pe-20028300009457-0/inteiro-teor-14849725>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

BREGMAN, Daniel. Algumas questões sobre a captura regulatória. *Seminário Internacional Reestruturação e regulação do setor de energia elétrica e gás natural*. Rio de Janeiro, UFRJ, 30 e 31 de agosto de 2006, p. 10. Disponível em: <http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/seminariointernacional/2006/artigos/pdf/Daniel_Bregman.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018.

BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962.

CALDEIRA, João Paulo. Caso Unimed expõe falhas na regulação da ANS. *Jornal GGN* de 13.10.2015, *on-line*. Disponível em: <<https://jornalggm.com.br/noticia/caso-unimed-expoe-falhas-na-regulacao-da-ans>>. Acesso em: 22 out. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CYRINO, André. *Direito Constitucional Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. *Direito regulatório*: Temas polêmicos. 2ª ed. revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- FIANI, Ronaldo. Afinal, a quais interesses serve a regulação? *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 13, n. 2 (23), jul./dez. 2004.
- FORTES, Daniel. *A teoria da captura das agências reguladoras e sua aplicação na Lei n. 12.846/2013*. Artigo publicado on-line Barradas e Felix Advogados Associados. Disponível em: <<http://www.barradasefelix.com.br/artigos/a-teoria-da-captura-nas-agencias-reguladoras-e-sua-aplicacao-na-lei-no-12-8462013/>>. Acesso em: 21 out. 2018.
- FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações regulatórias*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed., revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- GONÇALVES, Pedro. *Regulação, Electricidade e Comunicações*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- GONÇALVES, Ricardo Miguel Pereira. A captura regulatória – Uma abordagem introdutória. *Publicações CEDIPRE on-line*, 25. Coimbra, Setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.cedipre.fd.uc.pt>>. Acesso em: 20 nov. 2018.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GUERRA, Sérgio. Teoria da Captura de Agência Reguladora em sede pretoriana. *Biblioteca digital da FGV*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/42475/41195>> Acesso em: 15 out. 2018.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. *Revista Estudos Institucionais*, vol. 3, 1, 2017. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/155/132>>. Acesso em: 23 nov. 2018.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- KARAM, Rejane; SHIMA, Walter Tadahiro. A concessão de Rodovias Paranaenses: um serviço sob a ótica do lucro. *Revista Paranaense do Desenvolvimento*, Curitiba, n. 113, jul./dez. 2007.
- LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. The Politics of Government Decision Making: a Theory of Regulation Capture. *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 106, n. 4, nov., 1991.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes – Fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação Estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 9, n. 33. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2011, Biblioteca Digital Fórum de Direito Público.
- MELO, Thiago Dellazari. *A “Captura” das Agências Reguladoras*: Uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador. Dissertação de mestrado, Estado, Regulação e Tributação Indutora, UFPE, Recife, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3967/1/arquivo407_1.pdf>. Acesso em: 16 out. 2018.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. As fases do estudo sobre regulação da economia na sensibilidade jurídica brasileira. *Revista Opinião Jurídica, Fortaleza*, ano 13, n. 17, p. 289, jan./dez. 2015.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico*: A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Reajuste de planos de saúde*: a triste história de uma agência impopular. Artigo publicado na edição on-line *Jota*, 04-10-2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reajuste-de-planos-de-saude-a-triste-historia-de-uma-agencia-impopular-04102018>>. Acesso em: 15 nov. 2018.
- MONCADA, Luiz S. Cabral de. *O Estado pós-moderno*: Para um novo paradigma de compreensão das atuais relações entre o Estado, o Direito e a Sociedade Civil. Lisboa: Quid Juris sociedade editora, 2018.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A independência das Agências reguladoras. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo. Junho, 2000.
- MOREIRA, Vital. A metamorfose da constituição econômica. *Revista de Direito do Estado*, n. 2, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 4, n. 13, p. 147-166, abr./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/diogo-de-figueiredo-moreira-neto/a-regulacao-sob-a-perspectiva-da-nova-hermeneutica>>. Acesso em: 20 nov. 2018.
- OLIVEIRA, Antônio Flávio de. As agências reguladoras e a sua natureza de autarquias especiais. O problema da captura. *Fórum administrativo – FA*, ano 5, n. 51. Belo Horizonte: Fórum, maio 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=29425>>. Acesso em: 13 out. 2018.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2015.
- PELTZMAN, Sam. Toward a more general Theory of regulation. *Journal of Law and Economics*, 19.
- SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Por um uso abrangente da Análise de Impacto Regulatório no Brasil. *Coluna Direito do Estado*, ano 2016, número 126. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/natasha-salinas/por-um-uso-abrangente-da-analise-de-impacto-regulatorio-no-brasil>>. Acesso em: 10 nov. 2018.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- STIGLER, George. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*. Volume 2, Issue 1, (Spring 1971).
- SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços Públicos e Regulação Estatal. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros-SBDP, 2000.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PEREIRA, João Sérgio dos Santos Soares. Após os 30 anos da Constituição democrática de 1988: a captura econômico-política das agências reguladoras e os desafios para a manutenção da sua autonomia reforçada. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 19, n. 215, p. 29-41, jan. 2019.