

TEORIA DA CAPTURA NO SETOR PÚBLICO

CAPTURE THEORY IN THE PUBLIC SECTOR

JEFERSON SOUSA OLIVEIRA ¹

CARLOS HENRIQUE BAPTISTA CARDOSO ²

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo estudar a incidência da captura no setor público, que pode ocorrer tanto por agentes econômicos, quanto pelo próprio governo. De plano é explorada a formação estatal e como se deu a implementação do atual modelo neoliberal, pelo qual pesquisou-se os aspectos do Estado Absolutista, Liberal, Social e Neoliberal. Nessa esteira analisar-se-á o Estado Regulador e sua evolução, dada influência das experiências regulatórias, em especial norte-americana, principalmente no que diz respeito ao contexto econômico e social, no qual o Estado intervirá indiretamente na ordem socioeconômica, por intermédio das agências reguladoras, que são um ponto de equilíbrio entre usuários, regulados e governo. Apesar da importância destes órgãos reguladores, pelo fato de participarem diretamente na fiscalização e normatização dos setores regulados, tem-se verificado o desvirtuamento de sua finalidade, desde por imperfeições de mercado, como pelas falhas de governo, com risco de captura das agências, pelas empresas reguladas ou pelo agente governamental colocando em perigo o interesse público. Ao final, os estudos demonstram a relevância do tema para a sociedade, pelo fator econômico e social. Para tanto, utilizou-se, o método dedutivo, a partir de pesquisas bibliográficas históricas, políticas e jurídicas, bem como de análise doutrinária e legislação acerca

902

¹ Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2023). Esteve na liderança da Equipe de Acompanhamento de Produção Científica do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (2020.1 a 2022.1). Foi bolsista de Pós-Graduação pela CAPES-PROSUP durante o mestrado (2018 - 2019). Docente na Pós-Graduação Lato Sensu e Extensão Universitária em Direito Tributário da Fundação de Apoio à Universidade Municipal de São Caetano do Sul (FAUSCS), e na Graduação em Direito da Faculdade Nove de Julho (FNJ) e da Faculdade Anhanguera de São Bernardo (Anhanguera Anchieta). Advogado no escritório Jeferson Oliveira e no Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Anhanguera de São Bernardo (Anhanguera Anchieta).

² Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Marília/PPGD UNIMAR (2023/2025) com a área de concentração Negócios Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social. Bolsista CAPES (2023/2025). Membro do Grupo de Pesquisa Globalização, Direito e Economia PPGD/UNIMAR. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM mantenedor da Fundação Eurípedes Soares da Rocha (2008). Advogado. Membro Julgador da Junta de Recursos Fiscais da Prefeitura de Marília/SP (desde 2020).



do proposto, pelo qual pode ser constatada a inevitabilidade de se aplicarem medidas que impeçam o fenômeno da captura.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação; Agências; Captura; Público; Transparência.

ABSTRACT: The present work aims to study the incidence of capture in the public sector, which can occur both by economic agents and by the government itself. The plan explores the formation of the state and how the implementation of the current neoliberal model took place, through which aspects of the Absolutist, Liberal, Social and Neoliberal State were researched. In this context, the Regulatory State and its evolution will be analyzed, given the influence of regulatory experiences, especially in the United States, mainly with regard to the economic and social context, in which the State will indirectly intervene in the socioeconomic order, through regulatory agencies, which are a balance between users, regulated and government. Despite the importance of these regulatory bodies, due to the fact that they participate directly in the supervision and standardization of the regulated sectors, there has been a distortion of their purpose, due to market imperfections, such as government failures, with the risk of capture by the agencies, regulated companies or by the government agent endangering the public interest. In the end, the studies demonstrate the relevance of the theme to society, due to the economic and social factors. For that, the deductive method was used, based on historical, political and legal bibliographical research, as well as doctrinal analysis and legislation on the proposal, by which it can be verified, the inevitability of applying measures that prevent the phenomenon of capture.

KEYWORDS: Regulation; Agencies; Catch; Public; Transparency.

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa, analisar a teoria da captura dentro do setor público e implicações decorrentes especificamente nas agências reguladoras, mas antes deste questionamento, se faz necessário observar a evolução dos modelos estatais, em que será possível verificar os pontos de ruptura de cada tipo de Estado e a transição para outros paradigmas que viessem a atender os anseios da sociedade. Tais fatores são importantes, pois estas transformações acabaram por influenciar o atual modelo neoliberal, havendo um Estado caracterizado por não ser totalmente liberal e, da mesma forma, não demasiadamente interventor, busca-se o equilíbrio econômico e social.

Logo um dos pontos principais do direito econômico, é o meio pelo qual a regulação econômica, se manifesta, que será ilustrado a partir de quatro marcos basilares, como a regulação patrimonialista, desconcentrada, concentrada e contemporânea. A partir desta observação estudar-se-á a gestão pública brasileira no cenário vigente e sob o viés histórico do Estado Regulador, caracterizado entre

o intervencionismo e o liberalismo, que visa preservar a concorrência, valor fundamental da regulação, consoante princípios constitucionais díspares como a livre iniciativa e justiça social.

Ademais, será visto que, quando da reforma administrativa ocorrida na década de 90, houve a gradativa transferência de atividade, até então, eram exercidas pelo Estado para controle da iniciativa privada, por meio de delegação via permissão, concessão e autorização. Portanto, a Administração Pública exercia o papel de regulador destas atividades, com a finalidade de fiscalizar e editar as regras aplicáveis a diferentes setores, no intuito de que ocorresse adequada prestação de serviços aos usuários, desde a continuidade, qualidade e modicidade tarifária.

Paralelamente será destacado que o surgimento das agências reguladoras, se deu em momentos distintos sob influência do movimento de privatização, que tem gerado reflexos até a atualidade, sem que houvesse um planejamento eficaz à época.

Por último, cumpre destacar a maneira como a teoria da captura reflete no setor público, em virtude de que os órgãos reguladores, por exercerem uma posição equidistante entre usuários, regulados e governo, muitas vezes acabam sofrendo forte pressão na tomada de decisões técnicas antes ou depois da edição das regras. Será explorada a ocorrência da captura econômica que advém de influência de particulares e política, por meio da qual se dá por ocupantes de cargos políticos que compõem o governo.

Em relação ao método de abordagem, foi utilizado o método dedutivo, com a finalidade de alcançar o objetivo aqui delimitado, por meio de pesquisa bibliográfica, legislação nacional e complementarmente, a análise documental de fatores históricos, políticos e jurídicos atinentes ao tema.

2. A FORMAÇÃO ESTATAL E SEUS ASPECTOS

A sociedade está em constante evolução e, não diferentemente, os Estados também acabam sofrendo com essas transformações de acordo com os anseios da sociedade, por meio de novos pensamentos que buscam um novo modelo econômico, social, político, jurídico e ideológico, que por vezes podem se dar de maneira mais restritiva ou liberal, que resultarão de uma maturidade coletiva diante destas novas ideias ou por vias revolucionárias.

Historicamente, as civilizações sempre buscaram o reconhecimento dos postulados supremos da personalidade humana, resultantes da liberdade, igualdade, fraternidade, legalidade e da democracia. Portanto, a noção de Estado é modificada dentro deste contexto de dinamismo dos processos civilizatórios.

Neste sentido, visualiza-se que o Estado não é imutável, em razão do enfoque do desenvolvimento social e político, que varia através do tempo e do espaço, bem como, em todas as épocas, o homem desejou modificar e quase sempre modificou o Estado (Azambuja, 1986).

Conforme os estudos, identifica-se este processo evolutivo da sociedade, até os dias atuais, contudo, não há uma única fórmula de Estado, haja vista as metamorfoses de cunho social, político, jurídico e econômico.

Sendo muitas as espécies de Estado moderno: da perspectiva jurídico-política, identificam-se o Estado estamental ou monarquia limitada, o Estado absolutista e o Estado constitucional, o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito; da perspectiva econômico-política, o Estado liberal, o Estado de bem-estar social, o Estado intervencionista, o Estado desenvolvimentista etc.; da perspectiva social, o Estado mínimo, o Estado totalitário e assim por diante. Forçoso concluir, por conseguinte, que o “gênero” Estado moderno desenvolveu flexibilidade notável, modificando-se conforme as necessidades políticas, adaptando-se às exigências sociais, econômicas e culturais, sem perda de sua característica nuclear (Ranieri, 2023, p. 49).

No que tange aos períodos históricos, identifica-se o surgimento das mais diversas facetas sociais, econômicas e formas de governo, pelas quais a humanidade passou, onde muitos foram benéficos e outros desastrosos.

A formação destas várias características de Estado surge com a crise do século XIV do feudalismo europeu, com a guerra dos cem anos de 1337-1453, peste bubônica, bem como outras revoltas, pelo qual surge a progressiva figura de poder do soberano e influência do clero na elaboração de normas e valores que acabaram influenciando a vida de todos, inclusive relacionados à produção e distribuição da vida econômica, mas que, conforme a evolução da sociedade, tais influências começam a ser ameaçadas por novos valores como pelos pensamentos iluministas (Oliveira; Gennari, 2019).

Diante do pensamento iluminista, em especial na Inglaterra, França e Estados Unidos da América no século XVIII, ocorreram desdobramentos no campo das ideias, política e economia, que culminaram na derrubada do antigo regime, pelo qual ficou marcado pela famosa frase comumente atribuída ao Rei Luís XIV da França, “O Estado sou eu”. Tratava-se do Estado Absolutista, em que havia a centralização do poder nas mãos do soberano e como analisado era caracterizada pela separação entre o clero, nobreza, burguesia e camponeses.

Em alguns Estados onde o legislativo não tem atuação permanente, e o executivo está investido numa única pessoa que também faz parte do legislativo, essa única pessoa também pode ser chamada de suprema, num sentido bastante aceitável. [...] O poder supremo, que é o de fazer leis, mas porque tem em si a suprema execução da qual todos os magistrados inferiores derivam todos os seus vários poderes subordinados (Locke, 2002, p. 151).

Por consequência desta concentração de poderes nas mãos do monarca, por meio da exploração das classes mais baixas como a nobreza e camponeses, que sustentavam o regime absolutista, começa surgir insatisfações, que resultaram na queda do Estado Absolutista, gerado movimentos sociais que visavam mudar tal condição, a exemplo de: Revolução Francesa de 1789; concepções do constitucionalismo americano de 1787, no que tange à instituição do federalismo, a rígida separação de poderes, o sistema presidencialista; e, Revolução Industrial na Inglaterra.

Portanto com a queda do regime monárquico, surge o Estado Liberal, que se baseava única e exclusivamente em intervir nas situações afetas à defesa da ordem e segurança pública, deixando a economia a cargo do livre mercado, pois o Estado mostrou-se inapto em solucionar os problemas no campo econômico. Pode ser verificado, que se trata de um Estado caracterizado pelo seu caráter abstencionista, ou seja, ausência de intervenção do governo na economia, no qual qualquer pessoa pode exercer a atividade econômica e que dessa forma o mercado se autorregulará.

Foi analisado que alguns pesquisadores partiram da premissa da mão invisível de Adam Smith, pelo qual o mercado conduzirá a atividade econômica e os preços se ajustam de maneira a alcançar resultados que visem o bem-estar da sociedade, porém eventualmente é necessária a intervenção do Estado, no intuito de que haja eficiência e promoção a igualdade (Mankiw, 2016).

Conforme a evolução e implementação de novos padrões de Estado, também foi possível verificar pontos de ruptura e a transição para outros modelos estatais, que viessem atender os anseios da sociedade. Quando questões como a defesa e segurança nacional, passaram a crivo do Estado, outras atividades ficaram a mercê do mercado, com muitos agentes se aproveitando destas lacunas para praticar abusos, principalmente no que diz respeito às relações trabalhistas, sociais e econômicas.

O modelo liberal começa a ser questionado diante das consequências danosas no aspecto social e econômico, principalmente em face da classe operária que se encontrava nas condições de miséria e doenças, o que se acentuava com a não intervenção do Estado.

Após a 1ª Guerra Mundial, o liberalismo começa a se desmantelar abrindo os olhos de muitos pensadores da escola liberal, visto que era visível a contradição de liberdade do liberalismo e a sujeição social dos trabalhadores que morriam de fome e pela opressão, como consequência da busca pela justiça social e econômica (Bonavides, 2007).

Visto que o liberalismo não conseguia resolver os problemas da crise, principalmente pós 1ª Guerra Mundial, em que se buscavam meios de o Estado deixar o abstencionismo, adotando uma postura ativa, objetivando a igualdade jurídico-formal, conseqüentemente surgem documentos como a Constituição

Mexicana de 1917, que atribuiu o caráter dos direitos trabalhistas como fundamentais, bem como a Constituição Alemã de *Weimar* de 1919.

Desta forma, pela fragilidade do Estado Liberal, a ruptura ocorre quando do advento da grande depressão proveniente da quebra da bolsa de Nova York em 1929, no qual manifesta-se a revisão do modelo liberal não intervencionista, para um sistema mais centralizador e com atuação direta do Estado na economia.

Pode-se observar que a mão invisível do mercado, contudo, não foi suficiente para evitar a crise de 1929 nos Estados Unidos da América, que demonstrou a imprescindibilidade da intervenção estatal na ordem econômica e social (Oliveira, 2015).

Assim muitos Estados começam a se utilizar do modelo social, como meio de intervir diretamente na economia, bem como regulando as relações comerciais e de trabalho, sendo este novo paradigma fomentador dos direitos sociais, inspirados no modelo americano do governo Franklin Delano Roosevelt. Já o Brasil na figura de Getúlio Vargas, implementa as ideias de um Estado centralizador na economia, por meio de intervenção no setor produtivo de bens e serviços, tal como maior proteção dos direitos trabalhistas.

Getúlio Vargas personificou um Estado mais positivo e centralizador na economia, a atuação direta do Estado no domínio econômico, era vista como mola propulsora do desenvolvimento. [...] A teoria de *Keynes* foi predominante no mundo da década de 30 até a de 70, sendo aplicada no Brasil com intensidade. A visão da intervenção do Estado era consensual entre os economistas e intelectuais da época (Nohara, 2012, p. 58-59).

No entanto, o Estado Social, ora denominado de Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), também possuía deficiências, pois por ser demasiadamente intervencionista, dado que dispunha como parâmetro, a diminuição das desigualdades sociais em consonância com o desenvolvimento econômico, acabou por vezes agindo diretamente na economia de maneira imprecisa como, por exemplo, controle de preços públicos no intuito de combater a inflação, que resultou em insegurança para atração de investimentos privados, infraestrutura insuficiente e demais outros fatores.

Este modelo mais intervencionista trouxe uma hipertrofia ao poder Estatal, diante do acúmulo de inúmeras atividades, e conseqüentemente, serviços públicos ineficientes para a sociedade, além do desequilíbrio econômico.

Por efeito desta desestabilização econômica e social que atingiu não somente ao Brasil, mas também outros Estados, é que os economistas prestam atenção aos ensaios naturais que a história oferece, embora se utilizem das teorias e a observação da mesma maneira que outras ciências, dado que os experimentos econômicos se dão a partir da análise de aspectos históricos, isto é, são estas

experiências o verdadeiro laboratório para encontrar um substituto (Mankiw, 2016).

Assim, pode ser observada, uma nova fase, na qual o Estado começa a deixar a iniciativa privada atuar na economia em determinados setores, com limitações que visam impedir algo semelhante ao ocorrido durante a crise de 1929, quando os particulares quebraram e levaram vários Estados ao colapso social e financeiro. Na atualidade, por outro lado, há um Estado que não será totalmente liberal e também não muito interventor, o qual busca preservar o equilíbrio socioeconômico. É o denominado de Estado Neoliberal.

No Brasil será verificada esta transição do Estado Social para o neoliberalismo no final dos anos 70 até a reforma do Estado na década de 1990.

Constata-se nos estudos que o “Estado atravessou três fases diversas durante o século passado: pré-modernidade ou Estado Liberal, modernidade ou Estado Social, e Pós Modernidade (*sic*)” (Barroso, 2011, p. 285-286).

Este modelo neoliberal deve observar os preceitos contidos no artigo 170 da Constituição Federal, visto que após a vigência da Carta Maior, o Brasil intensificou o processo de desestatização dos serviços públicos, como será visto adiante no trabalho.

3. EVOLUÇÃO DA REGULAÇÃO NO BRASIL

No Brasil, pode se constatar, com os estudos efetuados, que o modelo de Estado passou por inúmeros processos, diante de contextos políticos, econômicos e sociais até chegar ao atual paradigma, que irá exigir expressivas transformações públicas e maneiras de se equilibrar a gestão econômica com o social, que não produza déficit institucional, bem como preservando-se a concorrência.

Importante frisar que a intervenção estatal, esteve presente mesmo no regime liberal do século XIX, contudo, foi a partir do período XX que o intervencionismo cresceu, como maneira de corrigir imperfeições do liberalismo (Gabardo, 2003).

Contemporaneamente, perfaz um Estado que decide se retirar da intervenção econômica direta, para uma posição de planejador das relações socioeconômicas, por meio da regulação, que no Brasil, se dá por intermédio das agências reguladoras, nos setores de sua competência, enquanto instrumento de controle do Estado, de algumas atividades econômicas e de prestações de serviço público.

Assim se faz fundamental uma averiguação da evolução regulatória para se chegar à gênese das agências reguladoras e ao Plano Nacional de Desestatização (PND), no qual temos quatro períodos de evolução.

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. (Farias; Guerra; Alves, 2016, p. 218).

A evolução estatal acompanha os fatos históricos, e não diferentemente, o direito regulatório acaba seguindo estas modificações como mecanismo de participação de diversos setores da sociedade, bem como a formulação de ideias e normas, para fins de se regular alguns setores da economia.

Diante deste enfoque, ante o início do Segundo Império, até o fim da República Velha, houve a regulamentação desconcentrada, marcada pelas convicções do liberalismo econômico, no qual o governo se voltou a uma política desenvolvimentista, com exceção do setor ferroviário, que era regulamentado, haja vista o investimento privado neste campo.

Um dos setores mais significativamente controlados, contrariando a regra geral de desregulamentação, foi o das ferrovias, precocemente reguladas no país. A justificativa para isso é de ordem econômica. A propagação da cultura do café pelo interior do país reclamava vias de escoamento compatíveis. Porém, o governo contava com o interesse dos capitais privados para construí-las e explorá-las. Para isso, precisava regular normativamente a empreitada. Dignas de citação são as primeiras leis de incentivo à implantação de uma rede ferroviária no país, datando a primeira, chamada de Lei Feijó, de 1835, além das leis provinciais paulistas de 1836 e de 1838 (Aguillar, 2019, p. 110).

Como analisado, após a quebra da bolsa de Nova York em 1929, implementa-se o Estado Social, como efeito, aflora a denominada regulação concentrada, que se inicia na Era Vargas, e perdura até o final da década de 80, no qual o Estado centraliza para si a intervenção no setor produtivo de bens e serviços, levando o governo a adotar medidas direcionadas a combater o colapso do livre mercado.

Durante este período de intervencionismo estatal e nacionalista, foi observado o intenso e ilimitado poder que o Executivo exercia sobre atividades como, por exemplo, nos serviços de telecomunicação e nas substituições das importações, em que o Estado atribuía a função de coordenador e planejador no desenvolvimento, porém os gastos públicos decorrentes destas iniciativas logo trariam consequências nocivas.

Por fim, presencia-se no período contemporâneo, compreendido da década de 1990 até os dias atuais, que é marcado pelas novas diretrizes do Estado Neoliberal, que se norteará pela competitividade no setor público e privado, primando por ganhos quantitativos e qualitativos ao Estado e para os usuários dos serviços, haja vista que o emprego de capital privado em determinadas áreas fará com que o Estado opere como regulador das atividades econômicas, mediante concessões,

permissões ou autorizações às empresas privadas, para que ofereçam serviço público de qualidade e eficiente aos seus consumidores usuários.

É de se certificar que a regulação aqui ora averiguada será de maneira equilibrada entre o aspecto social e econômico, e que a intervenção estatal não é no mesmo molde, como ocorria no modelo regulatório concentrado, tanto que a ideia das agências reguladoras, terão como parâmetro a garantia de nivelar os interesses do governo, das empresas e dos usuários.

A que se considerar que o Estado deve ter em vista que o serviço público é posto para a sociedade, sendo que concessionários ou outros prestadores de tais serviços são servidores do público e que o fim precípua é servir ao público, como consequência haverá a remuneração ao regulado, diante da exploração da atividade. Portanto é inevitável que o ente regulamentar fiscalize e intervenha no serviço concedido, quando não ocorrer a prestação adequada (Meirelles, 2007).

Conforme os estudos dá-se a definição de regulação, no seguinte sentido:

O termo “regulação” é, de resto raramente usado, e quando o é geralmente é identificado à auto-regulamentação (*sic*) ou desregulamentação, e este não é o sentido no presente trabalho. Primeira é o fato de a teoria da regulação, quando bem aplicada – exatamente o contrário do que tem ocorrido até o momento -, poder representar exatamente a contribuição mais útil de um estado que decide retirar-se da intervenção econômica direta (através da prestação de uma gama bastante variada de serviços) para sua função de organizador das relações sociais e econômicas e que, por outro lado, reconhece ser para tanto insuficiente o mero e passivo exercício de um poder de polícia sobre os mercados (Salomão Filho, 2001, p. 14).

O direito regulatório direciona-se para corrigir os efeitos de mercado, denominadas falhas de mercado, que podem ser resultantes de externalidades, tendo em vista que a concorrência é valor fundamental a ser protegido, portanto necessário a compatibilização da regulação com os princípios constitucionais constantes no art. 170 da Constituição Federal.

Quando se faz menção às externalidades, estas podem se dar de forma positiva ou negativa, quando os impactos de uma determinada ação se traduz em benefícios a terceiros, tal como, se dá nos monopólios de marcas e patentes, em que há o surgimento de novas tecnologias que agregam conhecimento e outras pessoas podem utilizar-se destes efeitos, existindo assim, uma situação de externalidade positiva. Contudo, quando esta ação provoca efeitos adversos, sobre terceiros, como exemplo, a assimetria de informações, que é a situação em que uma das partes na relação negocial possui informações privilegiadas, seus impactos serão negativos.

Importante observar que a concorrência em sentido amplo, por mais que seja protegida pela regulação, é necessário ter a concepção da proteção concorrencial imperfeita, pois existem falhas que desequilibram o mercado. Portanto necessário o exercício do poder público, para garantir o bem-estar e o mínimo de concorrência, visto que a própria Constituição não afasta esta proteção, até pelo fato de se amparar o lado desfavorecido (Tavares, 2006).

Na esfera da regulação, questões técnicas e sistêmicas são direcionadas às entidades administrativas, que em tese possuem aparelhamento, tal como capacidade institucional para análise e execução de políticas regulatórias nos respectivos setores regulados, bem como os efeitos destas implementações, para que, no caso de equívocos, haja a correção ou manutenção destes processos decisórios.

A regulação possui um papel importante dentro de um contexto econômico, pois quando existem regras claras e um ambiente juridicamente seguro, novos investimentos são oportunizados, ou seja, aspectos estes fundamentais para o crescimento econômico eficiente e social.

Na lei brasileira essa necessidade de proteção em via direta dos interesses dos consumidores – e não apenas indireta, é reforçada, ainda, pela existência de previsão específica no tocante à eficiência. Mais que isso ela é revelada, sobretudo, pela existência de regulamentos diversos para a valoração da eficiência no controle das estruturas e das condutas (Salomão Filho, 2021, p. 346).

Como verificado, este controle de condutas como veremos no decorrer da pesquisa, será pelas agências reguladoras, principalmente quando do processo de privatização do Estado nos anos 90, e também pelo controle externo realizado por outros agentes estatais.

Enfatiza-se que a regulação é a forma de o Estado intervir indiretamente na economia, mas não no papel de empresário, que seria a intervenção direta, à vista disso não se trata de uma postura abstencionista, mas de conduta ativa para exigir comportamentos positivos dos regulados, usuários e governo. Ressaltando que apenas nas hipóteses previstas no artigo 173 da Constituição Federal, é que o Estado pode atuar diretamente no domínio econômico.

4. AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

De acordo com o conteúdo tratado acerca do tema, apurou-se que no processo de desestatização do Estado na década de 90, houve uma descentralização de atividades que anteriormente eram prestadas pelo poder público, a qual passaram para a iniciativa privada, por outro lado o Estado passou do papel de executor para regulador destes serviços mediante a concessão, permissão ou autorização, para

que estas empresas ofertassem serviços públicos com qualidade e eficiência ao usuário.

É de se salientar que houve uma flexibilização dos monopólios estatais, com a transferência para a iniciativa privada de determinadas atividades, que antes eram exploradas pelo Estado, em consonância com o art. 173 da Constituição Federal.

No que tange à origem das agências reguladoras, verificou-se a influência do ordenamento jurídico norte-americano, principalmente pelas ideias liberais do século XVIII, que influíram o direito administrativo estadunidense, em razão da necessidade da atuação estatal na área social e econômica que seria por intermédio de um órgão regulador.

Esse modelo organizativo foi adotado de forma pioneira nos Estados Unidos desde 1887, com a criação da *Interstate Commerce Commission*, a primeira agência reguladora independente naquele país, cujo objeto era a regulamentação, inicialmente, dos serviços interestaduais de transporte ferroviário (Oliveira, 2015, p. 141).

Foi analisado que as agências reguladoras americanas foram assentadas com acentuado grau de autonomia em relação ao Poder Executivo, com a ideia de se afastar os interesses políticos e particulares, mantendo-se a neutralidade destes órgãos, dotando-os de qualificação técnica, e conforme será pesquisado adiante, será um meio de se proteger as agências de eventual captura por meio dos regulados (Binenbojm, 2005).

Apesar de o Brasil não adotar a *common law*, houve a inspiração no modelo de agências reguladoras do direito norte-americano, destacando que os regulamentos emanados pelo regulador devem estar em harmonia com a Constituição Federal.

Este paradigma elegido no sistema pátrio, como já visto, decorreu da crise do Estado Social, que começou a se debilitar entre os anos 80 até o processo de desestatização, uma vez que a hipergênese estatal evidenciou a ineficiência dos serviços públicos, ausência de regras regulatórias, insegurança de investimentos privados, infraestrutura insuficiente ao desenvolvimento, reduzida capacidade de investimento público diante do elevado déficit fiscal e o combate à inflação. Assim, neste período, pode-se certificar que a regulação das atividades econômicas ou serviços públicos, era realizada pelo próprio poder público ou por suas empresas integrantes.

Pelas investigações acerca do tema verificou-se que os movimentos de privatizações, fizeram com que as circunstâncias político-econômicas destes países se aproximassem daquelas que sempre se verificaram nos Estados Unidos da América (Aragão, 2013).

As economias nacionais têm experimentado um processo de reforma e de expansão da regulação incidente sobre as atividades empresariais e este

processo tem sido mais visível nos últimos anos em setores como meio ambiente, segurança de produtos, propriedade intelectual, aéreo, financeiro e consumidor (Pinheiro; Saddi, 2005, p. 253).

No Brasil, esta expansão regulatória, apesar de ser posterior, àquela ocorrida nos Estados Unidos, começa de maneira mais intensa com a vigência da Constituição Federal de 1988, pois houve o desenvolvimento do processo de desestatização dos serviços públicos, por meio de contratos administrativos de concessão e permissão, à iniciativa privada, através de mecanismos como o Plano Nacional de Desestatização (PND), Lei nº 8.031 de 1990, que foi alterada após a Lei nº 9.491/1997, Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), de 1995, elaborado por Luiz Carlos Bresser Pereira, então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), bem como pelas Emendas Constitucionais nº 08 /1995, nº 09 /1995 e nº 19 /1998.

É de se frisar que antes da implementação das reformas foi examinado que, desde 1990, o Brasil encontrava-se em plena recessão, e as pequenas recuperações econômicas tinham vida curta, como exemplo, a tentativa de estabilização pelo Plano Cruzado em 1986, que era uma medida populista, mas em pequenos momentos trouxeram alívio, porém por poucos meses, haja vista a identificação de protecionismo e estatismo que tomava conta do País (Bresser Pereira, 2007).

Portanto, como solução, era imprescindível o ajuste fiscal, como maneira de se eliminar o déficit público, e por meio das reformas estruturais, em especial pelo PND destinado a reduzir o tamanho do Estado.

Estes instrumentos foram importantes na gênese das agências reguladoras, visto que o avanço na descentralização de serviços e autonomia crescente destes órgãos e de seus dirigentes têm como objetivo tornar a prestação do serviço público mais eficiente, desde a valorização do funcionalismo com melhores remunerações, análise técnica dos setores regulados, avaliações e normatizações claras a todos os envolvidos e um ambiente estável com segurança jurídica. Todavia é necessário atentar-se nas mudanças globais, para que as propostas sejam efetivadas, pois como será analisado, alguns fatores levam à captura destas agências.

Assim, na segunda metade da década de 90, no governo Fernando Henrique Cardoso (FHC), começa a reforma do aparelho estatal, iluminada pelas ideias neoliberais, diante da hiperinflação que assolava o País, pelo qual deixava de lado uma administração burocrática, rígida e ineficiente, para um novo modelo de administração gerencial, flexível e eficiente, voltada para o cidadão e que, segundo o PDRAE, a diferença destes modelos está na forma de controle, que deixa de se basear nos processos para se concentrar nos resultados (Nohara, 2012).

Para tanto, Luiz Carlos Bresser Pereira até, então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, foi o empreendedor crucial, para uma administração pública gerencial, organizando as principais linhas mestras deste novo processo de política de gestão pública.

O Estado se tornou muito grande, que as empresas estatais tendem a ser ineficientes, que a regulamentação da economia foi distorcida, protegendo interesses especiais dos burocratas e dos capitalistas, e que o nacional-desenvolvimentismo foi capturado pelo populismo. [...] A economia deve ser fortemente voltada para o mercado, isto é, deve ser o mais competitiva possível, interna e externamente. A coordenação da economia contudo, deve ser mista. Cabe ao mercado o papel básico de alocação de recursos, mas o Estado, após ter sido reformado e após o ajuste fiscal, deve assumir novas e importantes funções de coordenação [...] (Bresser Pereira, 1996, p. 57).

Pelo fato da diminuição estatal em determinados setores, a coordenação é realizada pelas agências reguladoras, criadas como método de fiscalizar e regular setores que passaram pelo processo de privatização, no qual o Estado delegou estas atividades à iniciativa privada. Desta maneira, houve a necessidade de um órgão neutro, que fosse capaz de fiscalizar e editar normas, acerca das atividades ora repassadas ao particular, com o objetivo de uma melhor qualidade, modicidade tarifária e continuidade na prestação de serviços aos usuários.

Visto que o Estado possui esta gama de agências, existe o potencial de disseminar novas ideias aos setores regulados, podendo impulsionar o desenvolvimento tecnológico, abrindo novas oportunidades e interações entre os agentes, ou seja, atua como catalisador de mudanças (Mazzucato, 2014).

Cabe à agência reguladora garantir o equilíbrio entre os interesses do governo, empresas reguladas e os usuários, mantendo-se equidistantes dos interesses dos grupos de pressão, sejam eles prestadores ou não.

No tocante a desestatização constatou-se, a partir dos estudos realizados, que o modelo de regulação passou por três momentos. Primeiramente, entre 1996 e 1997, incluem-se as agências reguladoras, que possuem relação com as privatizações ocorridas naquele período, bem como a quebra do monopólio estatal em determinados setores, por exemplo, no campo do fornecimento de energia e distribuição elétrica, mas com a fiscalização e diretrizes emanadas pela Agência de Energia Elétrica (ANEEL); em segundo momento de 1999 e 2000, a busca pela eficiência e modernização do Estado, até pela influência da EC 19/98, e, por fim, houve o terceiro período entre 2001 e 2005, classificando as agências pela natureza de suas atividades.

No que tange às agências reguladoras, a Lei nº 13.848/2019, visa padronizar os procedimentos. Desde a reforma instituída por Luiz Carlos Bresser Pereira, implementaram-se modelos de regulação que atuam em diversos segmentos, como pode ser observado na Figura 1:

Figura 1 - Agências Reguladoras Federais

Agência	Lei de criação	Principal tipo de regulação	Foco da atividade regulatória
Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)	Lei nº 9.427 (26/12/1996)	Econômica	Produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica
Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel)	Lei nº 9.472 (16/7/1997)	Econômica	Serviços de telecomunicações
Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)	Lei nº 9.478 (6/8/1997)	Econômica	Indústrias de petróleo, gás natural e de biocombustíveis
Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)	Lei nº 9.782 (26/11/1999)	Social	Comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária
Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)	Lei nº 9.961 (28/11/2000)	Social	Assistência suplementar à saúde
Agência Nacional de Águas (ANA)	Lei nº 9.984 (17/7/2000)	Ambiental	Recursos hídricos
Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq)	Lei nº 10.233 (5/6/2001)	Econômica	Infraestrutura de transportes aquaviários
Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT)	Lei nº 10.233 (5/6/2001)	Econômica	Infraestrutura de transportes terrestres
Agência Nacional do Cinema (Ancine)	Medida Provisória (MP) nº 2.228 (6/9/2001)	Social	Cadeia produtiva do cinema e do audiovisual
Agência Nacional de Aviação (Anac)	Lei nº 11.182 (27/9/2005)	Econômica	Infraestrutura aeronáutica e aeroportuária
Agência Nacional de Mineração (ANM)	Lei nº 13.575 (26/12/2017)	Econômica	Recursos minerais e pesquisas geológicas/minerais, tecnologia mineral e exercício das atividades de mineração

Fonte: Cunha; Goellner (2020).

Pode ser verificado que existe um complexo de agências que atuam em diferentes áreas, e com diversos tipos de regulação, tanto em setores econômicos e sociais. Logo, quando há referência, no que diz respeito a tarifas e preços tem-se a regulação econômica acerca de temas como segurança e saúde, onde existe uma regulação social, por intermédio de alguma agência responsável dentro deste setor, tendo, como exemplo, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) (Pó; Abrucio, 2006).

Em todo ambiente de privatização, o serviço público requer a regulação, mas para que haja o equilíbrio na relação entre todos os autores envolvidos, como governo, regulado e usuário, é imperioso, como visto, que a agência reguladora tenha neutralidade no momento da edição de normatizações e fiscalização. Assim sendo, são caracterizadas como autarquias especiais, na qual possuem prerrogativas no que tange a indicação dos seus dirigentes, detentores de mandato fixo, forma de permanência teoricamente independente em relação ao Poder Executivo, juízo técnico nas decisões e o período de quarentena a ser respeitado pelo dirigente, após o término do mandato.

Foi outorgada às agências reguladoras uma maior discricionariedade nas tomadas de suas decisões, a fim de que decisões técnicas predominassem sobre as vontades políticas dos governantes e das interferências externas, por serem compostas de agentes do Estado. Para garantir tal objetivo,

decidiu-se por uma maior autonomia político-administrativa e econômico-financeira (Castro, 2019, p. 6-7).

Reforça-se que a agência reguladora é criada mediante lei específica conforme determinação do art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal, que deverá seguir os mandamentos legais da norma instituidora e como verificado são dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, que atuam em um ponto equidistante entre os interesses envolvidos nesta relação, de forma a evitar eventuais pressões conjunturais, porém no decorrer do trabalho, analisar-se-á que algumas circunstâncias acabam favorecendo que ocorra o fenômeno da captura, exemplificativamente, a baixa participação popular.

Além deste fator um ponto a ser observado é que o processo de criação das agências reguladoras no Brasil, ocorreu durante as privatizações ou após a concretização da venda das estatais em leilão, ou seja, não houve uma análise e preparação anterior do modelo de regulação a ser colocado em prática, ficando evidenciado que algumas deficiências poderiam ser evitadas antes que algumas destas atividades fossem repassadas para a iniciativa privada.

5. TEORIA DA CAPTURA E A INFLUÊNCIA NO SETOR PÚBLICO

O modelo regulatório no Brasil é assentado em diversos mecanismos essenciais às políticas de incentivo ao desenvolvimento socioeconômico, havendo um misto de modelos voltados para o fomento à concorrência e outros direcionados à correção das falhas de mercado, deste modo abolir a regulação seria entrar em um caminho da ineficiência, isto é, facilitar a captura das agências reguladoras em prol de interesses individuais.

Problemas das falhas de mercado são reais e o governo deve cumprir um papel ativo para superar e garantir o desenvolvimento eficiente e equitativo da economia, e como verificado no trabalho em um ambiente de privatização, o serviço público requer a regulação.

Ademais, a função regulatória, à medida que o processo de privatização ocorreu, resultou nas agências reguladoras, com intuito de promover e tornar o Estado mais eficiente, no objetivo de fiscalizar e regular áreas que passaram pelo processo de desestatização, por intermédio de concessão, permissão ou autorização às empresas privadas, que devem prestar um serviço de qualidade e com continuidade ao usuário. Como aprofundado anteriormente, a agência reguladora em tese seria um elo de equilíbrio entre todos os agentes envolvidos, mas alguns fatores fazem com que coloque em risco essa característica de neutralidade.

Desta maneira a função destes órgãos é dificultar este poder de mercado em defesa da concorrência, coibindo políticas que tencionem suprimir a competitividade, com a finalidade de evitar, tendo como exemplo, cartéis, vendas casadas e abuso de poder econômico.

Importante destacar que o art. 174 da Constituição Federal determina que o agente normativo e regulador da atividade econômica exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

No contexto atual no que diz respeito ao papel das agências, identificou-se diversos problemas que necessitam ser sanados, como:

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 outras. 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 (Farias; Guerra; Alves, 2016, p. 228).

Destes aspectos, observou-se a teoria da captura diante da interferência política, pessoal e econômica que atinge os usuários-consumidores, acabando por impedir decisões de cunho técnico e partindo para interesses próprios.

Importante frisar que o fenômeno da captura é originário dos Estados Unidos da América, sendo desenvolvida a partir dos estudos de George Stigler (*The Theory of Economic Regulation*) em 1971, considerado o marco dessas discussões, ora pertencentes à Escola de Economia de Chicago.

Assim, por definição, a teoria da captura, ocorre quando interesses privados, ainda que não preponderem no início, acabam por ultrapassar os motivos do interesse público, visto que as agências reguladoras acabam por se curvar à influência dominante dos regulados ou serem capturadas pelos seus interesses (Salomão Filho, 2001).

Destarte, pelas análises efetuadas, são observados outros pontos que contribuem para que a captura incida sobre estes órgãos, como a falta de quadro de técnicos especializados, debilidade das instituições, criação das agências reguladoras durante o processo de desestatização ou após a concretização, bem como a discricionariedade das decisões técnicas, pois por vezes amparado pela súmula 473 do STF (Supremo Tribunal Federal), o próprio órgão ou entidade pode anular ou revogar seus atos quando eivados por ilegalidade ou pela conveniência e oportunidade, que neste último cerne, trata-se de controle de mérito. Ocorre que o dirigente, pode abusar deste poder discricionário, para atuar em prol de interesses obscuros que inspiram a captura destas agências reguladoras e prejudicam o interesse público.

Sucedese que, o mérito administrativo encontra fundamento no fator subjetivo do dirigente da agência reguladora, que irá examinar o caso em concreto e decidir de acordo com os requisitos íntimos para a aplicação da conduta. Este

comportamento demasiadamente incerto, se encontra no âmbito da discricionariedade do agente público, que pode ser utilizado como fuga ao interesse público (De Lira, 2015).

Foi examinado que o setor regulado contempla muito mais informação técnica do que efetivamente o segmento dos usuários do serviço público que, na maioria das vezes, não possui o conhecimento técnico adequado e também, pelo fator econômico, acabam exercendo pressão no âmbito das agências. Portanto, a captura regulatória é este evento de possibilidade de submissão da atuação da agência regulatória, capturada para os interesses mais imediatos do setor regulado, pois este detém informações privilegiadas e pressiona, para que o conteúdo da regulação lhe beneficie muito mais do que beneficiaria aos interesses coletivos. Por isso é muito importante que haja um exame da perspectiva de verificação crítica e como está sendo feita a atuação da agência reguladora, para que ela não seja capturada pelos interesses mais imediatos dos setores regulados.

Salienta-se que esta é uma situação de captura econômica, decorrente do setor privado, pois, diante do exercício das empresas privadas na prestação do serviço público, acaba se valendo do poder econômico, para interferir na atividade do órgão regulador. A atividade regulatória é fragilizada pelo fato que os interesses da coletividade não são os mesmos dos setores econômicos regulados.

Neste contexto, pelas pesquisas efetuadas, foi identificado o fenômeno da captura na Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), referente aos métodos aplicados aos cálculos no que diz respeito ao ajuste dos planos, porque, pela análise, há suspeita de captura, através de financiamento de campanhas eleitorais por operadoras de planos de saúde, sugerindo a captura legislativa (Scheffer; Bahia, 2011).

Ocorre que é possível a captura pelo próprio setor público, por intermédio, da vinculação da atividade regulatória aos interesses conjunturais do governo, em especial dos detentores de mandatos com intenções eleitoreiras.

De acordo com os estudos, há o reconhecimento do risco da captura por parte do poder político, haja vista que ocorre a possibilidade de as decisões exaradas pelas agências reguladoras venham a ser instrumentalizadas, como maneira de satisfação dos interesses partidários, ou seja, a captura política destes órgãos reguladores como meio de manutenção no poder.

Como constatado:

Em que pese a pretensa imparcialidade nas decisões das agências, não se pode olvidar que as atividades por elas desenvolvidas têm natureza eminentemente política, e toda atuação de natureza política é destituída de neutralidade. Até mesmo as escolhas ditas técnicas pressupõem avaliações de cunho político, pois quando a agência reguladora estabelece um rol de objetivos a atingir, ocorre uma seleção de prioridades de natureza não técnica, mas política (Melo, 2010, p.58).

No tocante à captura política dentro do serviço público, expõe-se o Projeto de Lei nº 2.896/2022, o qual prevê a redução do período da quarentena, dos indivíduos indicados às diretorias das estatais para 30 (trinta) dias. Portanto, é verificado o uso político para fins de indicação de pessoas ineptas para cargos de alta relevância, porquanto tais interferências político-partidárias, além de prejudicar os cofres públicos, geram reflexos na qualidade dos serviços comprometendo o desenvolvimento do País.

Pela exploração do tema em questão, a captura pode ser diferenciada por quatro critérios: pelo padrão ator ativo, no qual o regulador pode ser capturado tanto pela indústria ou pelo meio político; pelo tempo decorrido, isto é, existe a possibilidade de ocorrer *ex ante*, quando a regulação ainda não existe, mas tenta-se capturar o legislativo para influir na forma estrutural destas agências; pela captura *ex post*, quando já existe a regulação, porém instiga-se a tomada via poder executivo; e, por fim a captura oculta através de corrupção (Boehm, 2005).

Pode ser corroborado que tanto a captura política das agências reguladoras, quanto pela iniciativa privada, compromete o funcionamento destes órgãos, deixando de atuarem em favor dos seus principais destinatários, seja a ordem econômica ou consumidores a ela vinculados (Dias; Ferrer; Felix, 2020).

Nesse escopo, detectou-se que no campo regulatório, muitas vezes, as agências reguladoras no propósito de fiscalizar ou na criação de normas para que haja a eficiência no serviço público, necessitam de informações acerca do setor regulado, e os meios de referências são obtidas direta ou indiretamente por análises de pesquisa e mercado. Entretanto, se observa que outra imperfeição de mercado é decorrente das falhas de informação, denominadas de assimetria de informações, e que por vezes em particular o regulador tem menos informação do que a empresa prestadora de serviços, sobre os custos e demandas dos produtos, e como visto, o problema decorrente da informação assimétrica desenvolvido à luz da teoria econômica, é a seleção adversa e o risco moral.

À vista disso apurou-se que na Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) 68,69% das contribuições técnicas foram exercidas pelos agentes regulados, enquanto a participação dos entes de defesa do consumidor foi inexpressiva (Melo, 2010).

Além destes, foram verificados outros riscos significativos de captura das agências reguladoras que interferem no serviço público:

Na visão dos Especialistas em Resolução ao responderem à questão “Cite em ordem de prioridade quais seriam os três riscos mais significativos de captura existente hoje para a Agência que você trabalha?” da pesquisa de opinião, resultara, 110 (cento e dez) situações de riscos de captura, que foram agrupados em: riscos políticos, da própria agência, devido ao

regulado, ao servidor, à assimetria de informações e outros (Rodrigues, 2011, p. 6).

Na pesquisa, identificou-se que existem setores, nos quais a disciplina regulatória enfrenta problemas, principalmente no campo bancário e aéreo. Ambos os casos, há ausência de compromisso por um ambiente competitivo, portanto é necessário uma fiscalização ativa e correccional de procedimentos financeiros e de segurança em geral, por outro lado é salutar a atuação das agências reguladoras para a prevenção (Salomão Filho, 2001).

Atualmente, o ordenamento jurídico traz alguns meios de controle para fins de preservação da neutralidade das agências reguladoras. Apesar disso, foi constatado que são insuficientes.

De primeiro plano o controle interno, que é exercido pela própria Administração Pública, ou seja, o próprio órgão regulador diante da ilegalidade ou pela sua conveniência e oportunidade revê seus próprios atos e pode anular ou revogá-los, tendo em vista artigo 53 da Lei nº 9.784/1999. No entanto, como visto, o mérito administrativo encontra fundamento na discricionariedade do dirigente do órgão regulador, que por vezes abusa deste poder, utilizando-o como maneira de fuga dos interesses públicos, camuflado sob o pretexto presunção de legalidade. Também existe o controle externo, exercido pelo Poder Legislativo com auxílio do Tribunal de Contas, e do Poder Judiciário, que efetuará o controle no tocante a legalidade dos atos normativos das agências, além da fiscalização do Ministério Público e da própria sociedade.

O método de controle externo até então segundo os estudos, demonstrou ser mais eficaz para a contenção de atos abusivos e ilegais, visto que este sistema de freios e contrapesos, em conjunto com participação popular nas audiências públicas é elementar para seja efetivamente atingida a eficiência almejada.

No decorrer da investigação, foram apuradas medidas que possam minimizar ou eliminar a captura, como a divulgação permanente dos direitos dos consumidores-usuários; corpo instrutório técnico e independente com remuneração adequada e concursada; auditorias permanentes das condições de execução do contrato; cláusulas de incentivo para buscar comportamentos positivos; transparência das informações; audiências de conciliação com participação do governo, usuários e prestadores de serviço (Rogedo, 2018).

Por fim, pode ser constatado que a consolidação do Estado Regulador, se dá por meio das agências reguladoras, integrantes da Administração Pública Indireta e cabe a estes órgãos harmonizarem os interesses privados dos regulados, usuários e governamentais. Deste modo a importância de se haver a autonomia e independência do regulador, que são fundamentais para a estruturação de um mercado regulado, não nos moldes centralizador, mas harmônico que trará eficiência e segurança jurídica, evitando-se a incidência da captura das agências reguladoras.

6. CONCLUSÃO

Pelas análises efetuadas, pode ser verificado que o Estado sofreu transformações no decorrer do tempo, passando do Estado Absolutista até o modelo atual de Estado Neoliberal, caracterizado pela participação no campo econômico e social, pelo qual o governo exerce o papel de fiscalizador, fomentador e de incentivador, regulando a ordem socioeconômica.

No Brasil, a transição ocorreu quando o Estado Social, ora intervencionista, detinha a centralização de poder e atuava diretamente na economia, mas acabou se demonstrando ineficiente, pois foi constatada nos estudos uma hipertrofia da máquina estatal, o que gerou efeitos negativos tanto no aspecto social como econômico, haja vista a prestação direta de serviços públicos ineficazes como, tal como, ocorria no sistema de telecomunicações e energia, além da ausência de estabilidade de regras regulatórias, infraestrutura insuficiente e a inflação que assolava o País.

Com os efeitos da globalização e após a vigência da Constituição Federal de 1988, que demanda a qualidade na prestação dos serviços públicos e a consonância do campo econômico com o social, e por influências do neoliberalismo, o Estado decide-se retirar da intervenção econômica direta, delegando para iniciativa privada atividades antes prestadas diretamente pelo Estado, ou seja, projeta-se os parâmetros do Estado Regulador, o qual irá ser competente na fiscalização, planejamento e regulação da exploração privada dos serviços públicos.

Aprofundando o tema, pode ser observado que no processo de desestatização, deve haver a regulação, como meio de se proteger a concorrência e os usuários que utilizam os serviços prestados pelos regulados. Embora haja regulação ineficiente, também existem falhas de mercado, e o Estado Regulador deve cumprir um comportamento ativo para superá-las e asseverar o desenvolvimento eficiente.

Fica claro que a mutação para este novo modelo estatal visa uma atuação não plenamente liberal e também, por ora, não demasiadamente interventor, e por esta retração da atuação direta do Estado no domínio econômico, e pelas políticas implementadas pelo governo FHC e pelo papel empreendedor de Luiz Carlos Bresser Pereira, surge o início das agências reguladoras, inspiradas pelo direito norte-americano.

A partir dos dados obtidos e levantados, o marco inicial se dá através do Plano Nacional de Desestatização (PND), Lei nº 8.031 de 1990, alterado após a Lei nº 9.491/1997, Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) de 1995, tal como pelas Emendas Constitucionais nº 08 (EC 08/1995), nº 09 (EC 09/1995) e nº 19 (EC 19/98).

Neste cenário, a agência reguladora integrante da Administração Pública Indireta possui natureza de autarquia especial, dotada, a princípio, de autonomia técnica com poder de editar normas para regulação de determinados setores, que se encontram nas mãos da iniciativa privada, com objetivo de trazer melhores condições na prestação do serviço, qualidade, modicidade tarifária, universalidade

e continuidade garantindo o desenvolvimento econômico e social. Frisa-se que o órgão regulador é instrumento de harmonização entre os interesses dos usuários, regulados e governo, porém estas agências reguladoras acabaram surgindo durante o processo de desestatização ou após o término do processo, evidenciando um fator problemático, haja vista que sequer houve a preparação destes órgãos seja estrutural, técnica e científica, pois conforme verificado, por vezes os regulados detêm mais conhecimento em determinadas áreas do que o próprio ente regulador.

Outro ponto é que, no momento das privatizações que demandou no Estado como regulador, não houve uma reforma das funções governamentais, uma vez que as falhas de mercado ter a possibilidade de serem corrigidas via regulação, ocorre falhas de governo desde a ineficiência, corrupção e o risco de captura.

Todavia constata-se que as atividades regulatórias estão sob constantes pressões com sérios riscos de serem capturadas, seja pelas empresas que prestam serviços, valendo-se do poder econômico influenciando nas decisões destas agências, bem como pelo próprio ente público, em especial os detentores de mandato que possuem interesse na captura para manutenção do poder.

Notou-se, que apesar de existir o controle quanto às atividades dos órgãos reguladores, ficou demonstrado que são insuficientes, uma vez que falta a aplicação de medidas como, corpo técnico instruído com remuneração adequada, cláusulas de incentivo na busca de comportamentos positivos, audiências de conciliação entre os envolvidos, transparência e auditoria permanente das condições de execução dos contratos firmados com a Administração Pública. Assim, com aplicação destas medidas propostas, a incidência de captura será minimizada, bem como é significativo que haja uma maior participação popular nas audiências públicas, visto que atualmente é quase inexistente.

Em suma, o modelo no momento presente, apesar de avanços durante o processo de desestatização, se mostra carente isso não quer dizer que se deve abandonar este paradigma, mas sim aperfeiçoar as formas de controle, analisando as medidas propostas pelos estudiosos acerca da regulação e viabilizar a introdução destes parâmetros, para que se possa reestruturar este modelo em busca da efetivação consciente e moral nas decisões em prol do melhor interesse público.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do Direito Nacional ao Direito Supranacional**. São Paulo: Atlas, 2019, p. 110.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 229.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral Do Estado**. Rio de Janeiro: Globo, 1986, p. 6.



BARROSO, Luis Roberto. **Agências Reguladoras: Constituição, Transformação do Estado e Legitimidade Democrática**. São Paulo: Fórum, 2011, p. 285-286.

BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Rio de Janeiro, v. 240, n. 3, p. 147-167, ago./set. 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43622>. Acesso em: 10 jul. 2023.

BOEHM, Frédéric. Corrupción Y Captura Em La Regulación De Los Servicios Públicos. **Revista de Economía Institucional**, Bogotá, v. 7, n. 13, p. 245-263, dez. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.org.co/pdf/rei/v7n13/v7n13a10.pdf>. Acesso em: 22 maio. 2023.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 139.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Burocracia Pública e Estado no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 1, p. 1-65, set./nov. 2007. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4294808/mod_resource/content/1/Luiz%20Carlos%20Bresser%20Pereira.pdf. Acesso em: 26 jul. 2023.

923

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil**. São Paulo: Ed. 34, 1996, p. 57.

CASTRO, Roberto Carvalho de. **A Teoria da Captura e a Independência na Tomada de Decisões das Agências Reguladoras: A Prejudicialidade aos Direitos do Usuário - Consumidor**. 2019. Trabalho de conclusão de curso (Pós-Graduação *Lato Sensu*) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2019/pdf/RobertoCarvalhodeCastro.pdf. Acesso em: 29 abr. 2023.

CUNHA, Bruno Queiroz; GOELLNER, Isabella de Araújo. **As Agências Reguladoras Brasileiras no Século XXI: enraizamento institucional e características organizacionais em perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Ipea, 2020. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10944/1/AgenciasReguladorasBrasileiras_cap09.pdf. Acesso em: 22 Mar. 2024.



DE LIRA, Marília Gabriela de Amp de. Teoria da Captura no Brasil. **Revista Eletrônica da Estácio Recife**, Recife, v. 1, n. 1, p.1-10, 2015. Disponível em: <https://reer.emnuvens.com.br/reer/issue/view/6/showToc>. Acesso em: 22 mai. 2023.

DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich; FELIX, Bruno Galoppini. Intervenção Regulatória no Domínio Econômico e a Teoria da Captura. **Revista Direito & Desenvolvimento da Unicatólica**, Quixadá, v. 3, n. 1, p. 46-58, mai. 2020. Disponível em: <https://reservas.fcrs.edu.br/index.php/red/article/view/3247>. Acesso em: 20 jul. 2023.

FARIAS, Carlos Frederico Nóbrega; GUERRA, Gustavo Rabay; ALVES, Renato José Ramalho. Regulação setorial no brasil e teoria da captura de agências: lineamentos históricos, concepção e desafios para um modelo regulatório independente. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 43, p. 216-233, 2016. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1829>. Acesso em: 03 maio. 2023.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. 1. ed. Barueri: Manole, 2003, p. 119.

LOCKE, John. **Os Grandes Filósofos do Direito**: leituras escolhidas em direito. In: MORRIS, Clarence (org.); Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 151.

MANKIW, N. Gregory. **Princípios de microeconomia**. Trad. Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning, 2016, p. 12-22.

MAZZUCATO, Mariana. **O Estado Empreendedor**: desmascarando o mito do setor público vs. Setor privado. Trad. Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio Penguin, 2014, p. 94.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 335.

MELO, Thiago Dellazari. **A Captura das Agências Reguladoras**: Uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador. 2010. 127 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3967>. Acesso em: 25 jul.2023.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma Administrativa e Burocracia**: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012, p. 58-91.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal**: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 26-141.

OLIVEIRA, Roberson de; GENNARI, Adilson Marques. **História do Pensamento Econômico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 25.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 253.

PÓ, Marcos Vinicius; ABRUCIO, Fernando Luiz. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, p. 679-698, jul./ago.2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/kbfYjBY7wrTrB6CYF9PrRnK/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 jul. 2023.

RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do estado de direito ao estado democrático de direito. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2023, p. 49.

RODRIGUES, Antônio Sérgio. Assimetria de Informações e o Risco de Captura de Agência Reguladora. **Revista ANTT**, Brasília, v. 3, n. 1, 2011. Disponível em: https://seminario.antt.gov.br/index.php/content/view/15199/ASSIMETRIA_DE_INFORMACOES_E_O_RISCO_DE_CAPTURA_DE_AGENCIA_REGULADORA.html. Acesso em: 20 maio. 2023.

ROGEDO, Ivan. **Independência das Agências Reguladoras e a Atuação do TCU**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F669CF56C0166CFC15CD529E4>. Acesso em: 25 abr. 2023.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica** (Princípios e Fundamentos Jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 14-48.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 346.

SCHEFFER, Mário; BAHIA, Lígia. Representação Política e interesses particulares na saúde: O caso do financiamento de campanhas eleitorais pelas empresas de planos de saúde privados no Brasil. **Revista Interface**, Botucatu, v. 15, n. 38, p. 947-956, jul./set. 2011. Disponível em:
<https://www.scielo.br/j/icse/a/DHRyKZMfWcDVbsmtSmt48Nj/?lang=pt>. Acesso em: 19 maio. 2023.

TAVARAES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 263.

