



TEORIA DA CAPTURA NO BRASIL

Marília Gabriela de A. M. P. de Lira¹

¹ Faculdade Estácio Recife – FIR
, Av. Engenheiro Abdias de Carvalho, nº 1678 - Madalena, Recife - PE, 50720-635
mgamp_direito@hotmail.com

Resumo: Os problemas atinentes às agências reguladoras são de diversas conotações. Sob o ponto de vista político, o que acontece são intervenções contínuas, conhecida tecnicamente como captura política, quando se observa a prática de influência de autoridades políticas nas decisões das agências e na sua forma de regular. Isto ocorre em virtude dos benefícios concedidos pelas empresas reguladas, que em época de eleição fazem doações de recursos para o financiamento das campanhas eleitorais, e em troca da vitória política, há uma regulação disfarçada sobre as empresas aliadas, não aplicando sanções mediante práticas anticoncorrenciais, prejudicando a coletividade na utilização dos bens e serviços dispostos de qualquer forma. O trabalho visa demonstrar a razão das falhas referentes à atuação das agências reguladoras, bem como objetiva propor como solução à captura a efetivação do controle. A pesquisa foi efetivada com base no modelo metodológico bibliográfico e dedutivo.

Abstract: There are a lot of problems about the regulatory agencies. From a political point of view, what are continuous interventions, technically known politic capture, when observed the practice of influence of political authorities in the decisions of the agencies and in the way they regulate. This occurs because of the benefits granted by the regulated companies, that at election time make donations of funds to finance election campaigns, and in exchange for political victory, there is a disguised regulation of the allied companies, not applying sanctions by anti-competitive practices, affecting the community in the use of ready goods and services anyway. The work aims to demonstrate the reason for the failures relating to the actions of regulatory agency, and aims to propose as a solution to capture the effectiveness of control. The research was carried out based on bibliographical and deductive methodological model.

1. Introdução

As Agências Reguladoras brasileiras surgiram como um dos resultados das Reformas Administrativas, ocorridas na década de noventa, em virtude da necessidade de reorganização do papel do Estado, o qual atuava anteriormente como fiscalizador e empresário de maneira concomitante.

O Estado por se encontrar repleto de atribuições, sem condições de efetivá-las de maneira eficaz devido à carência de recursos, resolveu arrecadar fundos com as privatizações, passando algumas de suas tarefas para a iniciativa privada, e fazendo necessário que um terceiro independente atuasse na fiscalização e regulação das atividades prestadas pelos empresários aos cidadãos.

Com a privatização, houve então a necessidade de que um órgão neutro efetivasse as fiscalizações sobre os serviços realizados pelas empresas licitadas, eis que a figura do estado empresário se faz presente, por meio das empresas públicas e sociedades de economia mista, o que desencadeou a aparição das agências reguladoras.

Tudo isto teve como pano de fundo a imprescindível neutralidade política e econômica das agências. Além disso, uma atuação com maior parcela de autonomia e eficácia do setor fiscalizador, estabelecendo uma relação de vinculação em relação aos Ministérios referentes às matérias reguladas, não cabendo a submissão de suas decisões ao crivo dos Poderes Constituídos Constitucionalmente, exceto a intervenção judicial cabível quando se tratarem de decisões eivadas de ilegalidade. É certo que o modelo agenciário brasileiro teve seu papel importado do modelo norte americano das *independent agencies*, as quais foram criadas para normatizar as companhias ferroviárias em virtude do desconhecimento da matéria pelo legislativo, e porque o setor exercia prática abusiva ao cobrar taxas muito altas aos consumidores.¹

Nos Estados Unidos, recebeu a denominação de *Comissions*, com autonomia reforçada, especialização e uso de procedimentos mais flexíveis e céleres, sendo competentes para exercer funções normativas, executivas e quase-judiciais, sendo configuradas como verdadeiro quarto poder de Estado.²

No Brasil, é válido mencionar que em virtude da Constituição ter trazido os entes da Administração Indireta, consubstanciados em meio à Magna Carta em momento anterior ao surgimento das agências reguladoras, restou para a configuração destas a denominação de autarquias especiais, visualizada como autarquias *sui generis*, em virtude, de seu amplo leque autonômico. Neste condão, se percebe que a atividade de regulação, a qual abrange tanto a fiscalização, quanto a normatização, passou a ser realizada por estes entes. Ocorre que, no que tange ao uso do Poder Normativo, não obstante ser condizente com as atividades administrativas, vem causando exorbitâncias e abusos pelos gestores e diretores das entidades.

2. Fundamentação Teórica

As agências reguladoras foram criadas para fiscalizar e regular setores que sofreram o processo de privatização e que passaram a ter seus serviços prestados mediante concessão às empresas privadas licitadas para oferecerem o serviço público, bem como para regular o exercício das atividades econômicas.

Ocorre que não raras vezes, as empresas escolhidas para prestarem os tais serviços terminam não fornecendo uma prestação de qualidade à população, que por sua vez utiliza as vias administrativas e judiciais para efetivar reclamações frente ao ente regulador, que não observa e nem pune de forma veemente estes prestadores de serviço.

Mas, os entes reguladores, muitas vezes não tem interesse em punir os transgressores às leis concorrenciais e consumeristas, notadamente por conta de interesses pessoais de caráter político, ou seja, a própria agência se beneficia das empresas prestadoras do mau serviço.

Neste íterim, as empresas criam laços de dominação sobre os fiscais, impedindo que estes efetivem seu verdadeiro papel, e com isso prejudicam a eficiência da regulação, que funciona por amostragem, e que impede a concretização do Princípio da Legalidade na administração pública.

Não obstante, as agências reguladoras por serem caracterizadas como autarquias especiais, possuem prerrogativas no que tange ao modo de indicação de seus dirigentes e a sua forma de permanência, assegurada com certa independência,

¹ MARTINEZ, Maria Salvador. **Autoridades Independientes**. Barcelona: Ariel, 2002, p. 87-135

² Idem

teoricamente, em relação ao Poder Executivo, e assim aos Ministérios em que haja vinculação.

Dessa forma, conforme o art. 52, f, III da Constituição Federal de 88 c/c art. 5º da Lei 9.986/00 (18/07/00), que trata dos recursos humanos das agências reguladoras, os conselheiros são indicados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado, eles devem possuir conhecimento técnico sobre a matéria regulamentada pela agência, possuindo mandatos fixos e não são demissíveis *ad nutum*, isto é, seus cargos não são de livre exoneração, eis que só os perdem em caso de renúncia, condenação transitada em julgado ou quando respondem a processo administrativo disciplinar na dicção do art. 9º da referida lei.³

Este caráter deveria servir como uma maneira de o dirigente melhor executar suas funções, sem haver interferências políticas no exercício da regulação.

Porém, surge outro argumento em relação à indicação dos dirigentes conforme este fenômeno, que elenca a ausência de representatividade popular, ausência de democraticidade, em virtude da não eleição pelo povo dos ocupantes dos cargos de direção das agências.⁴

Contudo, se a lei assegura que eles assim devem ser indicados, e se quem elabora as leis tem poder conferido mediante eleições diretas em razão dos representantes do povo, exercentes dos cargos parlamentares, conclui-se a parcela democrática na efetivação de seus mandatos. Percebe-se que as decisões das agências se enquadram em dois pilares básicos, a tecnicidade para não contradizer a perícia em juízo, e também a aceitação popular, para que não haja perda eleitoral, albergando as aspirações populares. Contudo, isto tem gerado muitas vezes decisões inadequadas, conforme se depreende dos acórdãos a seguir vergastados.

Utiliza-se a tecnicidade da agência como um instrumento legítimo para acobertar o atendimento de caprichos políticos, revestindo-os com critérios aparentemente apropriados, consubstanciados na falsa discricionariedade administrativa.

A hipótese mais evidente consiste na utilização da agência em benefício dos interesses do Executivo. Decisões que poderiam ser objeto de controle e impugnação, se adotadas através do Executivo, são formalmente praticadas por uma agência. O efeito prático consiste na atenuação das críticas, na ampliação da autonomia governativa e na redução do sistema de controles sobre o governo. Mascara-se a decisão puramente política mediante sua implementação por meio de uma agência, a qual invoca critérios técnicos para produzir aquilo que é pura e simplesmente determinação oriunda de instâncias políticas superiores.⁵

Vislumbrando a minoração das intervenções entre regulador e regulado, os dirigentes são impedidos de exercerem cargos nas empresas reguladas ao término de

³ Art. 52 - Compete privativamente ao Senado Federal: III - aprovar previamente, por voto secreto, após argüição pública, a escolha de: f) titulares de outros cargos que a lei determinar; Art. 5º O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal. Parágrafo único. O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente será nomeado pelo Presidente da República dentre os integrantes do Conselho Diretor ou da Diretoria, respectivamente, e investido na função pelo prazo fixado no ato de nomeação.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**, São Paulo: Dialética, 2002, p. 356

⁵ JUSTTEN FILHO, Marçal, op, cit, p. 373

seu mandato por um período denominado quarentena, a fim de impedir que durante o lapso de quatro meses, haja incursões nas decisões da empresa, impedindo benefícios políticos em razão da prévia vinculação ao órgão regulador, e que portanto, deve ser preservada a distância por este período entre o ex diretor regulador e a empresa regulada, sob pena de cominação no crime de advocacia administrativa, conforme art. 8º, §4º da Lei 9.986/00.

Acontece que, os dirigentes para sofrerem a indicação do governo federal arcam com o ônus de efetivar uma política com base nos interesses políticos partidários que estão no comando do governo no momento de sua indicação.

Isto tem atrapalhado de forma abrupta o exercício da regulação, uma vez que a ideia da criação dos entes reguladores foi a possibilidade do exercício de uma atividade envolta de imparcialidade quando toma decisões em virtude da fiscalização sobre as empresas prestadoras de serviços à população.

Mas o que se percebe é que o ente regulador termina sendo capturado pela empresa, que em troca de uma falsa fiscalização disponibiliza fundos aos partidos políticos, que em contrapartida também elaboram regulamentos capturados, parciais e atrelados aos interesses da empresa e não da sociedade demandante de melhorias dos serviços públicos.

(...) a competência para produção de regulação propicia a formação de grandes núcleos de poder político. A função regulatória reservada a determinados cargos torna-os especialmente relevantes no quadro da partilha de poder político-partidário. Como decorrência, incrementa-se a disputa pela titularidade dos aludidos cargos e funções. O acesso aos cargos públicos correspondentes e a permanência neles deixa de ser dependente de virtudes ou qualidades pessoais do ocupante, para transformar-se em vicissitude política. Aquilo que se poderia identificar como *geopolítica partidária* resulta numa espécie de *feudalização* das estruturas burocráticas. Determinados partidos políticos aderem ao governante mediante a obtenção do controle político sobre os órgãos encarregados da regulação. Os correligionários são indicados para ocupação de certas áreas (regulatórias, inclusive), independentemente de maior ou menor qualificação pessoal. Daí deriva a consagração de uma filosofia regulatória trágica, consistente na sua instrumentalização para projetos políticos individuais ou partidários. A regulação se configura, então, eivada de subjetivismo, parcialidade e de contradição com a técnica.⁶

Este argumento será bem demonstrado a seguir, a respeito da captura econômica, por meio do acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região proferido em meio a Apelação Cível nº 342.739, fazendo alusão ao decisum do STF acerca da matéria, em outra análise jurisprudencial.

Percebe-se a clara ausência de autonomia dos entes reguladores, em meio às interferências políticas existentes sobre a atividade de regulação e os interesses do mercado que desvirtuam o motivo por meio do qual eles foram criados, levando a sua ineficiência, proporcionando o abarrotamento do judiciário por inúmeras demandas dos reclamantes em relação aos maus prestadores de serviços à coletividade, e impedindo que haja celeridade na decisão, em meio à desproporcionalidade entre o número de julgadores e o número de litígios intentados paralelamente.

É cristalino abstrair destes argumentos que os regulamentos elaborados pelas próprias agências, pelos que preenchem os “cabides eleitorais”, são tendenciosos e variam conforme a conveniência.

⁶ JUSTTEN FILHO, Marçal, op, cit, p. 359

Mas é nítido entender que a solução do problema referente às interferências políticas nas agências reguladoras brasileiras, não está na sua dissolução dentro do sistema administrativo, a sua extinção não resolverá a questão no seu cerne, não alterará o cenário de corrupção, mas transportará a prática a quem quer que se encarregue das fiscalizações sobre as concessionárias.

De outra banda, o poder público não pode albergar para si todas as atividades econômicas e prestações de serviço público, porque não possui recursos suficientes para tanto, nem corpo técnico especializado para tal mister.

O enxugamento do estado no plano Bresser fez necessária a aparição de fiscalizações nos setores privatizados, mas enquanto a postura política e econômica brasileira não se mostrar apta a atender as melhorias da população, o problema se dissipará por muitas gerações, corroborando cada vez mais com uma ineficiente regulação setorial capturada politicamente.

Nos atrelamos a copiar o modelo de agências autônomas do sistema norte americano, com amplos poderes de regulação, por vezes acusados de usurpação de poderes legislativos e executivos do Presidente da República, sem dar conta de que nossa estrutura administrativa ainda se impregna dos inócuos laços históricos coloniais.

Leila Cuéllar acentua os caracteres que especificam a especialidade no regime autárquico: a independência administrativa, a autonomia financeira, a ausência de subordinação hierárquica e a previsão de estabilidade e mandato fixo de seus dirigentes. Salientando que as três primeiras se enquadram em todas as autarquias, e apenas a última a difere das demais.⁷

Depreende-se que não se concretiza a independência administrativa, eis que a relação de mera vinculação entre agência e ministérios esconde a verdadeira relação de subordinação; no que pertine à autonomia financeira, esta se liga basicamente às taxas cobradas pela fiscalização dos serviços, pois apesar de haver previsão de recebimento de recursos do Tesouro Nacional, a recepção é muito aquém das reais necessidades; com relação à ausência de subordinação hierárquica esta é maquiada porque as decisões das agências apesar de não passarem pelo crivo do poder executivo oficialmente, são lançadas conforme a vontade político partidária dos ocupantes dos cargos políticos do executivo; e a última característica sobre a estabilidade e fixidez do mandato retoma exceções que podem ser usadas contra o próprio dirigente regulador quando não houver mais interesse em sua permanência no cargo.

A falta de conhecimento técnico da matéria destes dirigentes, leva a decisões absurdas e inconstitucionais, como pode ser observado no julgamento da apelação e remessa oficial nº 1520/CE (2003.81.00.013364-1), proferido pelo TRF da 5ª Região, através do Desembargador Francisco Cavalcanti, a respeito da legalidade da tarifa devidamente corrigida nos contratos da CHESF-Coelce (Companhia Hidro Elétrica do São Francisco e Companhia Energética do Ceará) e da ANEEL-Coelce pelo índice IGP-M (Índice Geral de Preços do Mercado), reputado ilegal pela ANEEL, a qual declarou a nulidade das cláusulas contratuais que preveem o reajustamento por este índice, talvez no intuito de albergar votos ante uma decisão tendenciosa, ou até mesmo ausência de conhecimento legal.

Neste sentido discorre a ementa exarada pelo Tribunal:⁸

⁷ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 141

⁸ Disponível em: www.trf5.jus.br/archive/2009/05/200381000133641_20090505.pdf. Acesso em 25/01/2015

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E REVISÃO TARIFÁRIA. CONTROLE DE ÍNDICES PELO PODER JUDICIÁRIO. 1. Tem legitimidade o Ministério Público para propor ação civil pública referente a contrato de concessão de energia elétrica. O direito discutido envolve interesses sociais relevantes. Precedentes. 2. A utilização do índice IGP-M – média de três índices: atacado (60%), consumo (30%) e construção civil (10%) – não é ilegal. As distorções nas tarifas elétricas são causadas por outros fatores, tais como assimetria informacional, ineficiência dos controles da ANEEL, dentre outros, aspectos esses não discutidos na presente lide. 3. Impossibilidade de o Judiciário, ex officio, ampliar o objeto da lide. 4. Pedido limitado. Improcedência. Apelações e remessa necessária providas.

E dos fundamentos do relator são lançados:

A metodologia utilizada pela ANEEL é prejudicada pelas características do regulador setorial, fragilizado pelo fenômeno da **captura**, e pelos seguintes aspectos: precariedade no sistema de aferição dos ganhos de produtividade nas três áreas de concessão do setor elétrico (distribuição, transmissão e geração); assimetria informacional que tem caracterizado as planilhas de custos das concessionárias; utilização de paradigmas empresariais sem abatimento das vantagens econômico-financeiras das concessionárias brasileiras; nítida preocupação do regulador em amparar o regulado, em desequilíbrio com a posição fragilizada do usuário; falta de procedimentalização adequada como instrumento de legitimação da atuação do regulador, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos;

O grande vilão da revisão tarifária não é o IGP-M (ou qualquer índice de preço), mas a majoração dos custos não gerenciáveis. Como regra, não há revisão tarifária que não seja muito acima do IGP-M, ou do INPC, ou do IPCA, pois o problema se encontra nos custos não gerenciáveis (parcela A);

O IGP-M é um índice médio e é a única coisa que não se pode discutir na revisão tarifária, pois presente nos contratos de concessão.

Da leitura supra, percebe-se que a agência não detém ou não demonstra ao menos possuir o conhecimento técnico da matéria, eis que se aventurou em atacar um índice previsto no contrato de concessão, e que por esta razão se reveste de inteira legalidade, não havendo razão para tal *decisum*.

Vê-se ainda que o principal ponto do problema é justamente dos custos não gerenciáveis, que representam 75% da tarifa⁹, e que terminam sendo contabilizados na conta do consumidor, culminando em reclamações contra o governo estabelecido e insatisfação política.

É por esta falta de conhecimento geral que o governo vem efetivando queda de impostos em alguns setores da economia, atendendo ao que chama a atenção da população, não sabendo esta última que tudo é compensado posteriormente em outro bem de consumo supertarifado e que o governo efetiva tão somente a substituição da cobrança do valor de um bem por outro. O feito judicial bem demonstra a realização de um efetivo controle judicial dos atos administrativos no âmbito das agências reguladoras, quando eivados de ilegalidade, ao afrontar o princípio da legalidade que lhe dá sentido e que por esta razão deve ser respeitado em todas as decisões autárquicas.

Salienta ainda a carência de conhecimento técnico dos dirigentes, que ocupam seus cargos sem o compromisso devido e a triste realidade das agências reguladoras que não tem desempenhado seu papel com veemência, mas sim através de maquiagens

⁹ CAMPOS, Giovanni Christian Nunes. Regulação do setor de energia elétrica no Brasil – Estrutura, agente regulador, distorções tarifárias e controle judicial. **Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório**, São Paulo: MP, vol. 1, 2010, p. 55

políticas para satisfazer aos pleitos de seus indicadores que clamam por uma possível reeleição e permanência na dominação do poder.

É certo que a população de um lado tem sua parcela de culpa, eis que as reuniões efetivadas pelo colegiado das agências são transmitidas inclusive via internet, para facilitar o controle social, mas, entretanto, o dito controle não se realiza em virtude de diversos aspectos, a educação que não é conferida à população sobre seus direitos civis e políticos, a cultura trabalhista que não compreende a ausência laboral para acompanhamento de questões sociais, e a economia que apenas vislumbra o cidadão como um cumpridor de metas inalcançáveis para garantir sua vaga no mercado de trabalho ou então ele será penalizado de alguma forma.

Observamos que nos Estados Unidos há nítida participação popular, eis que nada se passa sem o Parlamento discutir rigorosamente. No Brasil diferentemente, o processo representativo muito mal funciona. Ainda “seguimos Portugal”, não intervimos, não há real poder de contradição ao império.

As decisões administrativas tem sido fortemente influenciadas pela conveniência subjetiva do exercente do cargo público, inclusive se prestando a operações eticamente reprováveis destinadas a conquistar e a manter o clientelismo político.¹⁰

Não obstante, todas estas inconsistências, é bom saber que há julgados no sentido de colmatar os erros de um mal gerenciamento público, e que dão sentido a credibilidade de um dia quiçá vermos a efetivação absoluta de um Estado Democrático de Direito. Esse amplo leque de atribuição na formulação de atos favoráveis aos interesses políticos, capturando a regulação se dá muitas vezes em virtude da ampla margem de discricionariedade que a administração pública dispõe, em meio a legislações extremamente abertas, sem um mínimo de densidade que “amarre” essa conduta de maneira legítima.

É por essa razão que Francisco Cavalcanti, elenca como uma das maneiras de resolução ao problema das capturas regulatórias que proporciona uma afronta ao Princípio da Legalidade, a instituição da lei standard, suficiente para guiar a ação executiva. Cita, como exemplo de excessiva outorga de competência, denominando-a de delegação mascarada, o art. 19 da Lei nº 9.472/97 da ANATEL, bem como o art 7º da Lei nº 9782/99 da ANVISA. Neste sentido elenca o posicionamento jurisprudencial do STF, por meio da ADIN 1688/04, na qual o STF se pronunciou em relação ao supra citado art. 19 da ANATEL, fixando interpretação conforme a Constituição.¹¹

O Supremo Tribunal Federal – STF em diversas ocasiões já fixou a legitimidade da atribuição de poder normativo através de standards e finalidades genéricas estabelecidas pela lei. Em recente decisão liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 1688-DF, rel. Min. Marco Aurélio), o STF considerou constitucional a habilitação normativa efetuada pelos incisos IV e X do art 19 Lei Geral de Telecomunicações – LGT em favor da Anatel desde que esta se subordine aos preceitos legais e regulamentares pertinentes.¹²

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit, p. 592

¹¹ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade.** In: BRANDÃO, Cláudio. CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício (Coordenadores). Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro:Forense, 2009, p. 233

¹² ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Legalidade e regulamentos administrativos no direito contemporâneo. Uma análise doutrinária e jurisprudencial. **Revista de direito constitucional e internacional**, n. 41, ano 10, out-dez, 2002, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 301-302

Não obstante, é lastimável reconhecer a morosidade referente ao Legislativo brasileiro, corroborando com captura por grupos de pressão política e econômica, submetendo-os aos interesses políticos do executivo na medida em que propõe benefícios das mais variadas espécies.¹³

Vital Moreira, em Estudos de Regulação Pública, salienta a regulação efetivada pelo Estado como uma “actuação movida por um interesse econômico global, no sentido de que a sua finalidade imediata não é a produção de bens no interesse de cada um dos cidadãos, mas antes a pretensão de influir no mercado(...)”. A própria ideia de regulação estaria atrelada a um objetivo decorrente do modelo instituído.¹⁴

Nóbrega acentua que estes comportamentos tem gerado um problema crucial na regulação, a decorrente do aumento nos custos de transação em virtude de aspectos políticos e institucionais, gerando uma baixa ineficiência regulatória e repercutindo num déficit publico regulatório preocupante.¹⁵

3. Conclusão

Diante das condutas abusivas das agências reguladoras e especificamente dos casos analisados, o que resta para reprimir esses atos intoleráveis é o sistema de controle por meio dos Poderes, com o método do *checks and balances*, aventado por Montesquieu. O primeiro método de controle é o externo, que incidindo sobre ações do Executivo, será realizado pelo Legislativo e pelo Judiciário. Enquanto o Legislativo pode exercer o controle de contas juntamente com o TCU, conforme o art. 31, §1º e art. 71 da CF de 1988, pode ainda realizar as CPIs (Comissões Parlamentares de Inquérito) sobre os atos políticos abusivos, de acordo com o art. 58 §3º da CF de 1988.

Já o Judiciário efetuará controle em relação unicamente à legalidade dos atos normativos das agências reguladoras, mediante a aplicação do art. 5º, XXXV da CF de 1988, sob o manto do principio da universalidade de jurisdição. Podendo o processo ter sido deflagrado pelo Ministério Público, órgão independente, permanente e essencial à função jurisdicional em prol da defesa dos direitos e interesses da coletividade, da moralidade administrativa, do patrimônio publico e cultural, do meio ambiente e de todos os outros interesses difusos e coletivos, reconhecidamente por meio do art. 127 e do art. 129, III da CF de 1988.

Afora este, a própria sociedade, através dos cidadãos, pode deflagrar o processo no Judiciário, por meio da ação popular, baseada na Lei 4717, de 29 de junho de 1965 ou fazer uso da ação civil pública, através de qualquer pessoa, com base no art. 5º, LXXIII da CF de 1988 e na Lei 7347, de 25 de julho de 1985. Nota-se que o controle social não é muito efetivado, em virtude da passividade da sociedade, deixando que o Ministério Público abarque todas as condutas errôneas por membros da Administração Pública.

Em relação ao controle interno, este será exercido pela própria Administração, por isso é chamado de controle interno ou administrativo, que com base na Súmula 473 do STF, o próprio órgão ou entidade anulará ou revogará seus atos quando eivados de ilegalidade ou inconveniência e inoportunidade respectivamente, configurando neste último caso o controle de mérito.

¹³ Idem

¹⁴ MOREIRA, Vital. **Estudos de Regulação Pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 179

¹⁵ NÓBREGA, Marcos. **Análise econômica do direito administrativo**. In: TIMM, Luciano Benetti. Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 414

Ocorre que, o mérito administrativo encontra fundamento na subjetividade do administrador, que irá analisar o caso e decidir conforme os requisitos íntimos para a aplicação da conduta.

Sendo este comportamento demasiadamente incerto, se encontra no âmbito da discricionariedade do administrador, que em sendo utilizada com fuga ao interesse público acarretará um juízo arbitrário e abusivo.

Porém, muitos conceitos abertos tem que ser preenchidos pelo administrador público, utilizando da tal subjetividade, da discricionariedade, da conveniência e da oportunidade, para então determiná-los, por isso esses institutos devem ser utilizados sempre de maneira arrazoada, com base nos princípios da justiça e da igualdade.

O controle interno, também não tem sido realizado como instrumento neutral, para a efetivação da justiça administrativa. Mas funciona mediante a conveniência dos próprios administradores em anular ou revogar seus próprios atos. Em âmbito interno, o que se percebe são lutas políticas entre partidos com o intuito de dominar o poderio estatal.

Assim, resta-nos crer que diante da postura inaceitável das agências reguladoras, deve o controle judicial sobre esses entes, senão de maneira preventiva, de maneira repressiva, conter os atos abusivos e zelar pela moralidade administrativa.

Por fim, a maneira eficaz de combater estas práticas ilegais e abruptas efetivadas em conluio por entidades públicas e privadas, é com a efetivação de um genuíno controle social e judicial sobre a conduta dos agentes, punindo largamente este abuso, e implementando uma nova política baseada na transparência e na responsabilização ou *accountability*, eis que a fiscalização não elimina a autonomia, mas baliza os limites do poder público em prol do bem comum.

Por meio do controle externo devem ser verificados os dispêndios, licitações e contratações, a implementação de ações civis públicas e populares pelo MP em havendo necessidade de averiguação, instauração de inquérito civil público e por fim a realização do princípio da universalidade de jurisdição, em meio à possibilidade de ampla investigação sobre as atividades das agências pelo judiciário.¹⁶

O sistema de freios e contrapesos juntamente com sociedade deve acompanhar a regularidade da gestão e o cumprimento dos fins, pois a atuação das agências será tão satisfatória quanto forem os instrumentos de participação social e de efetivação da democracia.

Por tudo isto, a análise elenca o pensamento de Amaral:

O futuro das agências reguladoras no Brasil dependerá do papel que venha a ser atribuído ao Estado regulador. Este somente será forte quando se tornar efetivamente um Estado nacional, expressão de uma nação consciente, dotada da auto-estima necessária para participar do processo de globalização como sujeito, e não, como tem ocorrido atualmente, como mero objeto.¹⁷

Assim, nada mais democrático do que a participação nas consultas e audiências públicas, quando elaboram regulamentos e tomam decisões referentes a regulação social, é mister haver a reivindicação dos direitos albergados por nossa Carta Maior, para que seja efetivamente atingida a eficiência almejada através desta inovação constitucional que tem o objetivo central de atender ao interesse público no âmbito administrativo. Faz-se mister a implementação de uma maior responsabilidade, *performance audit*, aos gestores que atuam *contra legem*, quando abusam de seu poder

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit. P. 589

¹⁷ AMARAL, Antônio Carlos Cintra. Agencias reguladoras de serviços públicos, **Revista Diálogo Jurídico**, vol. 1, n. 3., Salvador: CAJ, 2001, p. 6

normativo, com maior *accountability*, transparência, aumento da participação social, imprescindível na explanação de opiniões em plebiscitos, referendos, audiências públicas, para que com a junção de todos estes fatores possa reestruturar o papel da regulação, buscar efetivação consciente e moral nas políticas públicas brasileiras, para a realização de um genuíno Estado Democrático de Direito.

Referências

- Amaral, Antônio Carlos Cintra. (2001) “Agências reguladoras de serviços públicos”, Revista Diálogo Jurídico, vol. 1, n. 3., Salvador: CAJ;
- Aragão, Alexandre dos Santos de. (2004) “Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico”, Rio de Janeiro: Forense;
- Aragão, Alexandre dos Santos de. (2002) “Legalidade e regulamentos administrativos no direito contemporâneo”. Uma análise doutrinária e jurisprudencial. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 41, ano 10, out-dez, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;
- Campos, Giovanni Christian Nunes. (2010) “Regulação do setor de energia elétrica no Brasil” – Estrutura, agente regulador, distorções tarifárias e controle judicial. Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório, São Paulo: MP, vol. 1;
- Cavalcanti, Francisco de Queiroz Bezerra. (2009) “A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade”. In: BRANDÃO, Cláudio. CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício (Coordenadores). Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro:Forense;
- Correia, Sérvulo. (1987) “Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos”, Coimbra: Almedina;
- Correia, Sérvulo. (2005) “Direito do Contencioso Administrativo”, vol. I, Lisboa: LEX;
- Cuélar, Leila. “As agências reguladoras e seu poder normativo”. (2001)São Paulo: Dialética;
- Cuélar, Leila. (2008) “Introdução às agências reguladoras brasileiras”. Belo Horizonte: Fórum;
- Di Pietro, Maria Sylvia Zanella.(2004) “Direito Regulatório: temas polêmicos”, 2. ed., rev e amp., Belo Horizonte: Fórum;
- Justen Filho, Marçal. (2002) “O direito das agências reguladoras independentes”, São Paulo: Dialética;
- Martinez, Maria Salvador. (2002) “Autoridades Independientes”. Barcelona: Ariel;
- Moreira, Vital. (2004) “Estudos de Regulação Pública”. Coimbra: Coimbra Editora;
- Nóbrega, Marcos. (2012) “Análise econômica do direito administrativo”. In: TIMM, Luciano Benetti. Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas;
- Disponível em: www.trf5.jus.br/archive/2009/05/200381000133641_20090505.pdf. Acesso em 25/01/2015.