

O FENÔMENO DA CAPTURA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS –

federalização indevida de causas
judiciais relacionadas aos setores
regulados

Paulo Calmon Nogueira da Gama

RESUMO

Trata do problema da captura de algumas das agências reguladoras, as quais têm-se comportado como sindicato das empresas submetidas a sua atuação. Cita como reflexo desse fenômeno a ausência de independência do órgão regulador e de sua política administrativa.

Explica que o fenômeno da captura também repercute na esfera judicial, materializado na intervenção das agências capturadas nas causas afetas aos setores regulados, fator que induz a tramitação dos autos perante a jurisdição federal. Alega que o resultado da federalização indevida das ações manejadas pelos consumidores pode causar a estes dificuldades óbvias, além de consolidar uma subversão das regras processuais e das condições legais de intervenção litisconsorcial ou de terceiros nos processos.

Afirma que devem ser prementes os esforços para a contenção de todos os influxos de captura, a fim de evitar os graves problemas dela advindos, os quais ocasionam o descrédito dos órgãos reguladores por parte dos usuários dos setores regulados.

PALAVRAS-CHAVE

Agência, autarquia – reguladora; risco, fenômeno – captura; intervenção; processo civil; ação coletiva; federalização, deslocamento – foro; Direito Processual Civil; Direito do Consumidor; Código de Defesa do Consumidor.

1 INTRODUÇÃO

O ambiente neoliberal que envolveu o Brasil no final do século XX, na esteira das diretrizes expostas em nossa revisada Constituição da República, levou o País a viver a sua fase mais aguda de desestatização da economia, obediente que fomos à lição ditada pelos países ricos do hemisfério norte, os timoneiros e maiores beneficiários do capitalismo globalizado.

O surto desestatizante observado na década de 1990¹ esvaziou drasticamente a exploração direta da atividade econômica pelo Estado brasileiro (no rumo traçado pelo art. 173, CF/88), dando ensejo ao afloramento de um Estado com atuação preponderantemente normativa e reguladora².

Surgiram, assim, como principais instrumentos desse novo perfil estatal, sob a inspiração do modelo norte-americano, as agências nacionais³ reguladoras – as “anas” – como a Anatel, ANP, ANA, Aneel, Anvisa, ANS, Ancine, ANTT, Antaq, entes autárquicos que, ao lado das instituições reguladoras já existentes (v.g., o Banco Central do Brasil e a Susepe), passariam a normatizar, regular, fiscalizar e executar as políticas de incentivo e planejamento⁴ dos setores mais relevantes da economia nacional.

Consoante o gênero autárquico, as agências foram criadas por leis próprias, as quais definiriam de modo particularizado⁵ suas atribuições, direção, quadros, forma de atuação, poderes e demais características.

2 O RISCO DE CAPTURA

*Pensar a regulação a partir da necessidade socioeconômica da população é condição essencial para qualquer abordagem do tema*⁶.

Ninguém desconhece que a hodierna supervalorização da tecnocracia econômica, em sua desmedida devoção ao capital⁷ (e desdém às questões sociais e humanas), gera distorções graves no modelo regulatório recém-adotado⁸, já fragilizado desde sua gênese: há casos de agências que foram criadas às pressas para ambientar (e buscar legitimar) as privatizações mais prementes, com estruturas pífias⁹, inaptas a exercer efetiva ascendência ou controle eficaz sobre setores extremamente complexos, organizados e poderosos da economia nacional.

Como resultado, algumas agências reguladoras têm-se sistematicamente comportado – indevidamente – como verdadeiros sindicatos das empresas submetidas às suas esferas de atuação. E isso ocorre ou em razão da fragilidade congênita tolerada (ou inoculada) por seu criador, ou por sucumbência ao chamado “risco da captura”¹⁰. Ou, ainda, pela conjugação dos dois fatores.

A ausência ou a diminuição de independência do órgão de regulação e de sua política administrativa em face dos agentes econômicos exploradores da atividade regulada é o reflexo desse indesejável fenômeno de captura¹¹.

No que pertine à chamada “teoria da captura”, por designação da Presidência da República, foi formado um Grupo de Trabalho Interministerial, o qual elaborou, em setembro de 2003, o relatório “Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro”. Nele se vê que: *Agravam o “risco de captura” circunstâncias como a dependência dos tomadores de decisões, a influência política, a dependência da agência reguladora em relação ao conhecimento tecnológico superior da indústria regulada, a seleção indiscriminada de quadros técnicos oriundos do setor ou indústria regulada para servir à agência, a possibilidade de futuras posições ou empregos na indústria ou setor regulado, a rotatividade dos próprios dirigentes das agências entre funções exercidas no governo e na iniciativa privada, e quando há necessidade, por parte da agência reguladora, do reconhecimento e cooperação da indústria regulada*¹².

Não é difícil identificar alguns sintomas típicos do fenômeno da captura: alguém arriscaria defender a plena independência e autonomia das agências, que autorizam exorbitantes reajustes de preços afetos às suas áreas de regulação – telefonia, energia elétrica, planos de saúde, entre outros –, em patamares inteiramente divorciados da realidade inflacionária atual ou do poder aquisitivo dos consumidores¹³?

É incrível como algumas agências – e, por vezes, o próprio Governo Federal – comportam-se como se obrigados, precipuamente, a zelar pela saúde financeira dos exploradores das atividades privatizadas, isentando-os do chamado “risco do negócio”, de modo a garantir a sua lucratividade e a “socialização” de seus eventuais prejuízos.

3 O AFÃ INTERVENTIVO – PORÉM SELETIVO – DAS CAPTURADAS E O DESLOCAMENTO DO FORO

A adoção desse novo modelo de intervenção na economia e a forma errática pela qual se desenvolve trazem grandes repercussões também na esfera judicial. Uma delas – talvez a principal – diz respeito à (quase sempre) alegada presença de interesse jurídico das autarquias de regulação nas demandas judiciais que envolvem fatos jurídicos relevantes relacionados ao seu setor.

Com efeito, na seara processual, não é raro nos depararmos com agências – em demonstrações explícitas de captura – que buscam sofregamente intervir, sem a devida base legal, nas mais diversas causas judiciais em que são demandados os agentes exploradores da atividade sob sua regulação.

Dizendo-se juridicamente interessadas, as capturadas, logrando ingressar nos processos em tramitação, hão de assumir naturalmente comportamento favorável às empresas demandadas¹⁴. Admitido o ingresso, ter-se-á transportado a lide para foro federal. Em vista do critério *ratione personae* estatuído no art. 109, I, CF/88, a eventual aceitação de interesse jurídico das agências nacionais reguladoras (autarquias federais que são), nas causas afetas aos setores regulados, tem o condão de induzir sua tramitação perante a jurisdição federal.

A federalização indevida das ações manejadas pelos usuários (ou consumidores) e por seus substitutos processuais pode causar-lhes dificuldades e transtornos óbvios. Citemos um: a menor capilaridade da Justiça Federal mitiga a facilitação do acesso do consumidor ao Judiciário (Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, VII), bem como a vantagem legal do ajuizamento no foro de seu domicílio (CDC, art. 101, I).

Mas isso não é o mais importante. Realmente preocupante é o fato de que a tendência de federalização indevida e irresponsável tem-se sustentado em grave subversão das regras (e princípios) processuais e das condições legais de intervenção litisconsorcial ou de terceiros no âmbito do processo civil.

E o pior: tendo por embasamento apenas razões e conveniências de natureza casuística, o fenômeno da federalização pouco se importa com questões de coerência jurídico-científica.

Ao que parece, para otimizar o exercício de seu atuar “capturado”, é conveniente às agências – com “toda” a sua deficiência estrutural – ter à mão no foro federal (em que atuam seus procuradores) apenas as mais importantes demandas relacionadas à sua área de atuação. Ou seja, evidenciando uma política seletiva, são eleitas para intervenção aquelas ações mais “nobres” e relevantes, como as de cunho coletivo e de efeito *erga omnes*, somente.

Em relação às inúmeras ações individuais, ontologicamente assemelhadas às coletivas (fundadas em idênticas causas de pedir), o afã intervencionista das agências capturadas curiosamente perde muito de seu vigor.

Assim, por exemplo, uma ação coletiva proposta pelo Ministério Público estadual questionando prejuízos oriundos de rubricas supostamente indevidas em fatura de energia elétrica possivelmente gerará grande movimentação da Aneel para sua intervenção no feito. Mas será que ela teria algum “interesse” em intervir nas mesmas causas ajuizadas pulverizadamente por consumidores individuais junto aos juizados especiais estaduais?¹⁵

Centenas de questionamentos individuais sobre alteração contratual obrada unilateralmente pelo fornecedor de planos de seguro foram ajuizados por consumidores na Justiça estadual sem grandes sinais de interesse interventivo da Susep. E em ação coletiva de idêntica causa de pedir, alguém arrisca dizer que a autarquia manteria (ou manterá) a mesma distância?

Na mesma linha, poderíamos multiplicar os exemplos invocando posturas conhecidas do Banco Central do Brasil, da ANS, entre outros.

4 FUNDAMENTOS DA INTERVENÇÃO DAS AGÊNCIAS

É óbvio que o interesse jurídico a justificar a intervenção de um ente de regulação federal não pode ser medido pelo critério da quantidade de pessoas alcançadas pelo objeto da ação. O que importa verdadeiramente é se o tema agitado na lide – e a respectiva decisão – alterará ou não efetivamente seu patrimônio jurídico; adentrará ou não a sua esfera de interesse juridicamente relevante; provocará ou não dano a direito seu. E é justamente essa aferição que parece estar sendo perigosamente negligenciada.

A legitimação das agências nacionais para intervir nas ações judiciais deve estar vinculada à defesa de um interesse ou direito próprio, de sua titularidade, afeto a uma situação jurídico-substancial¹⁶, já que nosso ordenamento não lhe conferiu hipóteses de substituição processual. Igualmente não lhe compete a função de custos *societatis* (tampouco de custos *legis*), a justificar sua intervenção como “parte imparcial” ou *pro societatis*, eventualmente relacionada ao critério da coletividade de pessoas alcançadas pelos efeitos do julgamento.

Tem-se *in casu* a incidência, pois, da proibição geral estatuída no art. 6º do CPC: *Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei*. Equivale a dizer que as autarquias de regulação somente estarão legitimadas a intervir nas causas cujas decisões possam invadir sua esfera de direito material ou de interesse prático direto, o que não se caracteriza pela mera avaliação do Poder Judiciário acerca da legalidade ou aplicabilidade a casos concretos de alguns de seus atos administrativos de normatização ou de situações sujeitas à sua ação fiscal.

Ou seja, até mesmo o remoto desprestígio oriundo da declaração judicial de inaplicabilidade de atos normativos não se traduz em interesse processual relevante ou hábil a legitimar o ingresso do ente de regulação nos feitos em trâmite, sequer em coadjuvação às partes.

Invocar a possibilidade de intervenção de quem regula determinado setor, só por essa circunstância, é algo como – em exercício de extrapolação – defender o ingresso do Congresso Nacional ou da União em toda questão judicial em que se aplique lei federal ou medida provisória, ou de assembléia legislativa estadual quando se invoque lei estadual, ou, ainda, da câmara municipal nas hipóteses cuidadas pela legislação local.

Diminuindo o *zoom* de nossa lente, descabe, por exemplo, a intervenção do Banco Central em causa – individual ou coletiva – na qual se discute contrato de conta corrente, cheque especial ou qualquer outro produto envolvendo cliente e banco; descabe a invocação da intervenção da Aneel nas ações relativas a corte ou cobrança abusiva de fornecimento de energia entre particulares e companhias energéticas; descabe a intervenção da ANS nas causas em que

consumidores (ou seus substitutos processuais) discutem coberturas de seus contratos de planos de saúde; da Anatel quando cliente discute cláusulas contratuais e cobranças indevidas com sua operadora de telefonia; da Anvisa na ação em que consumidor queira ver-se indenizado por aquisição de produto com prazo de validade já expirado; da ANP nas questões comerciais envolvendo distribuidora e revendedora de combustível; da União, pelo Cade ou DPDC, em litígios concorrenciais ou consumeristas. Descabe igualmente a intervenção do Corpo de Bombeiros (*rectius*, do Estado federado), ou da prefeitura (município), naqueles feitos em que, não obstante por esses órgãos autorizado a funcionar, o proprietário do estabelecimento comercial esteja a discutir cláusulas contratuais ou questões legais com seu locador, condomínio, sublocatários, fornecedores, compradores, vizinhos etc¹⁷.

Se assim não se entender, o País deve se preparar para uma drástica e imediata inversão quantitativa de nossas “jurisdições”: à Justiça estadual cível somente restará processar e julgar as causas relativas aos temas – com ares de raridade e especialidade – ainda não-submetidos a um órgão de regulação¹⁸.

Não é difícil identificar alguns sintomas típicos do fenômeno da captura: alguém arriscaria defender a plena independência e autonomia das agências, que autorizam exorbitantes reajustes de preços afetos às suas áreas de regulação – telefonia, energia elétrica, planos de saúde, entre outros –, em patamares inteiramente divorciados da realidade inflacionária atual ou do poder aquisitivo dos consumidores?

5 AFIRMAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA LOCAL

A associação "A", atuando em favor de seus associados, distribui a uma das varas cíveis de comarca do interior do estado de Minas Gerais ação civil pública em face da empresa "E" (que atua na região), na qual pleiteia a declaração de nulidade de cláusula contratual que considera abusiva, pois prevê multa de 100% sobre o valor da mensalidade (relativa a determinada prestação de serviços), em caso de atraso de pagamento. A atividade é regulada pela agência Anana que, apenas por esse motivo, peticiona alegando interesse no feito e pleiteia a remessa dos autos à Justiça Federal. Enquanto "A" não encontra qualquer razão para a intervenção de Anana, "E", satisfeita com o iminente "reforço" da agência que sabe capturada, adere à pretensão de Anana e, invocando a Súmula n. 150 do STJ¹⁹, pede seja exarado despacho declinatorio.

Não há dúvida de que a hipótese em apreço²⁰ nos indica completa ausência de justificativa de ingresso da agência na lide imaginada²¹.

Seja na avaliação de sua própria competência feita pelo juízo de origem²², seja no caso de eventual conhecimento da causa por juízo federal, dever-se-á convergir a uma mesma conclusão: a afirmação inequívoca da competência daquele órgão da Justiça estadual para processar e julgar a ação.

Inexistindo superioridade hierárquica da Justiça Federal frente à estadual, e entendendo-se competente para a causa o órgão estadual, não se justifica a cogitada decisão declinatoria, até porque não compete à primeira dirimir eventual controvérsia sobre a competência de ambas²³.

6 A DECISÃO DO STJ NO REsp. N. 431.606-SP

O Superior Tribunal de Justiça, felizmente, deu mostras recentes de estar atento à federalização indevida das causas relacionadas às atividades reguladas.

Observe-se como o contudente voto da Ministra Eliana Calmon, relatora no REsp. n. 431.606 - SP (2002/0049291-7), situa com rigor a questão objeto do presente estudo, ao repelir a tentativa inoportuna e injurídica de ingresso tardio da Anatel em ação civil pública (circunstância que implicaria o deslocamento da lide ao foro federal):

Não conheço do especial quanto aos arts. 54, 86, 93, 113 e 473 do CPC, ao art. 5º, parágrafo único da Lei n. 9.469/97; e ao art. 19 da Lei n. 9.472/97 e, respectivamente, quanto às teses neles amparadas, por falta de prequestionamento, incidindo, no caso, a Súmula 282/STF, aplicável também ao alegado dissídio jurisprudencial, em torno da Súmula 150/STJ. Limita-se, portanto, este recurso à análise da tese defendida, pela letra a do permissivo constitucional, em torno do art. 50 do CPC, quanto ao ingresso da Anatel na lide como assistente litisconsorcial simples. Este recurso especial ataca decisão terminativa para a requerente, porque foi o feito extinto para ela, embora na substância seja uma decisão interlocutória, pela qual foi negada a intervenção da Anatel no feito principal, este consubstanciado em uma ação civil pública em que o Ministério Público pretende impugnar aumento nas tarifas telefônicas. Na oportunidade em que examinei a MC 2.842/SP, argumentei: "Na espécie, temos uma ação civil pública que, proposta contra a Telesp e outra, atacando reajuste de tarifa promovida pelas rés, com o aval da Anatel, tramitou pela primeira instância, sem que a mesma tivesse interesse de ingressar no feito na defesa do seu ato. Na realidade, pediu para ingressar e depois desistiu. A Anatel assistiu imparcialmente o debate entre o IDEC e as empresas-rés, sem esboçar reação alguma, inclusive depois da sentença, que subiu ao Tribunal em grau de recurso. Por que a pressa? Como aceitar a existência do periculum in mora para quem quedou-se inerte durante o curso da demanda? Na fase em que se encontra o processo, não há perigo algum, porquanto o provimento do especial, se ocorrer, levará à nulidade do processo ab initio. Aliás, a prudência aconselha a que se aguarde o resultado do recurso especial, para não se envolver inutilmente a Justiça Federal, caso não venha a ser admitida a Anatel no feito. A paralisação da ação civil pública, apresentada como alternativa, só tem o condão de beneficiar as rés que, desde o início, tentam tumultuar o andamento da ação. Por todos os meios, vêm a Telesp e a Anatel perseguindo o deslocamento do feito para a Justiça Federal, como bem demonstra a decisão que exarei na MC 2.282/SP, cautelar ajuizada pela Telesp: Debruçada sobre o suporte fático da pretensão dedu-

zida, temos uma litisconsorte que chegou atrasada ao processo, a ação civil pública que o IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor move contra a Companhia Telefônica Borda do Campo – CTBC. Se deferido o pedido de ingresso da litisconsorte, a Anatel, haveria o deslocamento do feito para a Justiça Federal. Com o indeferimento, continuou a Justiça Estadual competente para o processo e julgamento da ação civil pública e seus incidentes. Assim postos os fatos, surge um segundo aspecto em destaque: a legitimidade da Telesp para, em medida cautelar, defender, em último ratio o ingresso da Anatel, com o já envio dos autos à Justiça Federal. Parece-me flagrante a ilegitimidade da Telesp em pleitear tal cautela, quando a interveniente já tomou as normais providências processuais, agravo de instrumento e apelação. Poder-se-ia argumentar que é interesse da ré, ora requerente, a Telesp, resguardar a regularidade procedimental, com o envio dos autos à Justiça Federal.

Ocorre, porém, que a competência da Justiça Federal está na dependência direta da admissibilidade da Anatel na lide, aspecto que só diz respeito à mesma, não se transmitindo tal interesse à requerente, mormente em se tratando de ação civil pública, cuja possibilidade de intervenção de terceiro é mínima. Analisando a querela, temos na relação de direito material um aumento de tarifa proposto pela empresa prestadora de serviço, examinado e aprovado pela empresa reguladora. A pergunta que se faz é a seguinte: há na espécie litisconsórcio necessário? Entendo que não, na medida em que a relação jurídica que se estabeleceu entre a Anatel e as empresas é inteiramente dissociada da que existe entre o consumidor ou tomador de serviço e a prestadora do serviço. Para que se tenha noção da independência das relações, observe-se que o consumidor jamais poderia acionar a Anatel pelo aumento das tarifas. É preciso que se tenha delineada a atuação das agências reguladoras no campo da administração, as quais agem como a longa manu do Estado nesta fase transicional, em que o poder público vai deixando para a iniciativa privada a tarefa de prestar o serviço e receber a contraprestação pelo mesmo, observando as regras de mercado. A empresa reguladora, em verdade, age como Estado, como fiadora de uma privatização por ela avalizada, sem

imiscuir-se nas relações de consumo. Por isso mesmo, quando foi a Anatel chamada para integrar o pólo passivo na ação civil pública que estava sendo ajuizada, poderia ter ingressado no feito como litisconsorte passiva facultativa, ou simplesmente assistente ad adiuvandum, por ter um interesse prático no desfecho da demanda. Afinal, chancelou o aumento que foi proposto pelas empresas de telefonia. Não aceitou a intervenção exatamente por não ser titular da relação de direito material. A obstinada pretensão de tornar-se litisconsorte necessária, só despertada no curso da ação é, sem dúvida, manobra processual para inutilizar a ação civil pública que, com sucesso para os consumidores, encontra-se em fase de apelação. Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial. É o voto.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Razões macro-econômicas, indutoras de uma política preocupada em forjar alvissareiras sinalizações aos investidores e credores internacionais, terminaram por ambientar o nascimento prematuro – e a má-formação genética – de algumas de nossas agências de regulação.

Os graves problemas advindos da “captura” desses entes são fonte de enorme descrédito dos órgãos de regulação junto à população de usuários (consumidores) dos setores regulados.

Para a evolução e eficácia do modelo adotado, é fundamental a retomada da credibilidade popular interna, sendo insuficiente, para isso, apenas o permanente afago ao capital mundial e aos investidores nacionais e estrangeiros.

Para tanto, além de uma maior aproximação e ausculta à massa de usuários, devem ser contidos todos os influxos de captura, inclusive aquele que se materializa em auxílio jurídico-processual indevidamente prestado pelas agências às empresas sob sua regulação.

Caso contrário, estaremos diante de desarrazoada subversão do atual ordenamento jurídico em relação aos critérios de formação litisconsorcial e intervenção de terceiros no processo. E o pior: exsurgirá o completo despreparo do Estado em prover, do ponto de vista prático, a estrutura jurisdicional necessária ao foro federal para o atendimento das incontáveis demandas relacionadas aos setores regulados, que tramitam nos juízos estaduais.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Notadamente a partir de 1995, ano em que foram promulgadas as Emendas Constitucionais de n. 5 a 9, que passaram a permitir a prestação de determinados serviços públicos por empresas privadas.
- 2 Art. 174, *caput*, CF/88. O professor de economia da regulação Giacomo Balbinotto Neto define a atividade de regulação como o uso do poder coercitivo pelo estado que tem como objetivo restringir as decisões dos agentes econômicos (Os Contratos e as Agências, artigo publicado no jornal *O Tempo*, 16 dez. 2003, p. A8).
- 3 Na mesma linha, hoje são vários os exemplos de agências criadas pelos demais entes federados. No que tange à intervenção processual, contudo, as agências estaduais e municipais de regulação não integram o foco do presente estudo.
- 4 Ao implantar-se o modelo, contudo, a própria concepção (e não apenas a execução) das políticas de incentivo e planejamento setoriais foi questionavelmente conferida aos mesmos órgãos, dotando-os, destarte, de funções alheias à índole eminentemente técnica que deveria caracterizar esses novos agentes de regulação. Assim, transferia-se dos ministérios para as agências significativa parcela do poder político estatal.
- 5 Não há, portanto, um “modelo” inflexível de agências reguladoras.
- 6 Do Promotor de Justiça Fernando Antônio Fagundes Reis, Ouvidor-Geral da Anatel no período 2002-4, no Relatório da Ouvidoria-Geral da Anatel – 1º semestre de 2003.
- 7 No dizer do economista Ari de Oliveira Zenha, *O estado atual tanto como estrutura política como estrutura administrativa-governamental está, visceralmente, e isto, sem nenhum pudor, assumindo tacitamente uma postura empresarial, tanto no trato da coisa pública como nas questões sociais, e isto com uma audácia que o capital nunca tentou realizar, com tanta ênfase e com tanto realismo* (A “nova” etapa do Capital”, artigo publicado no jornal *Estado de Minas*, de 20/12/03, seção Opinião).
- 8 Luiz Otávio de Oliveira Amaral, ao comentar o episódio de autorização pela Anatel (no ano de 2003) de aumento de quase 50% nas tarifas de telefonia, sintetiza formidavelmente a atrofia da sensibilidade social da Agência quando assevera: *A lei de concessões, por certo, não autoriza aumentos abusivos, contrários aos interesses sociais, ainda que eventualmente defensáveis do ponto de vista empresarial das concessionárias* (Agências regulatórias – consumidor e cultura ético-jurídica, *Revista Jurídica Consulex*, n. 160, p. 32).
- 9 Exemplo: a ANP mantém em seus quadros pouco mais de quarenta agentes para fiscalizar dezenas de milhares de postos revendedores de combustíveis, centenas de distribuidoras, milhares de carretas, além de milhares de pontos de vendas de GLP espalhados pelo território nacional (para cobrir todo o território mineiro há três agentes; vários estados da federação não contam com um único fiscal da ANP). A crise de energia elétrica de 2001 nos oferece outro exemplo eloqüente: a evidenciada fragilidade da Aneel lhe valeu um papel marcadamente coadjuvante no episódio, forçando a criação, às carreiras, de uma Câmara de Gestão da Crise, organismo externo e ascendente à Agência, o qual concebia e executava as políticas emergenciais. Daí por que Marcelo de Oliveira Milagres, membro do *Parquet* mineiro e expert em Direito Econômico, foi direto e certo ao constatar que: *A execução do chamado projeto neo-liberal se faz de forma, no mais das vezes, equivocada. A transferência dos ativos do setor público para o privado se faz sem um maior planejamento. Ausentes se afiguram garantias de investimentos estruturais. As funções constitucionais de planejamento, incentivo e fiscalização ressaem como meras formalidades sem substrato fático...* (In: Entes de regulação: uma perspectiva atual do modelo jurídico-econômico brasileiro. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, v. 4, p. 217, jan./jul. 2002).
- 10 Que ocorre quando a agência reguladora passa a ser dominada pelos interesses dos grupos econômicos em detrimento aos usuários (RAMOS, André de Carvalho, in *Reverendo a competência da Justiça Federal em matéria de relações de consumo, Revista do Direito do Consumidor*, n. 40, São Paulo: RT, 1991, p. 52).
- 11 RAMOS, *op. cit.*
- 12 Ademais, lembra Fagundes Reis que, a propósito, não se pode esquecer que no triângulo regulatório vigora a assimetria das informações, onde os agentes privados, naturalmente, pela proximidade com o órgão público (poder concedente), dispõem de mais dados e maior capacidade para utilizá-los em seu proveito. Os usuários, por sua vez, praticamente só comparecem na hora de pagar a conta ou de reclamar, situando-se a metros de distância do processo decisório do órgão regulador, algo compreensível nas organizações tradicionais, de perfil mais burocrático.
- 13 Registre-se que a gritante deficiência de desempenho desse modelo de regulação vem animando o atual governo a bancar sua revisão (certamente, em linha centralizadora, interessado na retomada das rédeas da execução das políticas setoriais por seus ministérios), mantendo com as agências apenas a vertente técnica da atividade regulatória: análises e estudos coordenados pela Casa Civil, como aqueles referidos acima, estão sendo ultimados e, em breve, significativas alterações legislativas devem incidir sobre as agências nacionais.
- 14 E não raramente, embaladas pelo aval do Governo. Veja-se, por exemplo, que o Presidente da República (FHC), ao editar a Medida Provisória n. 2.152-2 (racionamento de energia), cunhou verdadeiro absurdo jurídico em seu art. 24, já que exigia a citação da União e da Aneel como litisconsortes passivos (para atuar, pois, ao lado e em favor das empresas reguladas!) em todas as ações judiciais que tivessem por objeto fatos relacionados ao racio-

- namento (impondo o juízo federal e legislando em matéria de competência judicial), ainda que os respectivos pedidos em nada repercutissem na esfera de efetivo interesse jurídico de tais entes públicos.
- 15 A experiência diz que não. Vejamos um exemplo concreto: ao tempo em que a Aneel buscou deslocar para a Justiça Federal (argumentando que teria de ocupar o pólo passivo no feito) a tramitação de ação coletiva ajuizada pela Promotoria de Defesa do Consumidor de Belo Horizonte (MPE) contra a Cia. Energética de Minas Gerais (Cemig) por razões exclusivamente de aplicação indevida das regras do racionamento (por exemplo, a falta de regular notificação do consumidor sujeito à sobretaxa), a mesma movimentação não foi observada por parte da Agência em relação às centenas de ações individuais (de idêntico pedido e causa de pedir) processadas e definitivamente julgadas perante o Juizado Especial de Relações de Consumo, órgão da Justiça estadual.
- 16 CRUZ, José Raimundo Cândido da, *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel, *Litiscôn-sórcio*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 28.
- 17 As agências reguladoras titularizam um acervo de direitos e interesses que, eventualmente atingidos, poderão ensejar discussão a se travar no âmbito da Justiça Federal. Dotadas de personalidade jurídica própria, são elas, por exemplo, parte material em contratos de concessão envolvendo as empresas reguladas. Ademais, celebram convênios e contratos com particulares, mantêm relações jurídicas com seus servidores, praticam atos administrativos que podem ser questionados pelos interessados, enfim, protagonizam toda uma sorte de situações que eventualmente são hábeis, com efeito, a provocar seu ingresso em juízo.
- 18 Estamos em vias de criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor – Andec (antes se cogitava a criação de Agência de Defesa do Consumidor e da Concorrência – ANCC; agora tende-se ao desdobramento, ficando a ANC exclusivamente com questões de concorrência). Abraçada a tese da existência de interesse remoto do órgão regulador, suficiente a justificar sua intervenção, a Justiça estadual não teria mais competência para processar e julgar qualquer lide que envolvesse relações de consumo.
- 19 Súmula n. 150 (STJ): *Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.*
- 20 Que reprisa, infelizmente, alguns casos reais ainda em trâmite, com os quais nos deparamos.
- 21 Imaginemos agora que, em vez de uma ação coletiva, determinado consumidor estivesse litigando individualmente com “E” pelo mesmo motivo do exemplo. Certamente não se teria qualquer notícia ou manifestação de interesse de Anana de ingressar em tal feito.
- 22 A “rainha-mãe” das análises preliminares deve ser a avaliação pelo juízo do pressuposto processual de sua competência para a causa. Somente depois de superada essa preliminar, afirmada sua

competência, procederá o juízo validamente à análise dos outros pressupostos processuais, das condições da ação, demais preliminares, e, enfim, ao estudo do mérito da *actio*.

- 23 A Súmula 150 não deve ter seu alcance exacerbado, já que é de expressa previsão constitucional que, no caso da efetiva instalação de conflito (positivo ou negativo) entre juízes vinculados a tribunais diversos, a decisão será ditada pelo Superior Tribunal de Justiça (CF/88, art. 105, I, d).

Artigo recebido em 9/3/2004.

ABSTRACT

The author discourses on the capture of some regulating agencies, which have been acting as trade unions of the companies under their administration. He quotes, as this phenomenon reflection, the lack of independence both within the regulating organ and in its managerial policy.

He explains that the phenomenon of capture also reflects upon the judicial scope, materialized through the intervention of the captured agencies in causes regarding the regulated sectors. Hence, this factor induces to the procedure of the records before the federal jurisdiction. He states that the result of unfair federalization of lawsuits held by consumers may cause obvious difficulties to them. Besides, it consolidates an obstruction to pending proceedings and to legal conditions of joint party or third parties' intervention in the proceedings.

He asserts that the efforts to the reduction of all influxes of capture must be urgent, in order to avoid serious problems resulting thereof, which cause users of the regulated sectors to discredit the regulating organs.

KEYWORDS – Agency, autarky – regulating; risk, phenomenon – capture; intervention; civil suit; collective actions; federalization, displacement – forum; Civil Procedural Law; Consumer's Law; Consumer's Defense Code.

Paulo Calmon Nogueira da Gamaé Promotor de Justiça da Comarca de Belo Horizonte-MG.