

# **Autonomia decisória das agências reguladoras federais e a formação dos colegiados no direito brasileiro: análise crítica a partir dos pressupostos da teoria da escolha pública e da teoria processual administrativa da regulação**

*Decision-Making autonomy of federal regulatory agencies and the formation of collegiate bodies in Brazilian Law: Critical analysis based on the assumptions of public choice theory and administrative process theory of regulation*

Submetido(submitted): 28.6.2023

Parecer(reviewed): \*deixar em branco\*

Revisado(revised): \*deixar em branco\*

Aceito(accepted): \*deixar em branco\*

Lucas Pereira Baggio\*

<https://orcid.org/0009-0001-7987-7272>

*Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)*

Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

## **Abstract**

**[Purpose]** *This article seeks to critically examine, based on the assumptions of the theory of public choice and the administrative process theory of regulation, the legal arrangement envisaged to ensure decision-making autonomy for federal regulatory agencies, especially based on the model envisaged for the process of appointing their leaders.*

**[Methodology/approach/design]** *On the one hand (descriptive), public choice theory, according to the methodology parameters of Duncan Black, Kenneth Arrow, Anthony Downs, James Buchanan, Mancur Olson, William Niskanen and George Stigler, despite not being a regulatory capture theory, allows envision the possibility that, in some cases, the “acquisition” of regulation by special interest groups and/or by political power may occur. On the other hand (normative), administrative process theory of regulation, from the perspective of Steven P. Croley, helps to understand the environment employed within the scope of regulatory agencies to make their decisions, especially with regard to procedural and institutional guarantees they seek ensure decision-making autonomy to the regulator, so that, with this, the risks of capture are avoided or reduced, which would consist of dysfunctional behavior incompatible with conceptions of law and public interest that inform the production of state acts, as it occurs with economic regulation.*

---

\*Bacharel em direito e pós-graduado em direito empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, com mestrado em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS e doutorando em Direito pela Universidade de Brasília – UNB. Advogado sócio de Baggio e Costa Filho Sociedade de Advogados. Endereço: SHIS, QL 10, Conjunto 01, Casa 08, Lago Sul, CEP 71630-015, Brasília/DF. E-mail: [lucas.baggio@bcfadogados.com](mailto:lucas.baggio@bcfadogados.com).

BAGGIO, L. P. *Autonomia decisória das agências reguladoras federais e a formação dos colegiados no direito brasileiro: análise crítica a partir dos pressupostos da teoria da escolha pública e da teoria processual administrativa da regulação*. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 9, n° 2, p.178-201, outubro de 2023.

*In this context, the process of appointing the directors of regulatory agencies will be critically evaluated, considering the current political monopoly of this activity and the possible repercussions for the decision-making autonomy of federal agencies.*

**[Findings]** *The research indicates that, despite the institutional and procedural progress existing in Brazilian law, it would still be possible (and even desirable) to promote new improvements, especially to reduce political power in the formation of collegiate bodies of regulatory agencies.*

**Keywords:** *Decision-making autonomy of regulatory agencies. Process for nominating directors. Public choice theory. Capture risk. Administrative process theory of regulation.*

### **Resumo**

**[Propósito]** O presente artigo busca examinar criticamente, a partir dos pressupostos da teoria da escolha pública e da teoria processual administrativa da regulação, o arranjo legal previsto para assegurar autonomia decisória às agências reguladoras federais, sobretudo a partir do modelo previsto para o processo de indicação de seus dirigentes.

**[Metodologia/abordagem/design]** De um lado (descritivo), a teoria da escolha pública, conforme parâmetros metodológicos de Duncan Black, Kenneth Arrow, Anthony Downs, James Buchanan, Mancur Olson, William Niskanen e George Stigler, apesar de não consistir em uma teoria da captura regulatória, permite vislumbrar a possibilidade de que, em alguns casos, ocorra a “aquisição” da regulação por grupos de interesse especial e/ou pelo poder político. Por outro lado (normativo), a teoria processual administrativa, na perspectiva de Steven P. Corley, ajuda a compreender o ambiente empregado no âmbito das agências reguladoras para a tomada de suas decisões, sobretudo no que diz respeito às garantias procedimentais e institucionais que buscam assegurar autonomia decisória ao regulador, de modo que, com isso, seja evitada ou sejam reduzidos os riscos de sua captura, o que consistiria em comportamento disfuncional incompatível com as concepções de direito e interesse público que informam a produção de atos estatais, tal como ocorrer com a regulação econômica. Nesse contexto, será avaliado criticamente o processo de indicação dos dirigentes das agências reguladoras, considerando o atual monopólio político dessa atividade e as eventuais repercussões para a autonomia decisória das agências reguladoras federais.

**[Resultados]** A pesquisa indica que, apesar do avanço institucional e procedimental existente no direito brasileiro, ainda seria possível (e até mesmo desejável) promover novos aprimoramentos, sobretudo para reduzir o poder político na formação dos órgãos colegiados das agências reguladoras.

**Palavras-chave:** *Autonomia decisória das agências reguladoras. Processo de indicação dos dirigentes. Teoria da escolha pública. Risco de Captura. Teoria processual administrativa da regulação.*

## INTRODUÇÃO

O presente artigo busca avaliar criticamente o arranjo jurídico estabelecido para assegurar autonomia decisória às agências reguladoras federais no direito brasileiro, especialmente na perspectiva da formação dos órgãos colegiados de direção. Trata-se da análise a respeito do modelo de indicação e nomeação dos dirigentes de agências reguladoras e sua possível repercussão quanto a eventual “acomodação” de interesses puramente privados dos agentes regulados ou de interesses políticos de ocasião, o que, a um só tempo, impactaria um dos fundamentos próprios da criação dessas instituições administrativas especializadas e consistiria no desvirtuamento das concepções normativas de direito e de interesse público.

De um lado, a pesquisa parte dos pressupostos adotados na teoria da escolha pública, de *George Stliger*, ao afirmar a existência de um mercado da regulação formado pela tríade “*congressistas – grupos de interesse – regulador*”, de modo que seu produto final (a própria regulação) seria resultado de uma verdadeira barganha entre os participantes, que atuariam de forma racional na busca pela maximização de seus interesses. De outro lado, a pesquisa também considera os pressupostos adotados na teoria processual administrativa da regulação, de *Steven P. Croley*, que admite a possibilidade de, em determinadas circunstâncias, ser produzida uma boa regulação, especialmente a partir da observância dos procedimentos administrativos que assegurariam participação social qualificada, análises técnicas públicas e transparentes, assim como decisões racionalmente motivadas.

Nesse sentido, será realizada breve contextualização a respeito da importância da autonomia das agências reguladoras no cenário brasileiro. Então, serão apresentados resumidamente os pressupostos das referidas teorias. Na sequência, será examinado criticamente o modelo de formação dos colegiados dessas instituições especializadas, sobretudo quanto a possíveis repercussões para a autonomia decisória das agências reguladoras federais no direito brasileiro.

Ao final, serão sintetizadas as avaliações que indicam a necessidade de aprimoramento do sistema atual de indicação e nomeação dos dirigentes das agências reguladoras para mitigar o risco de interferências externas e disfuncionais no exercício finalístico de suas competências regulatórias.

### **BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO: AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO CENÁRIO BRASILEIRO**

No Brasil, a partir da década de 90, diante de uma mudança no papel do Estado na economia, a prestação dos serviços públicos (que permanecem sob

tutelaridade estatal) e das atividades econômicas *stricto sensu* (de titularidade dos particulares) passou a ser realizada *predominantemente* a partir de investimentos privados, exigindo-se, por consequência, um arcabouço jurídico-regulatório consistente e estável.

Sobreveio, assim, a concepção de **Estado Administrativo**, pressuposto do **Estado Regulador**, responsável pela construção da regulação setorial e, portanto, legitimado a realizar intervenções regulatórias voltadas à “*preservação das prestações materiais essenciais à fruição dos direitos fundamentais*” (ARANHA, 2019a e LOPES, 2018).

De um modo geral, inerente a esse modelo, tem-se o desenvolvimento das agências reguladoras, que exercem um conjunto de competências/funções executiva, legislativa e judiciária, tais como a fiscalização da atividade regulada, a edição de normas em abstrato, a solução de casos concretos e a resolução de conflitos com e entre os agentes regulados (JUSTEN FILHO, 2005). Daí afirmar-se a ideia de que o regulador seria uma espécie de **quarto poder**, com “*poderes quase legislativos e quase jurisdicionais*” (ARANHA, 2019a).

A partir de alterações na Constituição Federal (Emenda Constitucional nº 8, de 15.08.1995 e Emenda Constitucional nº 9, de 09.11.1995), previu-se a possibilidade da criação de um órgão regulador para telecomunicações e outro para petróleo. Assim, tanto a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL quanto a Agência Nacional de Petróleo – ANP possuem base constitucional. Posteriormente, de acordo com o art. 37, XIX, da Constituição Federal, as agências reguladoras passaram a ser constituídas por lei específica como autarquias de regime especial integrantes da administração indireta, vinculadas ao Ministério competente para tratar da atividade correspondente (MORAES, 2001).

A criação das agências reguladoras consiste igualmente em uma política pública voltada a ampliar a atratividade de investimentos no mercado brasileiro para fins de financiamento da infraestrutura, justamente para se alcançar maior segurança jurídica e regulatória, o que estaria relacionado, por exemplo, com os seguintes aspectos: uma política tarifária estável e bem definida, a criação de marcos regulatórios mais claros, o detalhamento dos riscos, das obrigações e dos direitos de cada agente setorial, o estabelecimento de mecanismos de solução ágil e eficiente de controvérsias *etc.* (ARANHA, 2019a)

Nesse cenário, o modelo de agências reguladoras exigiria a criação de entes dotados de atributos de especialidade, imparcialidade e autonomia decisória. As agências reguladoras, neste particular, consistiriam em um novo passo no processo de descentralização da Administração Pública com a finalidade clara de desvincular suas decisões frente a pressões políticas, assim como para evitar a tentativa de redirecionamento de políticas regulatórias para

atendimento dos interesses dos prestadores e dos usuários dos serviços regulados (ARANHA, 2019a).

Naturalmente, a autonomia das agências reguladoras deveria ultrapassar a ideia abstrata de menor vinculação política, pois, para atender ao modelo proposto, a autonomia do regulador exigiria conformações estruturais e organizacionais concretas (ARANHA, 2019a).

No Brasil, foram estabelecidos mecanismos institucionais e procedimentais voltados a assegurar autonomia às agências reguladoras, conforme consta da Lei n° 13.848/2019 (conhecida como Lei das Agências Reguladoras) e, de um modo geral, já constavam das leis específicas de criação dessas autarquias.

**Na perspectiva institucional**, a Lei das Agências Reguladoras preservou, como regra geral, (i) a ausência de subordinação hierárquica das agências reguladoras, (ii) a autonomia funcional e decisória, (iii) a autonomia administrativa e financeira e (iv) a investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos (ARANHA, 2019a).

**Na perspectiva procedimental**, a Lei das Agências Reguladoras teria inaugurado um novo e específico regime jurídico processual-administrativo regulatório caracterizado, por exemplo: (i) por necessária realização prévia de Análise de Impacto Regulatório (AIR) e de consulta pública antes da criação ou alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestado, (ii) por aplicação do princípio de adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público, (iii) pela natureza colegiada de suas decisões, incluindo quórum qualificado (maioria absoluta do conselho diretor ou diretoria colegiada da agência) para deliberação referente à regulação, entre outros (ARANHA, 2019a).

Todos esses mecanismos buscariam assegurar autonomia às agências reguladoras, sobretudo para evitar que elas se transformassem em “*meras promotoras do sucesso econômico do setor regulado*” ou que fossem controladas pelo poder político de modo a “*prevalecer o interesse político sobre a eficiência e qualidade da prestação do serviço, sobre o próprio interesse público de modicidade das tarifas e sobre o interesse público no equilíbrio da relação*” (ARANHA, 2019a).

Efetivamente, “*a questão da autonomia de gestão da agência reguladora apresenta-se como a pedra de toque do modelo idealizado no Brasil*” (ARANHA, 2019a), justificando, inclusive, a realização de distintos estudos a respeito dos pressupostos que levariam, ao menos em tese, à realização de uma boa regulação.

Após essa breve contextualização, serão apresentadas duas teorias antagônicas de regulação, mas que servem ao propósito central da pesquisa de avaliar criticamente a (in)suficiência do modelo legal de formação dos colegiados para assegurar maior autonomia decisória às agências reguladoras.

## TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA APLICADA À REGULAÇÃO ECONÔMICA

A teoria da escolha pública (*public choice*), em sua vertente descritiva, busca esclarecer a dinâmica de decisões políticas tomadas coletivamente no âmbito estatal mediante emprego de métodos da economia neoclássica, baseando-se fundamentalmente no paradigma da maximização dos interesses individuais constante da teoria microeconômica moderna.

A escolha pública, situada entre a economia e a política, consiste em uma teoria que não se preocupa com aspectos jurídicos. Ela busca compreender e antecipar o comportamento dos chamados “*mercados políticos*” a partir de técnicas econômicas analíticas. Adota-se, nessa teoria, o postulado da escolha racional ao pressupor que os indivíduos/decisores, quando participam de julgamentos coletivos, inclusive no âmbito do regime democrático, adotariam um comportamento voltado à maximização de seus interesses pessoais.

Afirma-se, por consequência, uma forte influência do utilitarismo para o desenvolvimento da teoria, que, baseada em pressupostos universais liberais, é acusada de carregar uma vertente política de direita. A teoria, assim considerada, valoriza o espaço individual no âmbito da construção de decisões coletivas e se preocupa em “*domar o Leviatã*” ou mesmo em defender um Estado Mínimo, o que acaba por afastá-la da noção de “*interesse público*” atrelado à atuação estatal e tão cara às teorias jurídicas da regulação (ARANHA, 2019b).

Para a escolha pública, as relações entre os indivíduos ou grupos poderiam ser consideradas como *transações* (*transactions*), de modo que seus resultados poderiam ser precificados nos *mercados políticos* (*political markets*), que seriam de três tipos diferentes: (i) o *mercado político primário* (*primary political market*), com a venda de políticas em troca de votos, (ii) o *mercado de fornecimento de políticas* (*policy supply market*), com a venda de atuação administrativa pela burocracia pública em troca de vantagens orçamentárias, e, no que interessa ao presente estudo, (iii) o *mercado de execução de políticas* (*policy execution market*), que admite justamente um *mercado de regulação* com a participação da tríade “*congressistas – grupos de interesse – regulador*”, de forma que seu produto final (ou seja, a própria regulação) seria resultado da barganha entre esses agentes, que atuariam racionalmente na busca pela maximização de seus interesses (PEACOCK, 1997).

A fim de melhor contextualizar a teoria da escolha pública convém abordar resumidamente alguns pontos trazidos por seus principais expoentes até sua aplicação, por *George Stigler*, em 1971, na dinâmica das agências reguladoras.

Nesse sentido, *Duncan Black* teria inaugurado essa abordagem, em 1948, em seu artigo “*On the Rationale of Group Decision-Making*” (ARANHA, 2019b), ao admitir a lógica de mercado no âmbito do processo político, afirmando a existência de compradores e vendedores nessa dinâmica, inclusive com repercussões quanto à cobrança de tributos e à alocação de gastos públicos (BLACK, 1948).

Posteriormente, em 1951, *Kenneth Arrow* (ganhador do prêmio Nobel) afirmou em sua obra *Social Choice and Individual Values* a impossibilidade de agregação de preferência individuais em coletividades a partir de regras de decisão racional não impositivas ou ditatoriais, o que ficou conhecido como *teorema da impossibilidade* ou *teorema de Arrow* (ARROW, 1963). Tratava-se, assim, de questionar a efetiva representatividade dos cidadãos em regime democráticos (e, portanto, o próprio pressuposto democrático), sobretudo diante da suposta impossibilidade de uma escolha racional coletiva, o que abriu espaço para o desenvolvimento de estudos sobre a manipulação da decisão política (ARANHA, 2019b).

Importante desenvolvimento decorre da obra de *Anthony Downs* sobre teoria econômica da democracia, de 1957, ao analisar a política partidária em regimes democráticos segundo a abordagem da escolha pública, especialmente a lógica da maximização dos interesses de eleitores e dos partidos políticos. De acordo com o autor, haveria um *mercado político* em que os partidos formulariam políticas guiados racionalmente pela busca de votos, de modo que o governo, na tentativa de maximizar seu apoio político, seria uma espécie de empreendedor que vende políticas em troca de votos dos eleitores (DOWNS, 1957).

*James Buchanan* (outro vencedor do prêmio Nobel) e *Gordon Tullock* escreveram, em 1962, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, que é considerada uma das mais importantes obras da escolha pública (ARANHA, 2019b). Em apertada síntese, os autores rejeitam a concepção orgânica da atividade coletiva, em que o Estado funcionaria como uma unidade supraindividual dotada de comportamento próprio, afirmando-se, por outro lado, que essa atividade coletiva dependeria dos seres humanos que individualmente e racionalmente dela fazem parte. Por consequência, como a ação coletiva seria composta por ações individuais agregadas, seria possível calcular o resultado das escolhas públicas, considerando a atuação racional dos

indivíduos que compõe a respectiva coletividade (BUCHANAN e TULLOK, 1962).

Em 1965, *Mancur Lloyd Olson*, outro expoente da teoria, publicou a obra *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, tendo realçado o papel dos grupos de interesse no âmbito da teoria mediante aplicação do cálculo racional individual a fim de demonstrar a motivação daqueles participantes em diferentes tipos de coletividades (OLSON, 2002).

Uma importante contribuição do autor reside justamente na análise do comportamento dos grupos de interesse mediante pressupostos da atuação racional para influenciar as decisões políticas coletivas e, dessa forma, obter ganhos individuais, maximizando seus interesses (ARANHA, 2019b).

Segundo o autor, haveria importante diferença entre a atuação dos grupos com interesses especiais ou específicos (*special interest*) e os grandes grupos de interesse coletivo (v.g., consumidores, contribuintes *etc.*), pois aqueles atuariam de modo organizado na construção do lobby necessário à obtenção de benefícios individuais enquanto estes, desorganizados, não atuariam voluntariamente para a proteção de seus interesses coletivos, dado que o indivíduo racional não possuiria incentivos para agir quando as consequências de sua ação resultassem apenas em benefícios coletivos (OLSON, 2002).

Haveria, assim, uma espécie de “*domínio das minorias*”, que se aproveitariam de um modelo de democracia representativa em que os partidos políticos não buscariam o bem coletivo, mas a preservação do poder ou mesmo a franca corrupção (OLSON, 2002).

Em 1971, *William Niskanen* publicou sua obra *Bureaucracy and Representative Government*, tendo analisado o comportamento da burocracia pública a partir dos pressupostos da escolha pública, sobretudo para sugerir medidas voltadas ao aprimoramento dessas instituições estatais que, em sua visão, contribuíssem com o melhor atendimento aos interesses da comunidade (ARANHA, 2019b).

Segundo o autor, ao contrário do que se poderia supor, os funcionários públicos não atuariam automaticamente em busca do interesse público, razão pela qual seria necessário estabelecer incentivos voltados a essa finalidade. Assim, *Niskanen* desenvolveu a ideia de um mercado governamental de serviços burocráticos (*government market for a buerau's services*), em que os representantes das repartições públicas venderiam seus produtos ao governo (ARANHA, 2019b). Aliás, ainda antes, em 1968, o autor já havia apresentado um modelo de comportamento do burocrata, que buscaria maximizar o orçamento total da repartição empregando os serviços administrativos como moeda de troca (NISKANEN, 1968).



O autor introduziu a lógica da escolha pública ao funcionamento da burocracia administrativa, equiparando-a a uma espécie de agente de mercado monopolista, que buscaria o maior orçamento público, inclusive para obter maiores vantagens, como, por exemplo, maiores salários, benefícios da função, reputação pública, poder, favores políticos *etc.* (NISKANEN, 1968).

Nada obstante a introdução da teoria ao âmbito da administração pública por *Niskanen*, coube a *George Stigler*, outro vencedor do prêmio Nobel, propor, em 1971, uma teoria da oferta de regulação (*theory of supply of regulation*), adotando-se os pressupostos da escolha pública, especialmente o instrumental metodológico da econômica neoclássica (ARANHA, 2019b).

A chamada teoria da regulação econômica (*theory of economic regulation*), conforme título de seu artigo, busca explicar a dinâmica do chamado **mercado da regulação**, que, conforme anteriormente referido, seria formado pelo poder político, pelo regulador e pelos agentes regulados (STLIGER, 1971).

Inicialmente, o autor considera que o Estado possui grande potencial de recursos e seria fonte de significativas ameaças para toda atividade econômica, uma vez que possui o poder de proibir ou compelir e, inclusive, de dar ou tomar dinheiro, inclusive por meio do emprego da tributação. O estado possuiria instrumento que nem mesmo o mais poderoso de seus cidadãos possuiria: o direito legítimo de coagir (STLIGER, 1971).

Nesse contexto, *Stigler* destaca que o Estado pode ajudar ou prejudicar seletivamente uma gama significativa de indústrias ou atividades, com o que, observados os pressupostos da escolha pública, seria possível considerar que a respectiva indústria atuaria racionalmente na busca pela maximização de seus interesses, o que corresponderia à obtenção da regulação desejada (STLIGER, 1971).

De acordo com *Stigler*, no mercado da regulação, o Estado poderia fornecer quatro políticas regulatórias à indústria regulada. Primeiro, poderia oferecer **subvenções em dinheiro**, beneficiando uma determinada indústria, especialmente aquelas com poderes suficientes para exigir favores governamentais (STLIGER, 1971). Veja-se:

“A mais óbvia contribuição que um grupo pode demandar do governo é uma subvenção direta em dinheiro. As companhias aéreas de transporte doméstico receberam subsídios de correio aéreo (independentemente de transportarem cartas ou não) de US\$ 1,5 bilhão durante 1968. A marinha mercante tem recebido subsídios de operação e construção que alcançam quase US\$ 3 bilhões desde a Segunda Guerra Mundial. Há muito, o setor de educação tem mostrado grande destreza em obter recursos públicos: universidades e faculdades, por exemplo, têm recebido do governo federal

valores que excedem US\$ 3 bilhões anuais nos últimos anos, além de empréstimos subsidiados para moradia de estudantes e outras construções. Os veteranos de guerra têm, muitas vezes, recebido bônus direto em dinheiro.

Já temos esboçado a principal explicação para o fato de uma indústria com poderes para obter favores governamentais não os usar habitualmente para conseguir dinheiro: a menos que a lista de beneficiários possa ser limitada por um meio satisfatório, qualquer que seja o montante de subsídios que a indústria possa obter, será dissipado entre um crescente número de rivais. As companhias aéreas rapidamente afastaram-se de disputas por contratos de correio aéreo justamente para evitar esse problema. Por outro lado, as principais universidades não desenvolveram um método para afastar outros demandantes de fundos federais para pesquisa e, no longo prazo, elas tendem a receber parcelas bastante reduzidas desses fundos”<sup>1</sup>.

A segunda política regulatória passível de ser ofertada pelo Estado seria **o controle sobre a entrada de novos concorrentes**.

“Já é bem conhecida a diligência dos órgãos reguladores no controle do acesso aos mercados. O Civil Aeronautics Board não permitiu o lançamento de uma única nova linha-tronco desde que foi criado, em 1938. O poder de autorizar novos bancos tem sido usado pela Federal Deposit Insurance Corporation para reduzir a taxa de entrada na atividade bancária em 60%. A história das transportadoras interestaduais é, em alguns aspectos, ainda mais impressionante, porque nem mesmo um aparentemente respeitável caso de restrição à entrada poder ser desenvolvidos em termos de economia de escala (que, por sua vez, são citadas como limite à entrada por segurança ou por contenção de custos). (...)

Propomos a hipótese geral: toda a indústria ou toda a ocupação com poder político suficiente para utilizar o Estado procurará controlar o acesso à entrada. Além disso, a política regulatória muitas vezes será moldada de forma a retardar a taxa de crescimento de novas empresas. Por exemplo, nenhuma companhia financiadora (savings and loans company) pode pagar um índice de dividendos maior do que o usual na comunidade em que se atua para captar recursos. O poder de limitar despesas com vendas de fundos mútuos de investimento, que em breve será conferido à Securities Exchange Commission, servirá para limitar o crescimento de

---

<sup>1</sup>STIGLER, G. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, p. 3-21, Spring 1971. Tradução publicada: A Teoria da Regulação Econômica. In Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano. Paulo Mattos (coord). São Paulo: Editora 34, 2004.

pequenos fundos mútuos e, portanto, reduzir os custos de vendas dos grandes fundos<sup>2</sup>”.

A terceira política regulatória capaz de ser ofertada à indústria seria aquela que **incentiva ou desincentiva determinados produtos substitutos ou complementares**.

“Grosso modo, os produtores de manteiga desejam conter a produção de margarina e estimular a produção de pão. As companhias aéreas apóiam ativamente os subsídios federais aos aeroportos; os sindicatos dos trabalhadores na construção civil têm-se oposto à adoção de materiais que geram econômicas de mão-de-obra nos códigos de construção”.

Por fim, a quarta política regulatória ofertada no mercado da regulação seria a **fixação de preços**.

“Mesmo em setores que já tenham obtido o controle de acesso ao mercado, muitas vezes, buscarão também o controle de preços administrado por uma agência reguladora dotada de poderes de coerção. Se o número de empresas no setor regulado é relativamente grande, a discriminação de preços será difícil de ser mantida na ausência de apoio público. A proibição de incidência de juros nos depósitos à vista, que é provavelmente eficaz na prevenção de pagamentos de juros à maior parte dos poupadores-pessoa física, é um exemplo característico. Onde não há deseconomias de grande escala para as firmas individuais (e.g., uma empresa de transporte rodoviário pode acrescentar caminhões à sua frota, sob uma dada licença, como uma empresa de transporte comum), o controle de preço é essencial para alcançar taxas de retorno mais do que competitivas<sup>4</sup>”.

Após interessantes análises ilustrativas, *Stigler* considera que a indústria regulada possuiria incentivos para “adquirir” a regulação, que poderia ser concebida e operada fundamentalmente em seu benefício, considerando, ainda, o risco de onerosidade dela decorrente (STIGLER, 1971).

No entanto, haveria custos para obtenção da regulação, sobretudo custos associados ao respectivo processo político da tomada de decisão, o que envolveria decisões simultâneas adotadas por um grande número de pessoas (ou por seus representantes) e que impactariam toda a comunidade (e não somente os interessados diretamente no assunto). Daí o papel dos partidos políticos no mercado da regulação, que funcionariam como revendedores da regulação. Vejamos novamente a lição do autor:

---

<sup>2</sup>*Idem.*

<sup>3</sup>*Ibidem.*

<sup>4</sup>*Idem.*

“A indústria que procura obter poder político deve dirigir-se ao revendedor apropriado, o partido político. Este partido tem custos de operação, custos para manter uma organização e custos para competir em eleições. Esses custos do processo político são vistos de forma excessivamente limitada pela literatura do financiamento das eleições: eleições são para o processo político aquilo que comercialização é para o processo de produção de uma mercadoria, um passo final essencial. O partido mantém sua organização e seu apelo eleitoral pela execução dos serviços de grande valia para o eleitor, não somente antes das eleições, mas o tempo todo. Uma parcela dos custos do partido é suportada pela inclusão de trabalhadores do partido na folha de pagamento do Estado. Todavia, um partido de oposição é, muitas vezes, em essência um seguro para os eleitores disciplinarem o partido que está no poder e, assim, os custos do partido de oposição não são totalmente satisfeitos pelos fundos públicos.

A indústria que procura regulação deve estar preparada para arcar com as duas coisas que um partido precisa: votos e recursos financeiros. Os recursos podem ser providos por contribuições de campanha, levantamento de fundos (o homem de negócios encabeça uma comissão para angariar fundos), além de outros métodos indiretos tais como o emprego de trabalhadores do partido. Os votos de apoio à medida são reunidos e os de posição são dispersos, tudo isso mediante custosos programas para educar (ou deseducar) membros da indústria e de outras indústrias interessadas.

Esses custos de regulação provavelmente aumentam com o tamanho da indústria que a procura. As maiores indústrias buscam programas que custam muito mais à sociedade e que aumentam ainda mais a oposição de grupos afetados substancialmente. (...)”<sup>5</sup>.

A posição de *Stigler* consiste em verdadeira crítica a uma visão idealista da regulação pública. Não se trata, porém, da defesa da legitimidade do mercado da regulação ou, pior, da naturalização da captura do regulador pelo agente regulado. O autor, inclusive, sugere que “*o único caminho para conseguir uma agência diferente seria mudar o seu suporte político e remunerar os reguladores em uma base que não seja relacionada aos serviços prestados*” (STIGLER, 1971).

Efetivamente, sem embargo das possíveis e pertinentes críticas à escolha pública, a teoria tem o inegável mérito de desmitificar visões ingênuas sobre a regulação econômica, de modo que possui relevante importância para o desenvolvimento de teorias jurídicas da regulação, especialmente daquelas que buscam evitar excessivo subjetivismo ou mesmo a própria aquisição da regulação pelos agentes regulados ou pelo poder político.

---

<sup>5</sup>*Ibidem*.

É justamente nesse contexto que o direito público consolida mecanismos institucionais e processuais voltados a combater a eventual influência disfuncional de interesses específicos da indústria regulada ou do poder político na construção da regulação, o que consiste na essência da teoria processual administrativa da regulação, objeto do próximo capítulo.

## A TEORIA PROCESSUAL ADMINISTRATIVA DA REGULAÇÃO

Em contraposição à teoria da escolha pública, a chamada teoria processual administrativa da regulação (*administrative process theory of regulation*) sustenta a autonomia e a legitimidade decisória das agências reguladoras via disciplina jurídica do processo administrativo.

*Steven P. Croley*, um de seus principais expoentes, publicou em 2008 a obra *Regulation and Public Interests: The Possibility of Good Regulatory Government*, afirmando justamente a possibilidade de uma boa regulação, capaz de contribuir para a concretização do bem-estar social. Trata-se de uma teoria que – dentre outras – analisa o fenômeno regulatório a partir da perspectiva jurídica (e não econômica ou puramente política), preocupando-se justamente com os pressupostos jurídico-institucionais que assegurem autonomia ao regulador para a tomada de suas decisões.

Segundo a teoria, a atuação regulatória do Estado pode ser compreendida como um complexo de procedimentos e garantias que se desenvolve mediante o emprego de mecanismos voltados à promoção do interesse coletivo. Admite-se, assim, a possibilidade de que o produto final regulatório consolide opções de interesse público e, portanto, não decorra de um determinante mercado da regulação movido pela barganha entre congressistas – grupos de interesse – regulador (CROLEY, 2008).

Nesse sentido, *Croley* critica a teoria da escolha pública, que seria inadequada e ilusória, além de ser insuficiente para explicação do complexo fenômeno regulatório, inclusive e especialmente em sua perspectiva jurídico-processual. O autor rejeita um papel decisivo dos grupos de interesse específico em todos os casos, pois os respectivos interesses não seriam sempre uniformes, de modo que seus integrantes poderiam entrar em conflito na disputa pela regulação. Por outro lado, afirma a existência de representação dos grandes grupos de interesses difusos e coletivos, de modo que os legisladores ou os reguladores nem sempre atenderiam às demandas dos grupos de interesse específico (CROLEY, 2008).

O autor sustenta que a atuação das agências reguladoras não estaria vinculada de modo mecânico e automático aos interesses dos legisladores, de modo que seria possível uma prática regulatória voltada aos interesses difusos da sociedade. As agências reguladoras, inclusive, possuiriam maior imunidade

em comparação com os congressistas e, portanto, possuiriam condições de promover o bem-estar social em determinadas circunstâncias, favorecendo os interesses públicos difusos em detrimento de interesses específicos (CROLEY, 2008).

*Croley* busca demonstrar seus argumentos a partir da análise de três casos de regulação nos Estados Unidos da América: (i) a decisão da Agência de Proteção Ambiental (EPA) de disciplinar e limitar as emissões de gases de efeito estufa; (ii) a decisão da Agência de Alimentação e Remédios (FDA) de regular a comercialização de tabaco; e (iii) a decisão do Serviço Florestal de restringir a implantação de estradas em reservas naturais (CROLEY, 2008).

O autor ressalta a relevância dos procedimentos adotados, que envolveram (i) a comunicação sobre a proposta regulatória apresentada pela agência, (ii) a exposição dos motivos e fundamentos que justificariam a respectiva proposta regulatória, (iii) a oportunidade de participação do público interessado na respectiva regulação, (iv) a decisão racionalmente fundamentada, e (v) a ampla publicidade da decisão regulatória e seus motivos (CROLEY, 2008).

*Croley* igualmente avaliou a postura das agências nos respectivos processos, destacando um comportamento compromissado com a boa regulação, o que envolveu (i) a divulgação de avisos e da agência regulatória, com a publicação de cronograma de atividade, (ii) a divulgação de comitês consultivos, análises, literatura, opiniões de especialistas e relatórios de impactos associados à proposta regulatória, (iii) a solicitação de participação pública e a convocação para audiências públicas; (iv) a elaboração de análises e respostas específicas às manifestações dos participantes às propostas da agência, inclusive com adaptações a partir dessas manifestações; e (v) a divulgação das justificativas ao público a respeito dos fundamentos adotados (CROLEY, 2008).

Segundo a teoria processual administrativa da regulação, a decisão regulatória vinculada a um processo administrativo neutro possuiria maior isenção e legitimidade, sobretudo quando observadas a transparência, a *accountability* e a participação dos agentes interessados (CROLEY, 2008).

Nesse contexto, tem-se três categorias conceituais que compõem a base da teoria processual administrativa da regulação: a) procedimento administrativo; b) neutralidade do processo administrativo; c) ambiente jurídico-institucional administrativo. As referidas categoriais forneceriam, cada uma delas, um conjunto de pressupostos tradicionais à teoria geral do direito público, que dirigem, constringem ou afastam os incentivos que fariam do regulador uma peça inerte no *jogo de trocas políticas* (ARANHA, 2019a).

A ideia de neutralidade do processo administrativo relaciona-se com a natureza jurídico-funcional da decisão administrativa. Por sua vez, a

exteriorização do processo via procedimento administrativo relaciona-se com a transparência, a visibilidade, a obtenção de apoio social, a melhoria do conteúdo de regulamentações propostas, a antecipação de críticas dos atores setoriais e oportunidades de ajuste da proposta (ARANHA, 2019a).

O ambiente institucional regulatório permitiria a construção de propostas regulatórias via estabilidade profissional do regulador, contatos permanentes com comitês acadêmico-científicos, incentivos à defesa do interesse público por parte do servidor-regulador, apoio de outras estruturas de poder à preservação da competência das agências reguladoras, ou mesmo via controle externo e interno da atividade reguladora (ARANHA, 2019a).

Como se percebe, ao sustentar a possibilidade de uma boa regulação, a teoria processual administrativa contrapõe-se à teoria da escolha pública, que acaba por realçar aspectos negativos da regulação. Por sua vez, Croley criticou a escolha pública e seus teóricos que sustentariam o abandono da regulação estatal como a melhor medida voltada ao enfretamento do risco de captura, de modo que o mercado deveria restar livre para promover sua autorregulação, ainda que imperfeita (CROLEY, 2008).

Não é sem razão, portanto, que a busca por mecanismos de controle e de incentivos à boa regulação chame tanto a atenção da doutrina, que tem se preocupado com conceitos necessários ao desempenho dessa atividade tais como autonomia regulatória, independência administrativa, transparência processual e processo decisório administrativo.

## A AUTONOMIA DECISÓRIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS NO DIREITO BRASILEIRO E A FORMAÇÃO DOS ÓRGÃOS COLEGIADOS

Apresentadas a teoria da escolha pública e a teoria processual administrativa da regulação, cumpre-nos avaliar criticamente o modelo legal de formação dos órgãos colegiados das agências reguladoras e sua possível repercussão para a autonomia dessas instituições especializadas e responsáveis pela regulação setorial.

Recorde-se que, **do ponto de vista institucional**, a Lei das Agências Reguladoras preservou (i) a ausência de subordinação hierárquica, (ii) a autonomia funcional e decisória, (iii) a autonomia administrativa e financeira e (iv) a investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos. Além disso, **do ponto de vista procedimental**, a Lei das Agências Reguladoras estabeleceu um regime jurídico processual-administrativo regulatório baseado em transparência, publicidade, participação social, tomada de decisões colegiadas e racionalmente fundamentadas, vedando-se medidas desarrazoadas.

Na perspectiva específica da autonomia (ou independência) decisória, vejamos a lição de *Aranha*:

“A independência decisória consiste em dar condições para que a agência reguladora resista às pressões de grupos de interesse, mediante procedimento compartilhado de nomeação dos dirigentes com participação necessária do Executivo e Legislativo e fixação de mandatos de longo prazo escalonados e não coincidentes com o período eleitoral. Associado a isso, encontram-se regras legais definidoras das formas de perda dos cargos de direção da agência, visando afastá-la, ao máximo, de interferências indesejáveis por parte do governo ou da indústria regulada. Esse quadro de proteção expressa dos cargos decisórios das agências reguladoras podia ser visto na legislação de telecomunicações, em que, para proteção do mandato de seus dirigentes, estipulava, até sua alteração pela Lei 9.986, de 18 de julho de 2000, que somente podiam perdê-lo em razão de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar.

A decisão colegiada produz, em tese, os efeitos já mencionados da colegialidade de funções, atomizando a responsabilidade e impondo maior discussão e oportunidade de participação dos interessados na questão mediante mecanismos de consulta pública. As decisões do colegiado não estão sujeitas à revisão na esfera administrativa, submetendo-se, entretanto, à cláusula pétreia brasileira de inafastabilidade da jurisdição.

Para o fechamento do modelo, as regras de preenchimento dos cargos de direção das agências prevêm mecanismos de isenção dos seus ocupantes frente aos interesses privados tutelados, tais como regras proibitivas de vínculos dos diretores das agências com os setores regulados e regras de incompatibilidades de mandatos, que imponham exclusividade na função dirigente da agência.

Um dos mecanismos de proteção das agências reguladoras contra a confusão entre interesses privados e os desígnios públicos reguladores encontra-se na quarentena, que visa impedir o recrutamento imediato de dirigentes das agências pelo setor regulado mediante custeio indenizatório do período em que os ex-dirigentes das agências permanecem tolhidos do pleno desempenho de suas atividades.

Quanto à possibilidade de exoneração dos diretores das agências reguladoras, o Supremo Tribunal Federal brasileiro pronunciou-se liminarmente sobre a questão, posicionando-se pela impossibilidade de interferência unilateral legislativa na exoneração de dirigentes de agência reguladora, exigindo-se, no entanto, justo motivo para afastamento de dirigente de agência pelo Chefe do Executivo em virtude da fixação de



mandato por lei e da forma complexa de nomeação com participação dos poderes Executivo e Legislativo<sup>69</sup>.

Bem observado, esse conjunto de mecanismos evitaria, de um lado, a apropriação da regulação pela indústria regulada ou pelos usuários dos respectivos serviços e atividades; de outro lado, evitaria a submissão da regulação aos interesses políticos de ocasião.

Nada obstante, o adequado funcionamento desses mecanismos dependeria, logicamente, dos dirigentes das agências reguladoras que, ao fim e ao cabo, possuiriam a palavra final em sede de regulação administrativa setorial. Nesse sentido, a legislação em vigor estabelece que “*as agências terão como órgão máximo o Conselho Diretor ou a Diretoria Colegiada, que será composto de até 4 (quatro) Conselheiros ou Diretores e 1 (um) Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral*” (Lei n° 9.986/2000, art. 4°, redação dada pela Lei n° 13.848/2019).

Na prática, ainda que seja possível delegar competências do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada aos superintendentes ou aos gerentes de áreas técnicas, caberá aos órgãos colegiados a decisão final, a ser tomada em última instância administrativa. Por consequência, mostra-se relevante investigar a disciplina legal a respeito da formação dos colegiados, pois serão os votos desses dirigentes que consolidarão a manifestação definitiva do regulador.

No ponto, a legislação exige que os dirigentes das agências reguladoras sejam brasileiros e tenham reputação ilibada e notório conhecimento no campo de sua especialidade, estabelecendo critérios específicos para demonstração da experiência profissional e da formação compatível com o exercício do cargo (Lei n° 9.986/2000, art. 5°, redação dada pela Lei n° 13.848/2019).

A norma igualmente apresenta vedações à indicação e à nomeação para compor o colegiado, sobretudo em razão das atividades pretéritas do profissional. Restringe-se a indicação em razão do exercício de determinados cargos políticos, político-partidários, de natureza sindical ou trabalhista, daquele inelegível e de titular de participação, direta ou indireta, em empresa ou entidade que atue no setor sujeito à regulação exercida pela agência reguladora em que atuaria, ou que tenha matéria ou ato submetido à apreciação dessa agência reguladora (Lei n° 9.986/2000, art. 8°-A, redação dada pela Lei n° 13.848/2019).

A legislação também criou restrições ao exercício de outras atividades por dirigentes de agências reguladoras durante o mandato e no período de quarentena remunerada (por 6 meses), sob pena, inclusive, de consequências criminais (Lei n° 9.986/2000, arts. 8°, 8°-B, redação dada pela Lei n°

---

<sup>69</sup>ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 5. ed. rev. ampl. – London: Laccademia Publishing, 2019.

13.848/2019). Assegura-se, ainda, que o dirigente somente perderá o mandato em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou condenação em processo administrativo disciplinar, e por infringência às vedações ao exercício de outras atividades (Lei n° 9.986/2000, art. 9°, redação dada pela Lei n° 13.848/2019).

A novel legislação ainda prevê mandatos não coincidentes e disciplina os modos de preenchimento das vagas no colegiado no período de vacância, mediante criação da figura do dirigente substituto, que deverá ser chamado dentre aqueles servidores da agência indicados em lista e devidamente qualificados para exercer as respectivas funções de modo provisório (Lei n° 9.986/2000, art. 4°, §§ 1° e 2° e art. 10°, redação dada pela Lei n° 13.848/2019).

Todos esses mecanismos criam estabilidade ao funcionamento das agências reguladoras, evitando modificações abruptas e baseadas exclusivamente em critérios discricionários de conveniência do poder político.

Contudo, impõe-se destacar o caráter político da indicação e da nomeação dos dirigentes das agências reguladoras, pois eles serão indicados pelo Presidente da República e nomeados após aprovação do Senado Federal (Lei n° 9.986/2000, art. 5°, redação dada pela Lei n° 13.848/2019).

Nesse aspecto, não se deveria ignorar a possibilidade de significativa “*barganha*” política no preenchimento dos cargos, do que poderia resultar na constituição de uma espécie de espaço de influência de determinados grupos políticos junto às agências reguladoras.

Conforme alertou *Stigler*, caso a indústria regulada desejasse adquirir uma determinada regulação, ela deveria procurar o revendedor adequado, que seria o partido político com influência sobre o regulador (STIGLER, 1971). Assim, ao contrário do que se poderia eventualmente presumir, a disputa por cargos diretivos em agências reguladoras poderia não estar baseada em uma perspectiva quase ingênua de oferecimento de emprego a algum simpatizante político-partidário de determinado cargo público. Nas agências reguladoras, a disputa estaria em um nível superior e poderia estar relacionada sobretudo com a busca por influência política na tomada das decisões regulatórias.

Desnecessário destacar, aqui, a importância social e econômica dos temas decididos no âmbito das agências reguladoras.

A barganha política envolvendo nomeações em agências reguladoras parece fazer parte do arranjo político brasileiro, considerando o chamado “*presidencialismo de coalizão*”, que exigiria do governo a formação de uma base de apoio junto ao congresso nacional para que suas pautas políticas pudessem avançar.

Não parece ilógico, do ponto de vista político, que o Senado Federal tenha aprovado, em uma única semana do ano de 2022, a indicação de 25

dirigentes para compor os órgãos colegiados de diversas agências reguladoras (v.g., Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, Agência Nacional do Petróleo – ANP, Agência Nacional de Mineração – ANM, Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa<sup>7</sup>).

Da mesma forma, não parece ilógico, também do ponto de vista político, que o atual Presidente tenha recentemente retirado 18 indicações do ex-Presidente para diversos cargos, inclusive de direção em agências reguladoras<sup>8</sup>.

Efetivamente, a legislação estabelece uma série de condições para a indicação e a nomeação de dirigente de agência reguladora. No entanto, uma vez atendidos os requisitos e superadas as vedações legais, havendo acordo de natureza política, o respectivo “*grupo político vencedor*” poderia contar com uma espécie de representante para figurar na direção da agência reguladora durante todo o prazo do mandato. Isso significaria, nesse caso, que esse grupo político poderia continuar a exercer sua influência mesmo após eventual insucesso eleitoral superveniente, postergando no tempo seu poder de barganha.

A colegialidade, por sua vez, restringiria os impactos indesejados da nomeação de um dirigente comprometido com um determinado grupo político, pois dela se extrairia, como regra geral, a necessidade de formação de uma maioria para a tomada da decisão regulatória. A colegialidade, porém, não impediria uma atuação disfuncional de um determinado dirigente, pois haveria espaços procedimentais para decisões monocráticas, bem como para condução do processo em caso de sua relatoria, o que poderia envolver, por exemplo, o controle do tempo do processo, dos poderes de instrução e, ainda, o destaque para os pontos de seu interesse na elaboração do respectivo voto.

Outra observação passível de ser realizada é a de que o poder político poderia provocar a abertura de vagas de direção nas agências reguladoras mesmo antes do encerramento dos respectivos mandatos, sobretudo para ampliar sua influência política ou mesmo para formar uma maioria capaz – daí sim – de ofertar e efetivamente entregar uma determinada regulação. Significa dizer, em outras palavras, que existiriam meios para se alcançar tal finalidade.

Um caminho possível seria a oferta de cargos mais atraentes para aquele(s) dirigente(s) que porventura se busque substituir. Nesse exemplo,

---

<sup>7</sup>Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/04/08/em-esforco-concentrado-senado-aprova-38-indicacoes-a-agencias-e-orgaos-publicos>, acesso em 28.6.2023.

<sup>8</sup>Disponível em <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2023/02/01/lula-retira-18-indicacoes-de-bolsonaro-a-diretorias-de-agencias-a-embaixadas-e-defensoria>, acesso em 28.6.2023.

haveria uma barganha entre o poder político e o(s) dirigente(s), que poderia ou não envolver uma determinada demanda por regulação. De forma específica, a barganha estaria na abertura de uma vaga a ser preenchida por um novo grupo político em troca de um novo cargo ou posição, inclusive em empresas estatais, com melhor remuneração, em alguma cidade mais atraente, com mais ou menos visibilidade (a depender de sua preferência) *etc.*

Hoje, conforme previsto na Lei nº 11.526/2017, atualizada pela Medida Provisória nº 1.170/2023, a remuneração para o exercício do Cargo Comissionado de Direção de Agência Reguladora Federal, sem acréscimos porventura incidentes, seria de R\$ 19.001,04 para o dirigente geral ou presidente (CD I) e de R\$ 18.050,99 para os demais dirigentes integrantes do colegiado (CD II). Não se trata, logicamente, de remuneração desprezível, mas corresponde a menos da metade do teto do funcionalismo público, que hoje é de R\$ 41.650,92 e chegará a R\$ 46.366,19 a partir de fevereiro de 2025, conforme Lei nº 14.520/2023.

Apenas como exemplo, em agosto de 2022, o Senado Federal publicou editais para abertura de concurso público voltado ao preenchimento de vagas e cadastro de reservas para analista legislativo/diversas especialidades, analista legislativo/registo, redação parlamentar, advogado, consultor/diversas áreas e técnico legislativo/policial legislativo. Os salários iriam R\$ 19.427,79 a R\$ 33.461,68, ou seja, todos com maior remuneração do que a remuneração básica dos cargos de direção em agências reguladoras<sup>9</sup>.

Sem embargo de questões de ordem moral, a remuneração básica dos dirigentes das agências reguladoras parece incompatível com a respectiva responsabilidade, sugerindo, inclusive, a existência de incentivos à busca por melhor remuneração, servindo o cumprimento do mandato como uma espécie de trampolim para posterior evolução na carreira profissional.

Na verdade, não soa improvável que os dirigentes de agências reguladoras façam planos para o futuro após o encerramento de seus mandatos e após o período de quarentena remunerada. Os planos profissionais desses dirigentes poderiam envolver o exercício de atividades nas estruturas da Administração Pública ou em empresas públicas ou privadas, inclusive (e talvez especialmente) naquelas por eles reguladas.

Nesse caso, o dirigente poderia estar estimulado a atuar em conformidade ou ao menos ser mais simpático com determinado interesse – político ou particular – na expectativa de obter, no futuro, uma nova posição profissional. Por exemplo, um dirigente específico poderia conduzir um

---

<sup>9</sup>Disponível

em

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/08/23/publicados-editais-para-concurso-do-senado-com-22-vagas>, acesso em 28.6.2023.

determinado assunto sem a neutralidade ou a imparcialidade desejada, ainda que isso ocorresse sem uma contraprestação imediata, ou seja, sem que houvesse a ilegal e literal “*aquisição*” da regulação via recursos financeiros.

O modelo atual parece permitir a criação de um cenário de incentivos ao regulador para a adoção de comportamentos eventualmente distantes do almejado interesse público, que poderia não ser alcançado ainda que observados todos os procedimentos propagados na teoria processual administrativa da regulação, visto que esses procedimentos não prescindiriam de um regulador imparcial e comprometido com a boa regulação.

Aparentemente, a atividade desenvolvida no âmbito das agências reguladoras poderia estar sujeita a interferências externas disfuncionais, sobretudo porque, como visto, o processo político de indicação de seus dirigentes poderia envolver, já na origem, significativa barganha entre grupos políticos interessados em influenciar a fiscalização das atividades reguladas, assim como a construção e a aplicação da regulação setorial.

Naturalmente, não se poderia afirmar que os dirigentes indicados e nomeados após o respectivo processo político participariam necessariamente do chamado “*mercado da regulação*”. Na verdade, parece bastante provável que a interferência externa e disfuncional eventualmente verificada ocorra apenas de forma esporádica e ainda sujeita aos demais controles pertinentes, como, por exemplo, o controle jurisdicional.

De todo modo, sobretudo em mercados que movimentam significativo volume de recursos ou em mercados com grande visibilidade social, deve-se observar a possibilidade de oferta e demanda por regulação. Em um contexto assim, parece necessário avançar no aprimoramento dos mecanismos que possam restringir a “*barganha*” no “*mercado da regulação*” aventado pela escolha pública, ainda que provavelmente não exista uma solução “*perfeita*” para essa finalidade, tampouco seja possível (e mesmo desejável) que as agências reguladoras fossem absolutamente autônomas e hegemônicas.

Parece conveniente promover discussões e críticas sobre o sistema de nomeação dos dirigentes das agências reguladoras, que hoje está centralizado na política e possui critérios que podem não ser suficientes para efetivamente impedir a participação de representantes de um ou outro determinado grupo político em cargos de direção das agências.

Conforme indica Aranha, “*a estrutura desenhada para regulação setorial, no Brasil, permitiu a fixação de um esquema de forças quadripartite*”, que seria formado por: “*a) produtor da utilidade pública; b) usuário/consumidor; c) Poder Público detentor da rede essencial à prestação do serviço ou titular do monopólio de exploração e, finalmente; d) o próprio ente regulador*” (ARANHA, 2019a).

Nada obstante o referido esquema de forças quadripartite, o modelo de formação dos órgãos colegiados das agências reguladoras federais encontra-se hoje *centralizado* na política, ou seja, as indicações e nomeações funcionam *exclusivamente* em conformidade com a lógica política.

Uma alternativa possível, observadas igualmente todos os requisitos técnicos e as vedações legais, poderia ser a repartição das cadeiras do órgão colegiado com indicações e nomeações provenientes do mercado regulado. Tal modelo possuiria o inconveniente de haver eventualmente algum dirigente claramente comprometido com alguma das categorias de participantes do mercado regulado, mas, por outro lado, possuiria a vantagem de reduzir a exclusividade (ou o monopólio) das indicações e nomeações hoje detido pelo poder político.

Apenas por exemplo, no âmbito do setor elétrico brasileiro, a indústria regulada envolve agentes submetidos a diferentes regimentos e titulares de diferentes interesses<sup>10</sup>. No caso, diante de gama distinta de agentes, submetidos a diferentes incentivos econômicos, com problemas específicos inerentes a cada localização de suas atividades, seria possível cogitar a respeito de eventual mitigação do referido inconveniente, ou seja, de que um determinado dirigente venha a estar claramente comprometido com um determinado segmento.

Em tal contexto, seria conveniente destacar o alerta de Aranha (2019a), de modo que o “*regulador pode sobrevalorizar um dos outros três componentes [do esquema de forças quadripartite], mas o fará sob pena de perder sua condição de espaço público de discussão e contato entre os atores setoriais e, portanto, em detrimento da credibilidade perante os demais atores preteridos*”.

Outro aspecto que também parece conveniente destacar é a busca por melhor e mais estável remuneração aos dirigentes das agências reguladoras, sobretudo para compatibilizar o exercício da função com a respectiva responsabilidade, do que poderia resultar na observância do teto do funcionalismo público federal. No ponto, inclusive, ultrapassado o modelo de exclusiva nomeação política, soa razoável ampliar o prazo do mandato, permitindo aos dirigentes das agências reguladoras atuar por mais tempo, com mais garantias de remuneração, e, com isso, reduzir os incentivos voltados à

---

<sup>10</sup>Na produção de energia elétrica, há os geradores hidrelétricos (Centrais de Geração Hidrelétricas – CGHs, Pequenas Centrais Hidrelétricas – PCHs e Usinas Hidrelétricas – UHEs), os geradores termelétricos (titulares de usinas movidas a biomassa, derivados do petróleo, gás natural *etc.*), os geradores eólicos, os geradores fotovoltaicos. Na distribuição de energia elétrica, há as concessionárias e as permissionárias, incluindo cooperativas. No segmento consumo, há os consumidores livres e potencialmente livres (grandes consumidores), há os consumidores especiais, há os consumidores cativos (*v.g.*, residenciais, industriais, rurais, baixa renda *etc.*).

criação de expectativas associadas à continuidade do exercício profissional junto das estruturas da Administração Pública ou junto de empresas privadas.

## CONCLUSÃO

O presente artigo evidencia a possibilidade de aprimoramentos dos mecanismos voltados a ampliar a autonomia decisória das agências reguladoras federais, sobretudo quanto ao modelo de indicação e nomeação de seus dirigentes e sua remuneração básica.

Atualmente, há um monopólio do poder político na formação dos órgãos colegiados das agências reguladoras e seus dirigentes parecem perceber uma remuneração básica incompatível com a respectiva responsabilidade profissional, o que poderia produzir incentivos indesejáveis e disfuncionais quanto ao desenvolvimento de um mercado de regulação, tal como sugere a teoria da escolha pública.

Nesse sentido, inclusive para que se possa, na perspectiva jurídica, alcançar uma regulação capaz de produzir bem-estar e atender ao interesse público, mostra-se importante observar que, para tanto, é necessária a formação de órgãos decisores comprometidos com a boa regulação, inclusive na perspectiva da teoria processual administrativa da regulação.

Para enfrentar o monopólio político da formação dos colegiados, o artigo sugere a avaliação acerca da indicação de dirigentes das agências reguladoras por outros polos participantes do mercado regulado, ainda que parcialmente. Para enfrentar o possível subdimensionamento da remuneração básica dos dirigentes das agências reguladoras, o artigo sugere uma aproximação com o teto do funcionalismo público federal, assim como, uma vez ultrapassado o monopólio do poder político de formação dos colegiados, sugere-se uma ampliação do prazo dos respectivos mandatos, ampliando-se a estabilidade do regulador.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório**. 5ª ed., Londres: Laccademia, 2019a.
- ARANHA, M. I. **Teoria Jurídica da Regulação: entre Escolha Pública e Captura**. *Direito Público*, v. 16, nº 90, p. 11-37, 2019b.
- ARROW, K. J. **Social Choice and Individual Values**. 2. ed. New York: John Wiley & Sons, 1963.

- BLACK, D. **On the Rationale of Group Decision-Making**. Journal of Political Economy, v. 56, p. 23-34, 1948.
- BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. **The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962.
- CROLEY, Steven P. **Regulation and Public Interests: The Possibility of Good Regulatory Government**. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- DOWNS, A. **An Economic Theory of Political Action in a Democracy**. Journal of Political Economy, v. 65, n. 2, p. 135-150, 1957.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LOPES, O. A. **Fundamentos da Regulação**. Rio de Janeiro: 2018.
- MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. Fórum Administrativo: Direito Público, ano 1, nº 08, outubro de 2001, Belo Horizonte.
- NISKANEN, W. A. **The Peculiar Economics of Bureaucracy**. The American Economic Review, v. 58, n. 2, p. 293-305, May 1968.
- OLSON, M. L. **The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups**. 20. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, v. Harvard Economic Studies, Volume CXXIV, 2002.
- PEACOCK, A. **Public Choice Analysis in Historical Perspective**. Milano: Cambridge University Press - Raffaele Mattioli Foundation, 1997.
- ROSE-ACKERMAN, S.; LINDSETH, P. L. (Eds.). **Comparative Administrative Law**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2010.
- STIGLER, G. J. **The Theory of Economic Regulation**. The Bell Journal of Economics and Management Science, v. 2, n. 1, p. 3-21, Spring 1971.

Journal of Law and Regulation  
Revista de Direito Setorial e Regulatório

**Contact:**

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório  
Campus Universitário de Brasília  
Brasília, DF, CEP 70919-970  
Caixa Postal 04413

**Phone:** +55(61)3107-2683/2688

**E-mail:** [nds@unb.br](mailto:nds@unb.br)

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>