

A insuficiência da estruturação da independência orgânica das agências reguladoras federais contra a interferência político-partidária

The Inadequacy of the Organic Independence Structure of the Federal Regulatory Agencies against Partisan Political Interference

Submetido(submitted): 18/12/2018

Parecer(revised): 14/01/2018

Aceito(accepted): 16/01/2018

Cynthia Ruas*

Resumo

Propósito – O presente artigo relacionará a estruturação administrativa estatal como meio meramente formal de predomínio da tecnicidade e a ocorrência, em realidade, de indicações político-partidárias para o corpo de dirigentes das agências reguladoras federais.

Metodologia/abordagem/design – O artigo tem base teórica e leva em consideração dados empíricos coletados em pesquisa sobre as nomeações dos dirigentes das agências reguladoras, realizada pelo Grupo das Relações entre Estado e Empresa Privada – GRP, da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP) e levanta possíveis soluções baseadas em capítulo da publicação *Desafios da Nação* do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA.

Resultados – A análise considera que a estruturação administrativa disposta em leis, com o fim de manutenção da independência orgânica das agências reguladoras, não é suficiente para manter o predomínio do juízo técnico, em detrimento do viés político-partidário, nas agências reguladoras federais.

Originalidade/relevância do texto – O assunto é relevante tendo em vista que mais agências reguladoras federais continuam sendo criadas, como por exemplo a Agência Nacional de Mineração, e as críticas às indicações político-partidárias às Diretorias Colegiadas são incessantes, por notícias na mídia, pelo próprio corpo de servidores das agências e pela comunidade acadêmica. Há diversos dados já disponíveis sobre o assunto e o artigo apresenta originalidade na forma de abordagem, relacionando os dados com as teorias jurídicas da regulação que possam ser aplicáveis à análise.

Palavras-chave: regulação, tecnicidade, agências reguladoras, independência orgânica, teorias jurídicas da regulação.

*Especialista em Regulação - Direito - da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Atualmente, exerce a função de Gerente de Relacionamento Internacional e com o Mercado, da Superintendência Executiva da ANTT. É graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2009) e Pós-Graduada em Direito do Estado pela UNIDERP-Anhanguera (2013). Detém experiência profissional nas áreas de Direito Concorrencial e Regulatório. E-mail: cynthia.ruas@gmail.com.

Abstract

Purpose – This article relates state administrative structure as a merely formal means of dominance of technicality and the actual presentation of federal regulatory agencies as a place of political partisan indications for the board of directors.

Methodology/approach/design – The article is based on theoretical basis and has empirical data collected in relation to the nominations of the members of the board of directors of the regulatory agencies. Researches were carried out by the Group of Relations between State and Private Enterprises (GRP), of the Law School of Getulio Vargas Foundation (FGV-SP) and is based on possible solutions presented on a chapter of the publication *Desafios da Nação*, of the Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

Findings – The analysis considers that for the legal administrative structure to maintain the organic independence of regulatory agencies, it is not sufficient to maintain the predominance of the technical discretion, in detriment of the political partisan bias, within the federal regulatory agencies.

Originality/value – The subject is relevant as agencies are continually being created, such as the National Mining Agency, and criticism to political partisan indications to agencies' board of directors are common, as publicized by the media, or by the public servants of the agencies and by the academic community. There is a diversity of data available regarding the subject and the article presents its originality on the approach of relating data with legal theories of regulation that may be applicable to the analysis.

Keywords: regulation, technicality, regulatory agencies, organic independence, legal regulatory theories.

Introdução

As agências reguladoras no Brasil foram criadas no bojo de uma reforma da política estatal voltada à tecnicidade das tomadas de decisões estatais que regulam os mercados. Em consequência, foram instituídas estruturas formais para blindagem e proteção do corpo diretivo das agências reguladoras federais, por meio de mandatos e sabatina pelo Senado Federal dos diretores, e também pela independência funcional das agências em relação aos ministérios, aos quais têm relação de vinculação, e não de subordinação.

Nota-se que as nomeações dos dirigentes das agências reguladoras federais dependem da indicação final pelo Poder Legislativo e, por isso, o artigo pretende fazer uma análise crítica entre a existência de definições formais e estruturais para a nomeação dos dirigentes das agências, que deveriam garantir isenção técnica, mas que vai de encontro ao perfil de dirigentes das agências reguladoras federais com interferência político-partidária.

Considerando os recentes relatos de corrupção entre as agências reguladoras e os entes políticos, decorrentes de delações premiadas, tais como da Operação “Lava Jato” e da “Porto Seguro”, faz-se necessário o debate sobre as influências político-partidárias no processo de escolha dos diretores das

agências reguladoras federais. O tema afeta toda a sociedade uma vez que a regulação implementa as decisões tomadas em nível de política pública e seus efeitos são diretamente sentidos por todos.

Assim, na primeira parte do artigo, serão analisados os conceitos de políticas públicas e a definição da regulação como meio de sua implementação, tomando-se por base o contexto de surgimento da regulação no Brasil e a Reforma do Estado ocorrida no fim da década de 90. Ressalte-se que essa primeira parte também será útil para definir o conceito de política pública e estatal (do inglês “*policy*”) e, assim sendo, diferenciá-la do conceito de política no contexto partidário (do inglês “*politics*”).

Em seguida, na segunda parte, a análise partirá da estruturação e criação de requisitos formais das agências reguladoras federais com a finalidade de garantir tecnicidade nas decisões regulatórias que deverão interferir em mercados específicos.

Na terceira parte, serão utilizados dados empíricos que demonstram que as indicações dos dirigentes das agências reguladoras federais não necessariamente buscam isenção técnica e pluralidade de representação entre interesse público, conhecimento de mercado e expertise técnica.

A partir da quarta parte, serão analisados os conceitos da Teoria da Captura, da Teoria da Escolha Pública e da Teoria dos Sistemas, com a finalidade de checar a correlação entre os marcos teóricos com as disfunções verificadas entre as arestas formais delineadas para as estruturas das agências e a dificuldade de se evitar as interferências político-partidárias na realidade da nomeação dos dirigentes das agências.

Por fim, a conclusão apresenta propostas para melhoria do quadro de indicações político-partidárias no sistema regulatório brasileiro, buscando-se maior heterogeneidade e tecnicidade entre os dirigentes.

O conceito de política pública e a regulação como seu instrumento

O conceito de política pública, segundo Michael Howlett et.al. (HOWLETT, RAMESH e PERL, 2013), engloba diversas decisões, tomadas tanto por órgãos governamentais, como por atores externos. Vale destacar que Rosana de Freitas Boullosa (BOULLOSA, 2013) afirma que o estudo das políticas públicas no Brasil há anos se baseia na “assunção da centralidade do governo como promotor exclusivo de políticas públicas”, mas que há diversas formas e ações coletivas para instrumentalizar de maneira inovadora a política pública .

Estes conceitos de políticas públicas se coadunam com a ideia de Estado “Regulador”, que emergiu após a Constituição Federal de 1988 e que levou à “Reforma do Estado” realizada pelo Governo Fernando Henrique Cardoso e

que, em consequência, criou o MARE – Ministério da Administração e de Reforma do Estado, chefiado por Bresser Pereira. A nova era de regulação estatal traz consigo a noção de um Estado brasileiro menos intervencionista e mais indutor de políticas públicas. E, para a realização do trabalho estatal, sob a nova perspectiva regulatória, passa-se do Estado impositivo, para o Estado que busque dar transparência das suas ações e que sofra controle social, por meio de maior participação da sociedade na sua atividade (ARANHA, 2018). Portanto, a visão de política pública que leve em consideração a existência de diversos atores, que não somente o Estado, está em consonância com instrumentos de transparência, bem como de controle e participação social.

Ressalta-se que dentre os possíveis instrumentos de aplicação da política pública, a regulação é muito utilizada por definir um sistema de punição aos regulados, de acordo com Michael Howlett et.al. (HOWLETT, RAMESH e PERL, 2013), como comando e controle.

Egon Bockmann Moreira (MOREIRA, 2013) ensina que regular é normatizar para disciplinar e, considerando John Braithwaite (BRAITHWAITE, 2011), sobre a Teoria da Regulação Responsiva, a imposição de sanções é tão importante que deve ser estudada a ponto de verificar-se a melhor forma de sua aplicação, pelo escalonamento da severidade das sanções e por meio da persuasão ao regulado a agir conforme a lei.

Por todas essas perspectivas, percebe-se a importância de outro elemento do Estado, a autoridade. Sem que houvesse um arcabouço jurídico que viabilizasse a adoção de medidas coercitivas pelo Estado, a atividade regulatória não teria eficácia. A imposição de sanções serve como um balanço entre o temor do regulado em perder parte do seu lucro, com o pagamento de penalidades de multa, e um incentivo para que mantenha suas atividades em conformidade com os preceitos legais. O regulador, com base nessa autoridade, pode criar um sistema de normas e sanções que possibilite o direcionamento da atividade econômica ao sentido de atendimento do interesse público.

No entanto, por outro ponto de vista, conforme leciona Daniel Halberstam (HALBERSTAM, 2010), o regulador seria não somente implementador, mas também criador de políticas públicas. Isso ocorreria se levássemos em consideração a independência legal das agências em relação ao Poder Executivo, a qual possibilita ao regulador a adoção de decisões com discricionariedade que chegariam a escapar dos controles de instituições de governança.

Entretanto, de acordo com Gustavo Binenbojm (BINENBOJM, 2005), considerando os diferentes contextos de criação da regulação nos Estados Unidos da América e no Brasil, pode-se entender que a regulação lá foi vista como um intervencionismo nas liberdades individuais, enquanto aqui foi criada como uma forma de retirar da pauta política-eleitoral a definição de atividades

econômicas. Isso poderia explicar a razão pela qual a independência das agências reguladoras no Brasil em relação ao governo central é tema tão apreciado por juristas brasileiros e o porquê do estudo das políticas públicas no Brasil estar tão centrado no governo.

Para tanto, apesar de reconhecer que a política pública é criada pela multiplicidade de ações derivadas de diversos atores da sociedade, do governo e do Estado, a noção a ser trabalhada de políticas públicas no presente artigo será focada nas diretrizes do governo central que são implementadas pelas agências reguladoras, por meio da regulação, e com limites de verificação da legalidade pelo direito.

E, nesse sentido, a intenção desse estudo é averiguar a eficácia da estruturação administrativa estatal das agências reguladoras federais como meio de predomínio da tecnicidade, em detrimento do juízo político-partidário.

A tecnicidade nas definições de políticas públicas e da regulação

De acordo com Aranha (2018), a política pública do século XX carrega em si alto conhecimento do setor em que incide e, para além disso, se espelha na evolução do setor. A política pública embasada no conhecimento do setor, que otimiza a eficiência e é balizada por um desenvolvimento pautado pela ética, foi parcialmente possibilitada pela criação das agências reguladoras no Brasil. Sendo assim, percebe-se a importância do conhecimento técnico pelo Estado, tanto na execução da regulação, como na definição das políticas públicas:

“A política pública encontra-se espelhada na evolução de cada setor de atividades relevantes, constituindo um dos elementos necessários para qualificação de tais atividades em direção à produção do bem-estar. Tais considerações situam-se no âmbito do chamado governo por políticas (government by policies) como qualificativo representativo do século XX. Como consequência, a intervenção estatal nos setores relevantes de atividades é pressuposto para se relacionar a evolução setorial com o adensamento dos direitos fundamentais em sua dimensão concreta. Por tudo isso o conhecimento é tão relevante: conhecimento setorial para ponderação das fronteiras de regulação no gerenciamento normativo da realidade voltado à otimização da eficiência dos setores representativos da economia nacional dentro de patamares éticos de desenvolvimento. A introdução de entes de direito público tematicamente especializados – as agências reguladoras –, principalmente a partir da segunda metade da década de 1990, no Brasil, responde em parte, à referida demanda por um conhecimento setorial capaz de produzir regulação em ambientes complexos e em constante transformação.”.

Conforme Floriano de Azevedo Marques Neto (MARQUES NETO, 2005), a criação das agências reguladoras é embasada na necessidade de um órgão público, que se distinga do modo antigo de atuação direta do Estado em setores econômicos, e que incorpore em si: a transparência, a autoridade, os

meios de controle e participação social, a alta especialização técnica dos seus servidores. Todos esses requisitos servem para possibilitar a intervenção racional e direcionada dos setores econômicos, cuja relevância seja suficientemente alta para que justifique a atuação do Estado, baseada em conhecimento técnico, e não em planos de governos que se alteram a cada eleição.

Dentre as formas de manutenção da tecnicidade independente do ente regulador, ressalta-se a independência orgânica, que é bem descrita por Marques Neto (MARQUES NETO, 2005), como um instrumento para que o regulador atue sem subordinação, mas sim acompanhando os fins da política pública daquele setor regulado, o que lhe daria autonomia no uso de instrumentos regulatórios. Os critérios citados por Marques Neto como definidores da independência orgânica são: (i) a estabilidade dos cargos dos dirigentes, os quais são escolhidos por indicação presidencial com sabatina pelo Senado Federal para exercício de mandato com prazo definido em lei, com inamovibilidade; e (ii) a ausência de controle hierárquico das tomadas de decisões pelas agências reguladoras, cuja função é afastar interferências político-partidárias do núcleo de poder.

De fato, o regulador atua com certo espaço de discricionariedade técnica a qual, de acordo com Flávio José Roman (ROMAN, 2013), deve ser delimitada e ponderada por razões de tecnicidade, especialmente econômica, antes da sua definição política, e essa tecnicidade serve justamente para evitar a interferência política nas tomadas de decisão regulatórias. Pode-se dizer que a discricionariedade deriva da independência gozada pelas agências reguladoras. Marques Neto (MARQUES NETO, 2005) define que, apesar da independência, as agências não estão totalmente alheias a possíveis controles e o poder de controle hierárquico poderia ser utilizado em caso de flagrante descumprimento de políticas públicas, utilizando-se do direito constitucional de petição.

Ao sintetizar as finalidades da regulação, Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, 2002) defende que a regulação é uma ordenação de políticas públicas, balizada por valores de grupos ou da coletividade, que evita vieses individuais e condutas indesejáveis do regulado:

“Defende-se, por isso, a concepção de ser a regulação um conjunto ordenado de políticas públicas, que busca a realização de valores econômicos e não econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a coletividade em seu conjunto. Essas políticas envolvem a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa, destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e a reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores prezados. As políticas regulatórias envolvem inclusive a aplicação jurisdicional do Direito.”.

Nesse sentido, a política pública, permeada pelo entendimento dos agentes governamentais que a elaboram, notadamente os Ministérios, é diretriz

para a realização da regulação. Portanto, a política pública deve buscar o alcance de ações que gerem conteúdo e que se curvem ao interesse público ou geral e, assim, servir de guia para a regulação. No entanto, o regulador deve manter sua independência em relação aos órgãos governamentais que ditam, ao menos parcialmente, o caminho da política pública e, assim, manter a tecnicidade, que é tão cara aos valores fundadores da regulação.

E, nesse sentido, para evitar a interferência nas decisões regulatórias, o regulador deve manter-se equidistante dos três principais interessados na regulação: o regulado, o consumidor e o Poder Público, conforme Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, 2002):

“Tais decisões, como de resto, frisado para toda a atividade regulatória, exigem uma ponderação de interesses, envolvendo o Poder Público, o consumidor e o fornecedor de bens ou serviços, razão pela qual deve ser exarada com base em critérios técnicos, que assegurem o atingimento do “ponto ótimo”, para o que deve ser assegurada a independência do regulador em relação aos interessados (impedindo-se a chamada “captura” do regulador)”.

Percebe-se, portanto, que as agências reguladoras foram criadas em meio a extenso arcabouço formal e estrutural que deve trazer segurança jurídica ao trabalho dos reguladores, para implementar políticas públicas com a melhor técnica possível, com devido processo legal, ampla defesa, dirigentes com mandatos fixos e sabatinados pelo Senado Federal, competências devidamente estabelecidas em lei, ausência de recurso hierárquico aos Ministérios, autonomia administrativa e financeira, entre tantos elementos enumerados por juristas brasileiros.

As indicações político-partidárias de dirigentes de agências reguladoras federais

Apesar de todos os instrumentos formais e que estruturam administrativamente as agências reguladoras para manutenção do juízo técnico, os dirigentes das agências reguladoras federais são, em grande parte, indicados por outros motivos, que não o conhecimento técnico. O modo de indicação, com Mensagem do Presidente da República ao Senado Federal, com posterior sabatina do indicado, faz parecer que o processo de indicação de dirigentes evitaria ingerências do sistema político-partidário.

Em verdade, em estudos entre 2016 e 2017, a Escola de Direito da FGV-SP (SALAMA, BARRIONUEVO, *et al.*, 2016) e (SALAMA, BARRIONUEVO, *et al.*, 2017) apontou diversos achados que contradizem a criação das agências reguladoras com a finalidade de levar tecnicidade às decisões regulatórias e de ampliar o espectro do debate para diversas áreas.

Primeiramente, os dados demonstram a falta de diversidade de origem dos dirigentes. A grande maioria dos dirigentes das agências já integram a estrutura estatal, sendo que 80% dos indicados já tinham exercido cargos em comissão anteriormente, e somente 6% dos nomeados são provenientes da iniciativa privada.

Ressalta-se que em artigo no livro *Desafios da Nação*, publicado pelo IPEA (PECI e VIEIRA, 2018), também foram levantados diversos dados de pesquisa semelhante, mas os dados foram realizados até 2014. Apesar disso, nessa análise, os pesquisadores consideraram que a alta indicação de dirigentes que anteriormente detinham cargos comissionados poderia indicar uma valorização do corpo profissional das agências, com despolitização e exaltando a técnica; ou um tipo de captura burocrática, em que o corpo de servidores passa a adquirir mais poder na relação agente-principal com o mercado.

Entre os dirigentes, 60% dos nomeados são engenheiros, 24% são advogados e 14% economistas e a grande maioria deriva de quatro universidades: UFRJ, PUC-RJ, UniCEUB e UnB. Esses dados demonstram uma tendência à falta de pluralidade dos atores da sociedade na definição dos rumos da regulação no país.

Dentre os dirigentes, 42% não têm expertise técnica, traduzida como trajetória profissional conexa ao tema relacionado à função da agência. Ressalta-se que a Lei nº 9.986/2000, que dispõe sobre recursos humanos nas Agências Reguladoras, no seu artigo 5º, define que os diretores devem ter reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados.

Além disso, também é importante notar que as indicações dos dirigentes por vezes demoram para serem feitas e que esse é o principal motivo para a paralisia decisória nas agências, por falta de quórum. Ou seja, o Presidente da República e o Poder Legislativo acabam por restringir o poder de atuação das agências reguladoras pelo mero fato de se omitirem nas nomeações. Especificamente no caso da ANTT, o tempo total de vacância correspondeu, até 2017, a 20,7 anos e com dois momentos de paralisia decisória:

Momento	Período	Tempo de duração
1	17/02/2004 a 03/03/2004	16 dias
2	18/02/2012 a 28/07/2015	3 anos, 5 meses e 10 dias

Tabela 1 – Paralisia decisória na ANTT

O Tribunal de Contas da União já se manifestou sobre a matéria na Tomada de Contas n. 031.996/2013-2 ao afirmar que a falta de indicação de

dirigentes pelo Presidente da República, com nomeação direta de interinos, fragiliza a autonomia das agências e burla o sistema, ao impedir que o Senado Federal participe do processo de escolha dos dirigentes. Entretanto, é importante mencionar que dentre a totalidade de dirigentes indicados a todas as agências reguladoras federais por Presidentes da República, até hoje, somente Bernardo José Figueiredo Gonçalves de Oliveira foi reprovado pelo Senado Federal, em 2012, para recondução ao cargo de Diretor-Geral da ANTT.

Vale mencionar que em estudo sobre o Senado e as aprovações de autoridades, comparando Argentina e Brasil (LEMOS e LLANOS, 2007), um levantamento de 1989 a 2003 apontou que 97,4% das indicações de autoridades no Brasil foram confirmadas pelo Senado Federal. Esse mesmo estudo aponta que na Argentina e nos Estados Unidos, os índices de confirmação também superam os 90%.

Em verdade, o estudo demonstrou que: (i) Presidentes da República com menor base de apoio no Senado tiveram aprovações de seus indicados em curtos prazos, pois, em vista da falta de cooperação, o Presidente da República evita apresentar nomes controversos ou até mesmo evita indicar algum nome; (ii) Presidentes da República com maioria no Senado enviam propostas confiantes na sua base de apoio, mas a aprovação não ocorre imediatamente, e nem uniformemente, o que por vezes gera também a retirada da indicação, que seriam “rejeições silenciosas”; e (iii) Presidentes da República que acabaram de assumir o cargo costumam retirar as indicações feitas pelo seu antecessor.

Portanto, a mera aceitação dos nomes pelo Senado Federal não indica condescendência do Legislativo ao Executivo, uma vez que os Presidentes da República precisam articular as nomeações nos “bastidores”.

Especificamente em relação à ANTT, a pesquisa da FGV-SP também aponta visíveis e latentes falhas de nomeação: nomeação de políticos; formação de 17% da diretoria colegiada por comissionados (que são definidos como generalistas na pesquisa cuja estratégia de carreira é “galgar” cargos em comissão); e um caso de nomeação de publicitário (cujas atividades seriam estranhas à finalidade da agência).

Por fim, e não menos importante, a pesquisa aponta que 27% dos dirigentes têm filiação político-partidária registrada junto ao Tribunal Superior Eleitoral e que 5% do total de dirigentes inclusive já exerceu mandato político. No estudo do IPEA, um índice similar foi encontrado, de 28,7% de filiados a partidos políticos. Nesse sentido, não foram levados em consideração outros níveis de influência ou relação entre os dirigentes e partidos políticos, baseando-se somente no grau máximo de comprometimento do dirigente ao partido político, que é expressado pela filiação. Sendo assim, não estão contabilizados nesses 27% os casos em que exista um comprometimento “informal” entre o dirigente nomeado e o político.

Teorias jurídicas da regulação e explicações para a inversão da lógica da tecnicidade em detrimento da política, na estruturação administrativa das agências

Conforme demonstrado, as normas de criação das agências reguladoras federais no Brasil pretendem garantir formalmente o predomínio do juízo técnico-regulatório sobre o político-partidário via estruturação administrativa.

Entretanto, a realidade demonstra que a letra da lei e as definições doutrinárias sobre independência estrutural das agências não têm sido suficientes para atender o pressuposto de criação da regulação, que seria de conferir tecnicidade às análises em mercados específicos por meio da nomeação de dirigentes com expertise técnica.

Desta feita, passa-se ao levantamento de possíveis problemas no processo regulatório com base em diferentes teorias no âmbito da regulação: Teoria da Captura, Teoria da Escolha Pública e Teoria dos Sistemas.

O risco de “captura” política do regulador pelo ente político

A “captura” mencionada por Marcos Jurueña Villela Souto (SOUTO, 2002) é derivada da chamada Teoria da Captura. Nesse conceito, haveria uma ideia de captura política da atividade regulatória pelo governo, que, de acordo com Márcia Margarete Fagundes (FAGUNDES, 2002), exara decisões politicamente, cujos efeitos são sentidos economicamente:

“O governo tornou-se um agente econômico decisivo na satisfação das necessidades individuais e coletivas e, grande parte das decisões econômicas é gerada, atualmente, na esfera política, enquanto seus efeitos ocorrem na esfera econômica.”.

Desta forma, a independência orgânica e a noção da equidistância do regulador evitariam a ocorrência da captura do regulador, no processo de definição e aplicação da regulação, em relação ao governo.

A Teoria da Captura em si foi criada para embasar teoricamente o enviesamento das regulações benéficas ao setor regulado. Uma das possibilidades aventadas pela teoria seria de que essa barganha de interesses teria finalidades eleitorais. A ideia é de que grupos de interesses suficientemente fortes poderiam influenciar as tomadas de decisões do regulador, de forma a maximizar o lucro e bem-estar do setor regulado, em detrimento do interesse público. E esses grupos de interesses competiriam entre si para conseguirem fazer prevalecer seu interesse privado junto ao regulador/legislador, mediante a troca por suporte eleitoral (BAGATIN, 2010).

Essa teoria é bastante criticada e, muitas vezes, é considerada como apenas um conjunto de hipóteses de que a regulação serviria ao propósito de grupos de interesses do mercado regulado, pois muitas vezes as regulações

gerariam o aumento do lucro do regulado, mas que não explicaria como de fato esse controle da regulação acabaria sendo feita pelos regulados, conforme lição de Othon de Azevedo Lopes (LOPES, 2011). A teoria não explicaria como funcionariam esses mecanismos de conformação de interesses do regulador com os interesses do regulado.

Vale ressaltar que a sua conceituação é bastante divergente, conforme observam Daniel Carpenter e David A. Moss (CARPENTER e MOSS, 2014). Na sua própria definição da teoria, os autores afirmam que ela se baseia em termos indefinidos como interesse público, intenção e indústria regulada, conforme a tradução livre:

“Captura regulatória é o resultado ou processo pelo qual a regulação, na lei ou na sua aplicação, é consistentemente ou repetidamente afastada do interesse público em direção ao interesse da indústria regulada, pela intenção ou pela ação da indústria por si só. A nossa definição é embasada em diversos termos críticos como interesse público, intenção e indústria regulada.”

Por essa razão, a teoria não parece explicar de maneira completa a eventual ocorrência de interferências político-partidárias nas tomadas de decisões das agências reguladoras. Portanto, nesta análise, a Teoria da Captura passa a ser complementada por outras teorias da regulação.

A relação “agente-principal” entre o legislador e o regulador

Possível explicação para interferências do governo central na regulação poderia ser dar pela multiplicidade de relações “agente-principal” na edição de uma norma. O eleitor ocuparia o papel de principal, em relação ao legislador que é o agente que recebe a outorga de poderes de decisão. Entretanto, nem sempre os objetivos do eleitor são coincidentes com os objetivos do legislador e há uma grande dificuldade pelo eleitor em controlar as tomadas de decisões do legislador. Se o legislador repassar ao regulador a competência para criar normas regulatórias, o legislador se torna principal e o regulador seria agente (BAGATIN, 2010).

Da mesma forma, pode-se tomar como exemplo a situação em que a agência reguladora, ao implementar a regulação, atua como agente do Ministério setorial, que é o principal, responsável pela emissão da política pública que dá as diretrizes à regulação. Nessa ocasião, o desvio à finalidade pública poderia ocorrer tanto na definição das diretrizes de política pública, como na aplicação da regulação.

De acordo com a Teoria da Escolha Pública, o processo decisório da regulação seria resultado das trocas político-partidárias entre representantes eleitos, agências reguladoras e grupos de interesse.

No entanto, a dependência entre os três pontos dessa tríade seria afastada ao se analisar a razão de ser do processo decisório dos reguladores, por meio da

Teoria Jurídico-institucional da Regulação, pela qual haveria elementos processuais administrativos que impediriam que o regulador atuasse como mera peça no jogo de interesses políticos, quais sejam: procedimento administrativo; neutralidade do processo administrativo; ambiente jurídico-institucional administrativo (ARANHA, 2018).

Entretanto, o que se observa no âmbito teórico do direito é diferente da realidade delineada quanto às indicações dos dirigentes das agências, pois a definição formal sobre a estruturação administrativa das agências não aparenta ser suficiente para manter-se afastado o viés político dos dirigentes escolhidos.

A teoria dos sistemas e a prevalência do político no trilema regulatório

Conforme Teubner (TEUBNER, 1986), a utilização de uma teoria autorreferente dos sistemas para analisar a ação regulatória do Estado depende da manutenção dos seus próprios elementos de interação que, no caso dos sistemas regulatórios, seriam o direito, as políticas e a sociedade, atuando de maneira circular e devidamente acoplados estruturalmente entre si. Esse é o chamado trilema regulatório que, se não mantido adequadamente, inutilizaria a regulação. Uma das formas de falha regulatória se daria por meio da sobressocialização do direito, como sendo a captura do direito por outros sistemas, por exemplo, pela politização das leis.

Assim, talvez seja possível observar uma prevalência do sistema político, em relação ao sistema legal, no caso em análise. Considerando-se que está expresso em lei que o dirigente de agência reguladora federal deve ter conhecimento do tema e que as aprovações dos nomes das autoridades pelo Senado Federal não observam necessariamente esse dispositivo, poder-se-ia considerar uma falha regulatória.

Habermas (HABERMAS, 2001) é bastante direto ao dispor sobre a atuação dos partidos políticos como entes estatais, que usam a distribuição de cargos públicos como meio para a concorrência pelo eleitorado e conectam as funções de catalizadores da opinião pública e de nomeadores de cargos na Administração Pública.

Pelos dados levantados, não é possível fazer uma correlação direta entre votos eleitorais e aprovações de autoridades. Entretanto, é possível observar uma preterição, aparentemente inadequada, da função técnica, em relação à função política, na nomeação dos dirigentes das agências reguladoras federais.

Conclusão

Conforme expõe Lopes (2018), o aumento da complexidade das tarefas estatais observado no Estado Democrático de Direito e Regulador exige do

direito dinamicidade e especialização das decisões atinentes à regulação e, ao mesmo tempo, que o direito passe a operar como meio que se confronta com os sistemas econômico e político, que são altamente invasivos, evitando-se a politização da economia.

Como disposto por Teubner, é altíssima a carga de atribuições dadas ao direito nesse âmbito e, portanto, não é de se espantar que haja falhas regulatórias decorrentes da interferência de um sistema em outro. De fato, nos sistemas autorreferenciados da política, do direito e da sociedade cabem influências entre si, mas de maneira circular, e não sobreposta.

Entretanto, o que se observa atualmente é uma dificuldade na manutenção do juízo técnico, em detrimento do político-partidário, concluindo-se, assim, que as estruturas formais delineadas pelas leis que criaram os procedimentos e mecanismos de indicação de dirigentes das agências e que dão ares de lisura ao processo, são insuficientes para a separação dos sistemas.

O presente artigo pretendeu relacionar a análise da realidade, com as teorias jurídicas da regulação, com base nos dados de pesquisa que demonstram que o juízo técnico não é fator determinante para a escolha dos dirigentes reguladores. No entanto, ressaltam-se propostas de soluções apresentadas em capítulo do livro *Desafios da Nação*, do IPEA (PECI e VIEIRA, 2018): (i) convocação e competição dos candidatos com transparência, realizada por um órgão coordenador de políticas regulatórias e com critérios de escolha e requisitos mínimos em termos de qualificação; e (ii) sabatina de uma lista tríplice no Senado Federal.

De fato, o estudo comparativo de aprovações de autoridades entre Argentina e Brasil (LEMONS e LLANOS, 2007) demonstra que as nomeações na Argentina levam mais tempo no Senado, porque as discussões são concentradas em uma só Comissão Parlamentar, a *Comisión de Acuerdos*, a qual é considerada pelos próprios parlamentares como uma das mais importantes comissões do Senado. No Brasil, cada indicação passa por Sabatina em uma comissão temática. As discussões são abertas em ambos os países, mas na Argentina as votações também são abertas, diferentemente do Brasil em que as votações são secretas. Isso possibilita que naquele país haja a formação de lobbies, organização de ONGs e de manifestações plurais durante o processo de sabatina.

No Brasil, a maior parte das movimentações e discussões entre Poder Executivo e Legislativo ocorre fora do alcance público e, possivelmente, isso afasta o interesse público ou geral da tônica que leva às aprovações dos dirigentes das agências reguladoras federais. Nesse sentido, poderia ser de grande valia que ao menos fossem utilizadas opções de listas tríplexes indicadas pelos próprios servidores e por associações de usuários dos setores regulados, bem como análise e acompanhamento de dados das nomeações, por meio de

ferramenta de participação cidadã online, que esclareça à sociedade os currículos e a vida pregressa dos indicados, pela Casa Civil ou pelo Ministério do Planejamento.

Referências Bibliográficas

ARANHA, M. I. **Manual de direito regulatório: fundamentos de direito regulatório**. London: Laccademia Publishing, 2018.

BAGATIN, A. C. **O problema da captura das agências reguladoras independentes**. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo. 2010.

BINENBOJM, G. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, Abr. /Jun. 2005. 147-165.

BOULLOSA, R. D. F. Mirando ao revés nas políticas públicas: notas sobre um percurso de pesquisa. **Revista Pensamento & Realidade**, São Paulo, v. 28, mar. 2013. 67-84.

BRAITHWAITE, J. The Essence of Responsive Regulation. **UBC Law Review**, v. 44(3), 2011. 475-520.

CARPENTER, D.; MOSS, D. A. **Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit It**. New York: Cambridge University Press, 2014.

FAGUNDES, M. M. Teoria da captura do regulador de serviços públicos. In: SOUTO, M. J. V.; MARSHALL, C. C. (). **Direito empresarial público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FARIAS, S. J. D. **Regulação jurídica dos serviços autorizados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HABERMAS, J. Law as Medium and Law as Institution. In: TEUBNER, G. **Dilemmas of Law in the Welfare State**. Berlim/Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1988.

HABERMAS, J. **Factidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madri: Trota, 2001.

HALBERSTAM, D. The promise of comparative administrative law: a constitutional perspective on independent agencies. In: ROSE-

- ACKERMAN, S.; LINDSETH, P. L. (.). **Comparative administrative law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2010. p. 185-204.
- HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. **Política pública: seus ciclos e subsistemas—uma abordagem integral**. Tradução de Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- JUSTEN FILHO, M. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.
- JUSTEN FILHO, M. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.
- LEMONS, L. B.; LLANOS, M. O Senado e as aprovações de autoridades: um estudo comparativo entre Argentina e Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. V. 22, N. 64, p. 115/138, junho 2007.
- LOPES, O. D. A. **Princípios jurídicos e regulação**. Tese (Doutorado em Direito). ed. São Paulo: PUC-SP, 2011.
- LOPES, O. D. A. **Fundamentos da Regulação**. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- MARQUES NETO, F. D. A. **Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- MOREIRA, E. B. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. **R. de Dir. Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 44, out. / dez. 2013. 87-118.
- PECI, A.; VIEIRA, A. S. A. Agências Reguladoras Independentes? Análise das trajetórias de carreira dos reguladores federais brasileiros. In: NEGRI, J. A. D.; ARAÚJO, B. C.; BACELETTE, R. **Desafios da Nação: artigos de apoio**, volume 2. Brasília: IPEA, v. II, 2018. Cap. 31, p. 539-557.
- POSNER, R. Theories of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 5, n. n. 2, Autumn 1974. 335-358.
- ROMAN, F. J. **Discrecionabilidade técnica na regulação econômica**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SALAMA, B. M. et al. **Dinâmica de nomeações das agências reguladoras**. FGV-SP. São Paulo. 2016.
- SALAMA, B. M. et al. **Processo de nomeação de dirigentes de agências reguladoras: uma análise descritiva**. FGV-SP. São Paulo. 2017.

- SOUTO, M. J. V. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SUNDFELD, C. A. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TCU. **TC 031.996/2013-2**. TCU. Brasília. 2015.
- TEUBNER, G. After legal instrumentalism: Strategic models of post-regulatory law. In: _____ **Dilemmas of law in the welfare state**. Berlin: Walter de Gruyter, 1986. p. 299-326.
- THORNTON, D. K. R. A. . & G. N. When Social Norms and Pressures Are Not Enough: Environmental Performance in the Trucking Industry. **Law & Society Review**, 43(2), 2009. 405-435.