

# **III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

**DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I**

**JANAÍNA RIGO SANTIN**

**MANOEL MESSIAS PEIXINHO**

**JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

#### **Representante Discente:**

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

#### **Secretarias**

#### **Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

#### **Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

#### **Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

---

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; Manoel Messias Peixinho; José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-346-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Administrativo. 3. Gestão. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

### DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

---

#### **Apresentação**

#### DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

O III Encontro Virtual do CONPEDI, ocorrido entre os dias 23 e 28 de junho de 2021, trouxe um espaço virtual e síncrono de debates e discussões altamente qualificados, reunindo a comunidade jurídica e, em especial, os docentes e discentes dos programas de pós-graduação em direito do Brasil.

Estamos há mais de um ano da maior crise sanitária dos últimos tempos, uma pandemia que já matou mais de 500 mil brasileiros. Inobstante as enormes adversidades por que passamos neste período, a pesquisa científica não pode parar. Os novos desafios impõem alterações consideráveis no direito administrativo e na gestão pública brasileira, com um sem número de alterações legislativas, editadas com vistas a responder às demandas trazidas pela Covid-19.

Com vistas a problematizar este momento tão atípico, e na tentativa de buscar conjuntamente soluções, o CONPEDI, mais uma vez, ofereceu aos participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssimo nível.

A possibilidade de dialogar com nossos pares em tempos tão difíceis é como um sopro de esperança para todos e, nesse sentido, as pesquisas e debates realizados no Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública I” reuniram um amplo e plural conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com artigos e discussões abertas, horizontais, dialógicas e plurais. Contribuições marcadas pela pertinência acadêmica e pela preocupação com os desafios advindos da pandemia e, também, deste novo direito administrativo "de emergência".

A Academia (esta herança grega histórica e humanisticamente insubstituível do Ocidente) somente existe e é legitimada por meio do saber crítico – que é libertador - a visar às transformações políticas, sociais, econômicas e culturais. A produção científica do CONPEDI é resultado dos seus Congressos nacionais e internacionais, que são eventos dialogais e dialéticos, físicos e virtuais, e da produção científica decorrente de artigos acadêmicos apresentados por estudantes e professores. Este GT concilia, transdisciplinarmente, o Direito Administrativo com a Gestão Pública num contexto histórico

dramático, imprevisível e emergencial (COVID-19) em que há o desafio irrenunciável das administrações públicas federativas na alocação de recursos financeiros eficientes, transparentes e inclusivos.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. DECOLONIZAR O DIREITO ADMINISTRATIVO? UMA REFLEXÃO SOBRE OBSTÁCULOS E POSSIBILIDADES
2. A IDEOLOGIA DOS DIREITOS HUMANOS NO PREÂMBULO COMO VETOR HERMENÊUTICO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL
3. INTERESSE PÚBLICO VERSUS DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA (RE) PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO
4. AS RAÍZES HISTÓRICAS E CULTURAIS DO PATRIMONIALISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E A SUA PRESENÇA NA GESTÃO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL
5. EMERGÊNCIA DE UM DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL COMO INSTRUMENTO DE DIRETRIZES POLÍTICAS PRA DESENVOLVIMENTO E PROMOÇÃO DE INFORMAÇÕES GOVERNAMENTAIS.
6. REGULAÇÃO CENTRALIZADA VERSUS DESCENTRALIZADA: QUAL ESTRUTURA ORGANIZACIONAL É MAIS SUSCETÍVEL A INTERFERÊNCIAS POLÍTICAS?
7. A LEI ROBIN HOOD COMO INSTRUMENTO LEGAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL
8. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SOCIEDADE: O CONTROLE SOCIAL NO CAMINHO DAS NOVAS TECNOLOGIAS
9. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS
10. A UTILIZAÇÃO DOS DISPUTE BOARDS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: POR UM PROCEDIMENTO MAIS JUSTO E CÉLERE

11. ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC) NOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

12. ANÁLISE DA RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – O CASO DO ACORDO VALE S/A E ESTADO DE MINAS GERAIS

13. REGULAÇÃO EM DESEQUILÍBRIO: ESTRATÉGIAS PARA EQUILIBRAR AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

14. AVALIAÇÃO DE RESULTADO REGULATÓRIO: UM EXAME PRELIMINAR DAS NORMAS GERAIS VIGENTES

15. OS LIMITES DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E SUA EFETIVIDADE NA GARANTIA DE DIREITOS SOCIAIS

16. A ANEEL E A POLÍTICA REGULATÓRIA EXTRAFISCAL SOBRE CÉLULAS FOTOVOLTAICAS: UMA SAÍDA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO BRASIL?

17. A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO NA PANDEMIA: UMA DISCUSSÃO SOB A ÓTICA DO ESTADO DE EXCEÇÃO

18. A ÉTICA DA ECONOMIA DA COMUNHÃO À LUZ DA EFICAZ DESTINAÇÃO DOS BENS MÓVEIS APREENDIDOS A LEILÃO

19. BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E TRANSPARÊNCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

20. ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS

21. O CONTROLE DAS FINANÇAS PÚBLICAS NO BRASIL

22. ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO ANTES E APÓS A OPERAÇÃO QUINTO DO OURO

23. MUITO ALÉM DO CONTROLE: A ATUAÇÃO DO TCU COMO ÓRGÃO DE SUPERVISÃO E REVISÃO REGULATÓRIAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

24. DESESTATIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS: UMA ANÁLISE A RESPEITO DA TRANSFERÊNCIA DE DADOS DE UMA ESTATAL DE SANEAMENTO APÓS O PROCESSO DE DESESTATIZAÇÃO.

25. FUNÇÃO SOCIAL DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

De nossa parte, estamos honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes.

Cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização de mais este evento virtual, congregando pesquisadores em torno da socialização da pesquisa científica produzida na área do Direito!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas temáticas!

De Florianópolis (SC), de Passo Fundo (RS) e do Rio de Janeiro (RJ), junho de 2021.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF) e Universidade de Caxias do Sul (UCS)

Prof. Dr. Manoel Messias Peixinho – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ) e Universidade Cândido Mendes (UCAM-Rio)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública I apresentados no III Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

# **REGULAÇÃO EM DESEQUILÍBRIO: ESTRATÉGIAS PARA EQUILIBRAR AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS**

## **UNBALANCED REGULATION: STRATEGIES TO BALANCE BRAZILIAN REGULATORY AGENCIES**

**Luiz Figueiredo Cintra de Oliveira**

### **Resumo**

Defendo neste artigo que os desenhos institucionais das agências reguladoras brasileiras, tradicionalmente ancorados no binômio independência e transparência, devam incorporar uma terceira dimensão que denomino equilíbrio. Seu objetivo seria controlar situações de concentração excessiva de pessoas com antecedentes profissionais comuns nos órgãos de direção das agências, com o propósito de assegurar pluralidade e mitigar riscos de captura e vieses decisórios. Estudos quantitativos apontam que mais de 90% dos dirigentes das principais agências reguladoras de infraestrutura brasileiras são egressos da burocracia. Diante dessa realidade de déficit de pluralidade, sugiro algumas estratégias regulatórias para assegurar um maior equilíbrio nas agências reguladoras brasileiras.

**Palavras-chave:** Agências reguladoras, Desenho institucional, Captura, Vieses cognitivos, Estratégias regulatórias

### **Abstract/Resumen/Résumé**

My claim is that institutional designs of Brazilian regulatory agencies, traditionally anchored in the dimensions of independence and transparency, should incorporate a third dimension, which I call balance. Its objective is to assess excessive concentration of individuals with common professional backgrounds in decision bodies of regulatory agencies, with the purpose of ensuring plurality and avoiding capture and biased decisions. The topic is relevant considering that studies indicate that more than 90% of the directors of the main Brazilian infrastructure regulatory agencies are appointed from the state bureaucracy. This article suggests some regulatory strategies to ensure balance in Brazilian regulatory agencies.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Regulatory agencies, Institutional design, Capture, Cognitive bias, Regulatory strategies

## **1. Parte I – *Equilíbrio* em agências reguladoras**

### **1.1 Introdução**

Em 2016, a Escola de Direito da FGV-SP concluiu um estudo quantitativo abrangente com dados coletados sobre os processos de nomeação e formação dos quadros de direção das principais agências reguladoras de infraestrutura do Brasil. Foram selecionadas 18 agências, sendo seis federais e 12 estaduais (Escola de Direito da FGV-SP, 2016, p. 17).

Trata-se, possivelmente, do mais amplo estudo sobre o tema feito até o momento no país e algumas de suas conclusões são inquietantes. Pelo critério do último posto de trabalho do nomeado antes de assumir o cargo, historicamente, no Brasil, mais de 90% dos dirigentes das principais agências reguladoras de infraestrutura são egressos do setor público. Nessa categoria estão incluídos cargos na própria agência reguladora, na burocracia estatal (em ministérios e outros órgãos), cargos em empresas públicas, cargos em universidades públicas e cargos políticos eletivos.

Apenas 6% dos dirigentes dessas agências eram egressos da iniciativa privada e nenhum era egresso de entidades de defesa dos consumidores ou dos usuários de serviços públicos (Escola de Direito da FGV-SP, 2016, pp. 187-188).

### **1.2. Desenhos institucionais de agências reguladoras**

No Brasil, o modelo de agências reguladoras independentes disseminou-se no curso do processo de desestatização da economia iniciado na década de 1990, compondo o discurso de modernização do Estado, exigido pelo mercado para viabilizar investimentos privados relevantes em atividades desestatizadas, serviços públicos e infraestrutura.<sup>1</sup> A justificativa para a adoção do modelo foi ancorada na construção da *credibilidade intertemporal do Estado*, ou seja, no cumprimento de regras e contratos e no insulamento das escolhas regulatórias técnicas de pressões político-eleitorais (Melo, 2008, p. 12).<sup>2</sup>

Várias estratégias de desenho institucional são utilizadas para promover esse objetivo. Estratégias que, reunidas, formam o que a doutrina chama de dimensão de *independência* das agências reguladoras. A previsão de mandatos fixos e não coincidentes para os dirigentes das agências reguladoras é uma das principais estratégias utilizadas com esse objetivo. Essa regra

---

<sup>1</sup> Outras típicas entidades reguladoras, como a CVM, o Banco Central e a SUSEP, foram criadas em momentos anteriores ao processo de desestatização. Porém, o modelo de agências independentes somente se disseminou no Brasil a partir de meados da década de 1990, quando foram criadas a ANEEL (1996), ANATEL (1997), ANP (1997), ANVISA (1998) e outras.

<sup>2</sup> Sobre o chamado *credible commitment problem*, ver os estudos de Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge (2012, p. 56).



impede que o Chefe do Poder Executivo demita imotivadamente os dirigentes das agências e limita a possibilidade de que todos os dirigentes de uma agência sejam indicados por um mesmo mandatário.

Outras estratégias de insulamento envolvem regras que conferem autonomias reforçadas às entidades, em aspectos hierárquicos, técnicos, financeiros, administrativos e funcionais. No plano normativo-institucional, essas regras buscam limitar ainda mais as ingerências políticas. Com base nesse discurso normativo, reforça-se a tese de racionalidade técnica e de previsibilidade da regulação.

Alguns autores, no entanto, manifestam verdadeiro ceticismo sobre a real diferença que atributos de *independência* fariam na atuação das agências, se comparadas com outros órgãos da administração. Para essa doutrina, desenhos institucionais de insulamento político não seriam, do ponto de vista prático, tão relevantes, na medida em que as forças sociais permaneceriam sempre atuantes e influentes a despeito da rigidez formal das instituições (Foote, 1988). O Presidente da República influencia diretores de agências com ofertas de postos mais altos na administração pública. Congressistas constroem diretores convocando-os para prestar contas publicamente de sua gestão ou agradam-nos por meio de apoio político para novos cargos ou da aprovação de requisições orçamentárias. A indústria regulada, por sua vez, oferece aos diretores cargos bem remunerados nas empresas.

Essa complexa realidade e a inevitabilidade da atuação das forças sociais explicam o crescente interesse sobre aspectos procedimentais dos desenhos normativos das agências reguladoras. Aspectos relativos às regras de produção da regulação, à participação dos interessados e a outros mecanismos de controle, que constriam a discricionariedade do regulador nos processos decisórios (Baldwin, Cave, & Lodge, 2012, p. 340). Aspectos que, reunidos, formam o que parte da doutrina chama de dimensão de *transparência* dos desenhos institucionais das agências reguladoras independentes.

Fato é que a conformação desses desenhos se dá de forma diferente em razão dos motivos pelos quais o modelo de agência independente é empregado. Se no Brasil o *compromisso de credibilidade* foi a questão central, nos Estados Unidos, diferentemente, a questão mais relevante tem sido a atribuição de autoridade a órgãos da administração destacados da administração central<sup>3</sup>, em um contexto de disputa entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo pelo protagonismo político.

---

<sup>3</sup> Segundo Geoffrey P. Miller (1988, p 215): "Problems of allocating authority over administration have generated most of the Supreme Court's recent separation of powers cases".

É, portanto, com base em uma dinâmica preponderantemente de disputa política e alocação de poder que os desenhos institucionais das agências independentes americanas são concebidos. Portanto, arranjos de agências que sejam adequados a um racional norte-americano não serão necessariamente encaixados à realidade brasileira.

Por razões relacionadas ao mencionado *compromisso de credibilidade*, muita atenção doutrinária e legislativa tem sido dedicada no Brasil ao aspecto da *independência* das agências em relação a interferências político-eleitorais e ao aspecto da *transparência* dos processos decisórios. Aos poucos, avanços normativos importantes vêm sendo obtidos no aperfeiçoamento nessas duas dimensões. Todavia, pouca ou nenhuma atenção tem sido dedicada a aspectos de desenho institucional que busquem assegurar neutralidade e pluralidade de visões do regulador.

Em um cenário ideal, as forças da indústria, da classe política, das associações de defesa dos consumidores e de outros grupos de interesses seriam naturalmente contrapostas, e, independentemente de regulação, produziriam, como resultante, agências reguladoras com órgãos dirigentes formados por indivíduos com uma pluralidade de visões e antecedentes profissionais.

O estudo realizado pela Escola de Direito da FGV-SP revelou, no Brasil, uma realidade diferente. A concentração de representatividade dos dirigentes das agências reguladoras brasileiras, quase que integralmente provenientes da burocracia estatal, é por demais acentuada, conflitando com o arquétipo de neutralidade e pluralismo dessas instituições. Imaginemos que todos os cinco dirigentes de uma agência reguladora do segmento de gás fossem ex-colaboradores de empresas dominantes do setor ou fossem todos funcionários públicos. A situação caracterizaria uma indesejável concentração de visões e um claro *desequilíbrio* do regulador, com consequências práticas nas decisões da agência.

Esse é o assunto do próximo item.

### **1.3 Agências reguladoras e a burocracia estatal**

O excesso de concentração de dirigentes de agências reguladoras independentes provenientes da burocracia estatal acarreta algumas preocupações. Nesse artigo, explorarei duas: (i) exacerba o risco de captura da agência (1.3.1); e (ii) potencializa o risco de decisões regulatórias enviesadas (1.3.2).

#### **1.3.1 Risco de captura política**

Desenhos institucionais de agências reguladoras são definidos a partir de uma série de propósitos. Um deles é mitigar os riscos de captura. A previsão legislativa de que as decisões das agências devem ser colegiadas configura, *per se*, uma opção de desenho institucional que visa, dentre outros objetivos, dificultar a captura. Será sempre mais difícil para um grupo de

interesses cooptar a maioria de um colegiado do que um único dirigente.

Não é tarefa fácil caracterizar empiricamente a captura de uma agência reguladora. Esse trabalho exigiria a comprovação de uma relação de controle do regulador ou de forte influência sobre suas decisões por um determinado grupo de interesses. Estabelecer essa relação é difícil porque na maioria das vezes as ações que caracterizam a captura não são publicamente conhecidas ou praticadas nos espaços formalmente abertos à influência social.

Para transpor essa dificuldade, pesquisas científicas sobre captura normalmente escolhem variáveis e indicadores que possam ser medidos a partir de dados que estejam disponíveis, os quais, operacionalizados, permitem, por aproximações, inferir tendências ou indícios. Alguns estudos analisam os resultados das participações de certos grupos de interesses em consultas públicas para medir sua capacidade de influência na regulação (Golden, 1998) (Silva, 2012) (Kerwin, Furlong, & West, 2018), outros estudos analisam as redes de relacionamento dos dirigentes das agências com esses grupos (Baird, 2017) ou, ainda, fenômenos relacionados com antecedentes profissionais e a empregabilidade dos diretores das agências após seus mandatos, conhecidos como *revolving doors*.

Não há estudos empíricos que possam dar suporte à afirmação de que a excessiva concentração de indivíduos provenientes da burocracia estatal nos órgãos de direção das agências caracterizaria a captura do regulador. Mas também não é razoável negar os inconvenientes dessa concentração, principalmente porque ela submete o colegiado da agência a um feixe de influências atrelado à trajetória de carreira da burocracia (*career path of bureaucrats*) (Spiller, 1990, pp. 87-88).

Esse feixe de influências é exercido por elites políticas através de um complexo sistema de premiações e punições que inclui promoções na carreira pública, nomeações para melhores cargos no governo, concessão de benefícios e apadrinhamentos. Também integra esse sistema o receio natural que os funcionários públicos têm de serem desprestigiados (punidos) em futuras indicações. As nomeações passam a integrar o jogo de distribuição de poder político entre os partidos da coalizão governista, critérios políticos substituem os técnicos e cargos diretivos de agências acabam preenchidos por pessoas desprovidas de capacitação de alto nível (Moreira & Kato, 2013, pp. 235-236).

Exatamente aqui reside o risco que abordo neste tópico: a concentração excessiva de dirigentes de uma agência reguladora provenientes da burocracia do Estado submete seu colegiado a um ferramental comum de persuasão operado pela classe política. Essa condição exacerba o risco de captura das agências tanto por parte desse grupo (influência direta) quanto

por parte dos atores privados que dão suporte a ele (influência indireta).

Trata-se de um risco de captura *à moda brasileira*, diverso do originalmente desenvolvido por George Stigler (1971). A regulação, no contexto apresentado, não seria comprada pela indústria regulada, como descrito na teoria clássica, mas sim pela classe política ou por sua intermediação.

A pluralidade de representação no colegiado das agências, com diretores egressos de diversos setores da sociedade, como a indústria regulada, associações de defesa de consumidores, a academia, organizações científicas, etc., mitigaria esse risco. As forças sociais certamente continuariam a atuar, mas a influência da classe política sobre os dirigentes (aqueles que de fato decidem) seria menor, pois estaria mais fragmentada.

### **1.3.2 Risco de decisões regulatórias enviesadas e heurísticas mentais comuns**

Diferentemente do que ocorre com o fenômeno da captura, que é de difícil observação empírica, há inúmeros trabalhos científicos sobre como diferentes tipos de vieses cognitivos interferem nas escolhas humanas. Fernando Leal e Leandro Molhano Ribeiro demonstram que processos heurísticos de ancoragem influenciam a fixação de valores de indenização por juízes em juizados especiais do Rio de Janeiro (Leal & Ribeiro, 2016). Outros estudos indicam que a formação profissional, a trajetória de emprego e os antecedentes ideológicos dos juízes também produzem vieses cognitivos.

Thomas J. Miles e Cass R. Sunstein (2007, p. 7) concluíram que, no contexto da aplicação da chamada *hard look doctrine*<sup>4</sup>, juízes das Cortes de Apelação norte-americanas indicados por presidentes Democratas seriam mais inclinados a julgar arbitrárias decisões de natureza conservadora proferidas por agências reguladoras ao passo que juízes indicados por presidentes Republicanos seriam mais inclinados a julgar arbitrárias decisões consideradas liberais.

Há estudos semelhantes realizados no Brasil. Alexandre Samy de Castro (2012) reuniu evidências de padrões decisórios observados em magistrados do quinto constitucional no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Seus achados indicaram que desembargadores oriundos da advocacia privada tenderiam a ser adeptos do garantismo penal em favor do réu, ao passo que aqueles oriundos do Ministério Público tenderiam a ser mais rigorosos na aplicação de penalidades (2012, p. 106).

O autor relaciona diversos trabalhos estrangeiros sobre teoria comportamental aplicada a

---

<sup>4</sup> Sobre a *hard look doctrine* e os padrões específicos de controle judicial aplicáveis pelas cortes norte-americanas às decisões proferidas no âmbito dos chamados *notice-and-comment* ou *informal rulemaking*, descritos na Seção 553 do *Administrative Procedure Act* de 1946, recomendo a leitura dos estudos de Patrick M. Garry (2017, pp. 13-39).

decisões do poder judiciário. Alguns trabalhos ele afirma ser pouco conclusivos. Outros, não. Destaco um publicado em 1999, por Darrell Steffensmeier e Chris Hebert, que apresentou evidências de que juízes que iniciaram suas carreiras em promotorias tenderiam a punir réus de forma mais severa, e outro publicado em 1991, por C. Neal Tate e Roger Handberg, que encontrou evidências de que a carreira prévia em promotoria de justiça influenciaria os padrões de julgamento de juízes da Suprema Corte Norte-Americana (Castro, 2012, p. 98).

Um estudo realizado por Stuart S. Nagel analisou decisões de 313 juízes estaduais e da Suprema Corte norte-americanos e concluiu que juízes egressos da promotoria são significativamente menos propensos a votarem a favor da defesa do que os egressos de outras carreiras (Nagel, 1962) (Castro, 2012, p. 98).

Um achado de Alexandre Samy de Castro especialmente importante para as ideias que desenvolvo neste artigo refere-se a certos padrões decisórios observados em julgamentos colegiados. O autor conclui que no Tribunal de Justiça de Santa Catarina os colegiados com representação preponderante de juízes egressos da advocacia tenderiam a exibir padrões decisórios pró-réu e colegiados com representação preponderante de juízes egressos do Ministério Público tenderiam a exibir padrões decisórios contra o réu (Castro, 2012, p. 107).

O estudo realizado por Thomas J. Miles e Cass R. Sunstein identificou padrões decisórios em julgamentos colegiados semelhantes aos identificados por Alexandre Samy de Castro. Os autores alertam para uma significativa influência exercida pela composição dos chamados painéis de julgamento no comportamento decisório individual dos juízes norte-americanos pesquisados. Por exemplo, juízes de indicação Democrata integrantes de painéis compostos apenas por juízes de mesma indicação tenderiam a proferir decisões individuais ainda mais liberais nesses colegiados. Padrão semelhante foi observado em relação aos juízes de indicação Republicana quando julgavam em painéis compostos apenas por juízes de indicação Republicana (Miles & Sunstein, 2007, pp. 22-25).

Por outro lado, juízes Democratas apresentaram padrões de voto conservadores nada usuais quando decidiam em painéis cujos outros juízes eram todos de indicação Republicana. O mesmo padrão foi verificado com juízes de indicação Republicana. Os autores chamaram esses padrões decisórios, verificados em deliberações colegiadas, respectivamente de amplificação ideológica (*ideological amplification*) e amortecimento ideológico (*ideological dampening*).

Considerando as conclusões dos pesquisadores estudados acerca de padrões decisórios, em especial aqueles verificados em decisões colegiadas, é possível afirmar que concentrações de indivíduos com antecedentes profissionais comuns em órgãos deliberativos, como é o caso das

agências reguladoras brasileiras, tenderiam a *enviesar* as decisões do colegiado a partir de heurísticas compartilhadas por aqueles que decidem.

O objeto dos estudos não foi identificar influências externas indevidas sobre os julgadores, fenômeno que se assemelharia ao da captura, tratado no item anterior. As preocupações dos pesquisadores referem-se a questões internas dos colegiados. Referem-se à significativa importância do histórico profissional dos membros desses colegiados nas decisões por eles proferidas. Para os pesquisadores citados, essas concentrações seriam indesejáveis porque favorecem decisões enviesadas.

#### **1.4 Relevância da dimensão de equilíbrio**

O equilíbrio de agências reguladoras seria idealmente assegurado pela resultante da atuação das forças sociais e dos grupos de interesses do setor regulado. Contudo, dados empíricos indicam que, no Brasil, essa resultante tem produzido agências com mais de 90% de seus dirigentes egressos do setor público (Escola de Direito da FGV-SP, 2016). Pelos motivos expostos neste artigo, essa concentração seria indesejável.

Quando as forças atuantes em um determinado sistema são incapazes de promover os resultados socialmente esperados, há espaço legítimo para a regulação supri-las. Não há como garantir equilíbrio (ou neutralidade) em substância, mas a institucionalização de certas ideias permite que as escolhas sejam sindicalizadas a partir delas. Uma regulação de equilíbrio, portanto, deve conformar as indicações dos dirigentes de agências reguladoras a partir do seu conceito.

*Equilíbrio* é um tema relevante para o estudo das agências reguladoras. Desde a criação da primeira agência federal independente dos Estados Unidos, a *Interstate Commerce Commission – ICC*, em 1886, os congressistas norte-americanos dedicaram atenção especial à questão do equilíbrio institucional da entidade. À época, a preocupação era com a possibilidade de um único partido ocupar a totalidade dos assentos de direção da agência. Foi assim estipulada a regra do “*bipartisan requirement*”, por meio da qual nenhum partido poderia deter mais do que a maioria simples dos assentos de direção da agência.<sup>5</sup> As demais posições comporiam os

---

<sup>5</sup> “Congressional interest in having properly balanced and representative commissioners is historic. Balance was a matter of great concern during the 1886 debates in Congress on the creation of the first federal regulatory commission, the Interstate Commerce Commission. The concern over balance focused on but one aspect of commission composition: the guarantee that no single party would hold all commission seats. A requirement to that effect, it was thought, would assure some degree of bipartisanship and would also insulate the commission against complete control by the White House, but, as pointed out by the leading court decision interpreting this kind of provision, Congress also intended to make the commission “more representative of different and diverse viewpoints.” For those reasons, Congress provided that no more than a bare majority of ICC members could be appointed from the same political party; a requirement that was incorporated into later acts which created other regulatory commissions. Party label, in a real sense, was the original handle to express Congressional concern on the matter of balance” (United States Senate, 1977, pp. 157-158).

chamados “assentos minoritários”. Até hoje o “*bipartisan requirement*” é aplicado a muitas das agências independentes norte-americanas (ver item 3.3.2).<sup>6</sup>

Mais recentemente, entre os anos de 1975 e 1977, um estudo conduzido pelo Senado dos Estados Unidos, no âmbito de um esforço mais amplo de revisão regulatória, analisou o procedimento de nomeação dos dirigentes das principais agências independentes norte-americanas. Alguns dos principais achados do estudo confirmaram que, à época, a composição dos órgãos de direção dessas entidades estava fortemente inclinada na direção de uma única abordagem ou ponto de vista (United States Senate, 1977, p. VII).

O estudo concluiu que inexistia uma representação de indivíduos com visões, talentos e um conjunto de antecedentes (*background*) variados nos órgãos colegiados de direção das agências, e suscitou uma preocupação sobre se os vários interesses existentes na sociedade estavam neles representados de forma justa. Um número expressivo de dirigentes era proveniente da própria indústria regulada. Um número comparativamente pequeno era proveniente de atividades de interesse público (*public interest work*) ou de minorias. Por exemplo, em um universo de 120 indicações, apenas dez mulheres e quatro negros haviam sido nomeados dirigentes de agências desde 1971. À época, nenhuma mulher ou negro havia sido nomeado para a *Securities and Exchange Commission – SEC* em seus quarenta anos de história (United States Senate, 1977, pp. 32-34).

O estudo cita, ainda, um episódio de 1973, quando um indicado do Presidente Nixon para a diretoria da *Federal Power Commission – FPC* foi recusado pelo Senado sob o argumento de que havia excessiva representação da indústria regulada na agência (United States Senate, 1977, p. 157)<sup>7</sup>.

Nesse ponto, vale ressaltar que, independentemente de desenhos normativos formais, agências reguladoras podem estar ou não em *equilíbrio*. Como já mencionado, as forças exercidas

---

<sup>6</sup> O Senado Norte-Americano fez, em 1977, uma série de recomendações regulatórias para assegurar que, na prática, a regra dos assentos minoritários fosse observada: “Most independent regulatory commissions cannot by statute have more than a simple majority of members from a single political party, and the remaining positions are commonly referred to as “minority seats.” The Senate shall, as part of the confirmation process, make a diligent and serious effort to insure that appointees to “minority” commission seats not be partisans of the President. In that inquiry, the Senate shall consider: (a) whether the nominee has been actively involved in the campaign to elect the President; (b) whether the nominee has made any financial contributions to that campaign; and (c) any other relevant factor suggesting that the nominee is, in fact, a partisan of the President thereby disqualifying him or her for appointment to a “minority” vacancy” (United States Senate, 1977, p. XXI).

<sup>7</sup> *Verbis*: “A recent study of FCC and FTC appointments concurred in that conclusion: President Nixon “stocked the regulatory agencies with men and women who were essentially pro-industry in their back grounds, and was very willing to name commissioners who came directly from the regulated industries.” Indeed, commission imbalance was a major factor in the Senate’s rejection of Robert H. Morris, for a seat on the Federal Power Commission in 1973; many Senators felt, that four out of five commissioners generally sympathetic to the industry was enough.”

pelos diferentes grupos de interesses envolvidos em um determinado sistema regulado podem ser suficientes para *equilibrar* a agência.

As conclusões do estudo produzido pela Escola de Direito FGV-SP indicam que esse não é o caso das agências brasileiras. Evidências demonstram que as forças dos mercados, das instituições, dos poderes constituídos e dos demais grupos de interesses não têm sido suficientes para produzir entidades equilibradas (Escola de Direito da FGV-SP, 2016). O Senado Americano chegou a conclusões semelhantes em 1977.

Seria possível conceituar *equilíbrio* de modo a assegurá-lo em agências reguladoras? Começo a responder a essa indagação na Parte II deste artigo.

## 2. Parte II – Conceito de *equilíbrio* em agências reguladoras

Para os fins deste trabalho, proponho que uma agência reguladora seja considerada em *equilíbrio* quando inexistir *concentração excessiva* de *dirigentes* em seu órgão decisório com *antecedentes profissionais comuns*.

Vamos às dimensões do conceito (alterei a ordem para facilitar a lógica da exposição):

*Dirigentes* são os diretores ou conselheiros que compõem o órgão máximo de deliberação colegiada das agências.

*Concentração excessiva* pode ser operacionalizada com base em diversos indicadores. Um deles seria se a maioria simples dos dirigentes (ou mais) possuíssem *antecedentes profissionais comuns* (limite de maioria simples). Essa proporção pode ser mais ou menos flexibilizada.

Essa variável pode ser também operacionalizada com o propósito de produzir uma nota em escala que reflita o nível de *equilíbrio* ou *desequilíbrio* da agência. Nesse caso, quanto mais *concentrada* fosse a representação no colegiado da agência, pior seria sua nota.

Deve-se ter cuidado com critérios que imponham fragmentação excessiva no colegiado, o que pode produzir efeitos colaterais indesejados. O excesso de fragmentação pode dificultar o processo decisório por meio do aumento de pontos de veto e do fortalecimento desproporcional da influência de grupos minoritários (Gerring & Thacker, 2004, p. 321). Pode também agregar custos, muitas vezes exógenos, à composição de maiorias. Regras de *equilíbrio* excessivamente rigorosas que produzam esses efeitos devem ser cautelosamente avaliadas.

A variável *antecedentes profissionais comuns*<sup>8</sup> pode ser operacionalizada com base nos

---

<sup>8</sup> A escolha desta variável se justifica em razão da maioria dos estudos empíricos citados neste artigo, que correlacionam “antecedentes profissionais” a certos “padrões decisórios”. A variável escolhida revela, no entanto, apenas uma proxy de outro que, de difícil operacionalização, seria, na minha visão, mais adequado à integração do conceito: “grupos de interesses”.



*vínculos profissionais* passados dos *dirigentes*, a partir dos seguintes indicadores: (i) *vínculos* com atores públicos ou políticos; (ii) *vínculos* com a indústria regulada; (iii) *vínculos* com a causa de defesa de usuários ou de consumidores; e (iv) *vínculos* com entidades acadêmicas privadas ou instituições independentes de pesquisa.

*Vínculos profissionais* podem ser caracterizados com base em critérios mais ou menos objetivos. Um critério possível seria considerar as relações de emprego e/ou associativas de um candidato ou dirigente de agência no momento (ou em momento imediatamente anterior) ao de sua indicação. Um critério alternativo seria ampliar esse *vínculo* temporalmente a, por exemplo, três, quatro ou cinco anos anteriores à data da indicação.

Foge ao escopo deste artigo propor, de forma pormenorizada, uma metodologia completa para medir *equilíbrio* na prática. Alguns conceitos e indicadores teriam que ser melhor detalhados. No entanto, uma vez adequadamente elaborados os elementos faltantes, *equilíbrio*, enquanto variável dependente, poderia ser empiricamente observado a partir das variáveis explicativas listadas nos parágrafos anteriores. Essas variáveis, mesmo em estado bruto, serão úteis para instrumentalizar sugestões de estratégias regulatórias que busquem medir, induzir ou assegurar, no caso concreto, *equilíbrio* em agências reguladoras.

Esse é o tema da Parte III.

### **3. Parte III – Estratégias para *equilibrar* agências reguladoras**

#### **3.1 Introdução**

Algumas estratégias regulatórias podem ser utilizadas para a obtenção de *equilíbrio* em agências reguladoras. Uma das estratégias possíveis, que utiliza instrumentos típicos de *soft law*, será apresentada no item 3.2. Estratégias que exijam mudanças na legislação, com alteração nos desenhos normativos das agências, utilizando conceitos jurídicos indeterminados ou regras mais objetivas, serão abordadas no item 3.3.

#### **3.2 Certificação independente de *equilíbrio***

A regulação contemporânea pode ser descrita como um regime de *mixed administration*, no qual atores privados e a administração pública dividem funções. Associações profissionais, organizações de interesse público, redes de negócios e instituições certificadoras independentes, dentre outras entidades não estatais, assumem papéis reguladores, desempenhando, de forma privada, funções que normalmente seriam exercidas por agências (Freeman, 2000, pp. 817-818).

Regimes policêntricos de regulação emergem dessa realidade. A atenção dos agentes deixa de estar exclusivamente direcionada aos organismos estatais e passa a considerar os múltiplos atores que constroem o regime regulatório dos diversos sistemas regulados. Essa

dinâmica proporciona uma dimensão dialética na qual reguladores e regulados são ao mesmo tempo autônomos e dependentes uns dos outros. Ambos em alguma medida regulam e são regulados (Black, 2008, p. 8).

Nesse cenário de descentralização, associações de indústrias, instituições de pesquisa ou entidades dedicadas ao estudo da administração pública poderiam medir e divulgar índices de *equilíbrio* relativos a uma ou mais agências reguladoras. Não se trata aqui de autorregulação, pois nem a agência nem os poderes constituídos, responsáveis pelas indicações dos dirigentes, estariam submetidas voluntariamente à certificação. Trata-se do uso do instrumento da certificação independente em estratégia regulatória diversa.

Por exemplo, uma associação que reúna consumidores livres de energia elétrica e que esteja preocupada com a *excessiva concentração* de *dirigentes* da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL com *antecedentes profissionais* vinculados ao setor público ou com a sistemática ausência de *dirigentes* vinculados com a defesa dos consumidores, poderia, de forma independente, medir e divulgar, de tempos em tempos, o *equilíbrio* da agência.

Alternativamente, instituições independentes de pesquisa poderiam medir o *equilíbrio* das principais agências reguladoras brasileiras e publicar periodicamente em seus relatórios quais delas estariam *equilibradas* e quais estariam *desequilibradas*. Esse processo poderia ser repetido a cada alteração de dirigentes nos colegiados das agências monitoradas, informando (e por que não, influenciando) as escolhas públicas.

A estratégia utiliza ferramentas típicas de autorregulação, de *soft law* e de regulação informacional (i.e., falha de mercado), em linha com o que se convencionou denominar *smart regulation*<sup>9</sup>, aplicada por meio de instrumentos exclusivamente privados. Ao elevar os níveis de informação disponibilizados à sociedade sobre o *equilíbrio* ou o *desequilíbrio* das agências reguladoras, governantes são incentivados ou constrangidos a fazer escolhas consideradas *equilibradas*.

Ocorre que nem sempre haverá instituições ou associações dispostas a incorrer pessoalmente nos custos associados à manutenção de um sistema regulatório privado de *equilíbrio* de agências reguladoras. Nesse caso, a estratégia exigirá alterações legislativas. Esse é o tema do próximo item.

### **3.3 Regulação de *equilíbrio* por lei**

---

<sup>9</sup> De acordo com Robert Baldwin (2010): “The idea of ‘smart’ regulation is to look to find optimal mixes of control methods as these are applied not merely by state agencies but by other institutions and actors including trade associations, pressure groups, corporations, and even individuals. Smart regulation also advocates a predisposition to use low intervention modes of control wherever possible”.

Leis recentemente editadas indicam uma tendência de aperfeiçoamento do universo institucional das escolhas públicas, com impactos nas agências reguladoras. Alguns exemplos de avanços recentes estão previstos na última revisão da LINDB, realizada pela Lei nº 13.655/2018 (e.g., os novos artigos 20, 26, 28, 29 e 30), na Lei nº 13.848, de 2019, chamada Nova Lei Geral das Agências Reguladoras, e na Lei nº 13.874/2019, chamada Lei de Liberdade Econômica (e.g., artigo 5º).

No embalo desse “giro institucional”, diferentes desenhos normativos poderiam ser propostos para regular *equilíbrio* em agências reguladoras. As alternativas não são necessariamente excludentes, podendo ser somadas. Identificar as técnicas possíveis, suas vantagens e desvantagens e propor algumas ideias regulatórias envolvendo princípios (item 3.3.1) e regras (item 3.3.2) são os temas tratados a seguir.

### **3.3.1 Regulação por meio de *standards* de equilíbrio**

O estudo do Senado norte-americano finalizado em 1977 concluiu, à época, ser desejável assegurar *equilíbrio* nas agências independentes através de uma nova regulação. Várias estratégias foram avaliadas e, por fim, a opção foi pela regulação da matéria por meio de *standards*, ou seja, comandos normativos conformados por conceitos jurídicos indeterminados.

A recomendação foi no sentido de que as leis orgânicas das várias agências independentes fossem alteradas para prever uma norma geral de *equilíbrio* com, substancialmente, os seguintes termos, que reproduzo em tradução livre: “o Presidente deverá nomear pessoas para as agências de forma a assegurar que seus colegiados sejam equilibrados, com ampla representação de vários talentos, conjunto de antecedentes (*background*), ocupação e experiência, apropriados às funções e responsabilidades da agência” (United States Senate, 1977, p. 34).<sup>10</sup> Recomendou-se, também, que o Senado adotasse um novo critério interno de deliberação sobre as indicações feitas pelo Presidente, que incluísse o princípio de *equilíbrio* como um dos fatores a serem considerado (United States Senate, 1977, p. 158).<sup>11</sup>

No caso brasileiro, diversos argumentos justificariam a opção pela regulação de *equilíbrio* por meio de princípios. Um princípio de *equilíbrio* na composição dos colegiados das agências retiraria uma parcela da ampla discricionariedade de escolha dos Presidentes, reduzindo a possibilidade de decisões arbitrárias. O debate sobre o tema seria exigido ao longo do processo

---

<sup>10</sup> De acordo com o estudo elaborado pelo Senado Norte-Americano, a redação sugerida para o princípio de *equilíbrio* das agências americanas foi inspirada no texto do ato de criação do *Board of Directors for the Corporation of Public Broadcasting* (Op. Cit. p. 34).

<sup>11</sup> Apesar da recomendação feita pelo Senado Norte-Americano, o levantamento realizado para a elaboração deste artigo não encontrou dispositivos que regulassem *equilíbrio* de forma semelhante à aqui sugerida em nenhuma das leis orgânicas das agências independentes americanas pesquisadas (e.g. ICC, FTC, EAC e CPSC).

de aprovação, auxiliando o Senado Federal a fiscalizar as escolhas presidenciais sob a perspectiva do novo princípio.

Também facultaria o controle pela sociedade, o que exigiria grau adicional de diligência das autoridades. Enfim, *equilíbrio* passaria a ser um requisito de escolha sindicalizável a partir de *standards* contidos em conceitos jurídicos, podendo ser também, se necessário, controlado pelo Poder Judiciário.

### **3.3.2 Regulação por meio regras de equilíbrio**

Ordenamentos de diversas jurisdições estabelecem regras de *equilíbrio* em órgãos de direção de agências reguladoras independentes, e diferentes desenhos normativos podem ser empregados para assegurar esse ideal. Como já mencionado (item 1.4), desde a criação da *Interstate Commerce Commission – ICC*, em 1886, diversas agências independentes norte-americanas estão sujeitas à regra do “*bipartisan requirement*”. Esse é o caso, por exemplo, da *Federal Trade Commission – FTC*, da *Consumer Product Safety Commission – CPSC*, da *U.S. Election Assistance Commission – EAC* e da *U.S. Equal Employment Opportunity Commission – EEOC*.

Algumas agências norte-americanas estão sujeitas a regras de indicação de dirigentes ainda mais complexas. A *U.S. Commission on Civil Rights - USCCR*, por exemplo, possui um quadro de oito dirigentes sujeitos ao do “*bipartisan requirement*”, dos quais quatro são de indicação do Presidente da República, dois são de indicação do presidente do Senado e dois são de indicação do presidente da Casa dos Representantes (órgão que, no Brasil, seria equivalente à Câmara dos Deputados).<sup>12</sup>

Há, no Brasil, entidades estatais com regras assemelhadas de composição de dirigentes. O Tribunal de Contas da União – TCU, por exemplo, instituição neutral de controle do Poder Público Federal, tem seu colegiado composto por nove membros, dos quais seis são indicados pelo Congresso Nacional e três são indicados pelo Presidente da República, sendo que dois dos três indicados pelo Presidente deverão ser escolhidos alternadamente entre auditores do TCU e membros do Ministério Público Federal (art. 72 da Lei nº 8.442/92).

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, entidade neutral cuja função é revisar lançamentos de tributos de competência da União, é composto por 130 conselheiros, sendo a metade auditores fiscais da Receita Federal do Brasil, que representam a Fazenda Nacional, e a outra metade pessoas indicadas por confederações e entidades de classe, representando os contribuintes. Há, no caso do CARF, uma espécie de “*bipartisan requirement*” entre

---

<sup>12</sup> <https://www.usccr.gov/about/commissioners.php>

representantes do fisco e de contribuintes.

O estudo concluído pelo Senado Americano em 1977 avaliou alguns desenhos normativos para regular *equilíbrio* em agências independentes por meio de regras. Uma alternativa foi estabelecer certas prerrogativas de indicação para grupos de interesses previamente definidos. Outras foram alocar um certo número mínimo de assentos para representantes de consumidores e estabelecer indicações com base em critérios étnicos ou de gênero. Uma possibilidade também considerada foi impedir que profissionais egressos da indústria regulada assumissem posições nas agências (United States Senate, 1977, pp. 32-33).

Nenhuma das alternativas foi adotada. Como já referido, o Senado Americano optou por recomendar a regulação de *equilíbrio* por meio de *standards*. A razão central foi evitar que os colegiados das agências fossem formalmente loteados por grupos de interesses, grupos étnicos ou de defesa de gênero. Quais grupos deveriam ser favorecidos? Com base em quais critérios? Outros argumentos foram no sentido de que assentos garantidos a grupos específicos acirriariam campanhas internas em níveis indesejáveis, mais intensos dos que os então existentes. Regras muito rígidas reduziriam *excessivamente* a discricionariedade presidencial no processo seletivo. Também foi considerado inadequado impedir que pessoas qualificadas e idôneas fossem alijadas do processo seletivo unicamente em razão de sua anterior ligação com a indústria regulada, pois boa parte dos melhores candidatos poderia ter sua indicação comprometida.

Pareceram-me acertadas as conclusões do Senado Americano.

Uma vez escolhida a opção de regular *equilíbrio* por meio de *standards*, a introdução de ao menos um conjunto de regras me pareceria importante, com o propósito de permitir um controle adequado do referido princípio: regras específicas sobre a prestação de informações curriculares pelos atuais dirigentes das agências e pelos futuros candidatos indicados pelo Presidente da República.

Essas regras, em linha com o conceito apresentado na Parte II, deveriam exigir dos destinatários a prestação de informações completas e suficientemente detalhadas a respeito de seus *vínculos* profissionais ou associativos com (i) *atores públicos ou políticos*; (ii) *a indústria regulada*; (iii) *entidades de defesa de usuários ou de consumidores*; e (iv) *entidades acadêmicas privadas ou instituições independentes de pesquisa*.

Com base nas informações prestadas seria possível operacionalizar mais eficientemente o conceito de *equilíbrio* e controlar, por meio do princípio adotado, as escolhas feitas pelos poderes constituídos.

#### **4. Conclusão**

Considerando os dados empíricos reproduzidos neste artigo, que indicam que a combinação de forças dos diversos grupos de interesses não tem sido eficaz para *equilibrar* as agências reguladoras independentes brasileiras, e os riscos aqui apontados, associados a *vieses decisórios* de órgãos colegiados, defendo que essas entidades, com o propósito de preservar sua neutralidade decisória, devam incorporar regras e/ou princípios (conforme o caso) em seus desenhos normativos que, no plano jurídico-formal, busquem assegurar: (i) *independência* em relação a interferências políticas; (ii) *transparência* em seus processos decisórios; e (iii) *equilíbrio* na composição de seus órgãos deliberativos.

Tendo em vista as vantagens e desvantagens associadas às diversas estratégias regulatórias e desenhos normativos apontados neste artigo, proponho que a regulação de *equilíbrio* seja realizada por meio de mecanismos de *soft law*, que evitem os custos e incertezas associados aos processos legislativos, ou por meio da adoção de normas que regulem *equilíbrio* com base em princípios que conformem as escolhas governamentais e permitam um controle adequado pela sociedade.

#### Bibliografia:

- Aragão, A. S. (2003). *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense.
- Baird, M. F. (2017). *Redes de influência, burocracia, política e negócios na Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)*.
- Baldwin, R. (2010). Better Regulation: the Search and Struggle. Em R. B. al., *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press.
- Baldwin, R., Cave, M., & Lodge, M. (2012). *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. New York: Oxford University Press.
- Black, J. (2008). Forms and Paradoxes of Principles Based Regulation. *LSE Law, Society and Economy Working Papers Vol. 13*, [www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm](http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm).
- Campos, G. A. (2019). Poder Neutro e razão de Estado em Benjamin Constant. *Revista de Ciências do Estado*. Vol 4, n. 1, e5150. ISSN: 2525-8036.
- Carrigan, C., & Coglianese, C. (2015). George J. Stigler, "The Theory of Economic Regulation". Em *The Oxford Handbook of Classics in Public Policy and Administration* (pp. 287-299). New York: Oxford University Press;  
<https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199646135.001.0001/oxfordhb-9780199646135-e-41>.

- Castro, A. S. (2012). *Ensaio sobre o Poder Judiciário no Brasil*. Rio de Janeiro: <https://www.researchgate.net/publication/281239919>.
- De Bonis, D. F. (2016). *Os Limites do Desenho Institucional: uma investigação empírica dos mecanismos de influência presidencial sobre agências reguladoras independentes no Governo Federal brasileiro*. São Paulo.
- Diver, C. S. (1983). The Optimal Precision of Administrative Rules. *The Yale Law Journal*, Vol. 93, No. 1, 65-109.
- Escola de Direito da FGV-SP. (2016). *Dinâmica de nomeação das agências reguladoras*. São Paulo.
- Foot, S. B. (1988). Independent Agencies Under Attack: A Skeptical View of the Importance of the Debate. *Duke Law Journal*, 223-237.
- Freeman, J. (2000). Private parties, public functions and the new administrative law. *Administrative Law Review*, Vol. 52, No. 3, Summer, pp. 813-858.
- Friedman, H. H. (2017). *Cognitive Biases that Interfere with Critical Thinking and Scientific Reasoning: A Course Module*. New York: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2958800>.
- Gelis Filho, A. (Agosto de 2006). Análise comparativa do desenho normativo de instituições reguladoras do presente e do passado. *Revista de Administração Pública*. Vol 40, pp. 589-613.
- Gerring, J., & Thacker, S. C. (2004). *Political Institutions and Corruption: The Role of Unitarism and Parliamentarism*. Cambridge University Press.
- Golden, M. M. (Abril de 1998). Interest Groups in the Rule-Making Process: Who Participates? Whose Voices Get Heard? *Journal of Public Administration Research and Theory: J-PART*, Vol. 8, No. 2, pp. 245-270.
- Guerra, S. (2018). *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade*. Belo Horizonte: Fórum.
- Kahneman, D. (2012). *Rápido e Devagar: Duas formas de pensar*. São Paulo: Objetiva.
- Kaplow, L. (1992). Rules versus standards: an economic analysis. *Duke Law Journal*, 42, 557-629.
- Kerwin, C., Furlong, S. R., & West, W. (2018). Interest Groups, Rulemaking, and American Bureaucracy. Em E. b. Durant, *The Oxford Handbook of American Bureaucracy*. Oxford Handbooks Online ([www.oxfordhandbooks.com](http://www.oxfordhandbooks.com)).
- Leal, F., & Ribeiro, L. M. (2016). O direito é sempre relevante? Heurística de ancoragem e fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral em juizados especiais do Rio de Janeiro. *Direitos Fundamentais e Justiça*, no. 35, pp. 253-284.
- Lorenzetto, B. M. (2009). O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o Guardião da Constituição. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. São Paulo.

- Mahoney, J. (2000). Path Dependence in Historical Sociology. *Theory and Society*, v. 29, no. 4, 507-548.
- Medauar, O. (2003). *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Melo, M. A. (2008). *Instituições e Regulação na América Latina*. São Paulo; Santiago: <https://fundacaofhc.org.br/files/papers/427.pdf>.
- Miles, T. J., & Sunstein, C. R. (2007). *The Real World of Arbitrariness Review*. Chicago: <http://ssrn.com/abstract=1028872>.
- Miller, G. P. (1988). Introduction: The Debate Over Independent Agencies in Light of Empirical Evidence. *Duque Law Journal*, 215-222.
- Moreira Neto, D. d. (2001). *Mutações do Direito Administrativo*. São Paulo: Renovar.
- Moreira, E. B., & Kato, M. A. (2013). Regulação Econômica e Segurança Energética: Breves notas sobre o caso brasileiro. Em F. A. Rocha, *Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica - Tomo II* (pp. 209-239). Synergia Editora.
- Nagel, S. S. (1962). Judicial Backgrounds and Criminal Cases. *J. Criminal Law & Criminology*, p. <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol53/iss3/6>.
- Schauer, F. (2005). The Tyranny of Choice and the Rulification of Standards. *Havard Law School Library*, 803-814.
- Silva, M. B. (Jul/Ago de 2012). Mecanismos de participação e atuação de grupos de interesse no processo regulatório brasileiro: o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). *Revista de Administração Pública*.
- Spiller, P. T. (Abril de 1990). Politicians, Interest Groups, and Regulators: A Multiple-Principals Agency Theory of ofRegulation, or "Let Them Be Bribed". *The Journal of Law & Economics*, Vol. 33, No. 1, pp. 65-101.
- Stigler, G. J. (1971). The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, No. 1 (Spring), 3-21.
- Sundfeld, C. A. (2002). Introdução às Agências Reguladoras. Em C. A. Sundfeld, *Direito Administrativo Econômico* (pp. 17-36). São Paulo: Malheiros.
- United States Senate. (1977). Study on Federal Regulation. Washington: [https://books.googleusercontent.com/books/content?req=AKW5Qad9iHs23eCpkgXrJJdeC5zc8kqLwnQZQWc-Y2ht6KrqrP3XMI7pY0EpEyl18k7BSbne916DGsA-IKn32EvFsltZrUn00yA49XKVgZDNefOP5m56ZoIT\\_gFPxvs5lojZ286\\_u5GWWEOCX0rNuR46Baip5MbduopBoNQ70typpxgXOoONj5\\_8mPQGuv1Mbi6547u](https://books.googleusercontent.com/books/content?req=AKW5Qad9iHs23eCpkgXrJJdeC5zc8kqLwnQZQWc-Y2ht6KrqrP3XMI7pY0EpEyl18k7BSbne916DGsA-IKn32EvFsltZrUn00yA49XKVgZDNefOP5m56ZoIT_gFPxvs5lojZ286_u5GWWEOCX0rNuR46Baip5MbduopBoNQ70typpxgXOoONj5_8mPQGuv1Mbi6547u).