



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



ADRIANA SOARES DE MOURA CARNEIRO

ENTES REGULADORES INDEPENDENTES E NEUTRALIDADE POLÍTICA:
uma prospecção entre o apoliticismo e a contenção partidária

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Recife/PE
2015

ADRIANA SOARES DE MOURA CARNEIRO

ENTES REGULADORES INDEPENDENTES E NEUTRALIDADE POLÍTICA:
uma prospecção entre o apoliticismo e a contenção partidária

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria e Dogmática do Direito.

Linha de Pesquisa: Estado, Constitucionalização e Direitos Humanos (Estado, Regulação e Tributação Indutora).

Orientador: Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti.

Recife/PE
2015

Catálogo na fonte
Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

C289e Carneiro, Adriana Soares de Moura
Entes reguladores independentes e neutralidade política: uma prospecção entre o apoliticismo e a contenção partidária. – Recife: O Autor, 2015.
194 f.

Orientador: Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ.
Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.
Inclui bibliografia.

1. Poder regulamentar - Brasil. 2. Agências reguladoras de atividades privadas - Brasil. 3. Neutralidade. 4. Legitimidade governamental. 5. Democracia. 6. Estado de direito. 7. Conselho Nacional de Justiça (Brasil). I. Cavalcanti, Francisco de Queiroz Bezerra (Orientador). II. Título.

342.810664CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2015-006)

Adriana Soares de Moura Carneiro
“ENTES REGULADORES INDEPENDENTES E NEUTRALIDADE
POLÍTICA: Uma Prospeção entre o apolicismo e a contenção partidária”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito
da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito
parcial para obtenção do grau de Mestra em Direito.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti.

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO_____

Professor Dr. **Marcos Antonio Rios da Nóbrega** (Presidente/UFPE)

Julgamento: APROVADO_____ Assinatura: _____

Professora Dr^a. **Theresa Christine de Albuquerque Nóbrega** (1^a Examinadora externa/UNICAP)

Julgamento: APROVADO_____ Assinatura: _____

Professor Dr. **Edilson Pereira Nobre Júnior** (2^o Examinador interno/UFPE)

Julgamento: APROVADO_____ Assinatura: _____

Recife, 05 de fevereiro de 2015.

Coordenador Prof. Dr. **Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão.**

Aos que perseveram na esperança de um mundo melhor, a partir da Ética e da
Justiça, consubstanciadas numa atitude individual consciente de suas
responsabilidades, seja no palco público, seja na seara privada.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelas Providência e Misericórdia, em todos os acontecimentos, e aos Seus Prepostos, por serem fiéis executores do Amor Divino, entre os quais, Jesus, Auta de Souza e Agostinho! Como diz a canção: “Deus é bom p’ra mim, cuida de mim e comigo vai. Jamais estou sozinho, no meu caminho, comigo vai. (...) Vou pela vida a cantar, Teu grande amor anunciar. A toda gente vou dizer que esse amor todos devem ter. Grande amor! Sublime amor! Amor de Deus!” Louvado seja o Altíssimo!

Ao meu Pai Vitor, a minha mãe Laudicéia e a minha irmã Cristina, por tudo lhes agradecer, que essas laudas, multiplicadas ao infinito, seriam insuficientes! Painho, meu exemplo de guerreiro, sei que agora nada material tem valor, mas esse título é seu! Mainha, meu exemplo de bondade, sem seu imenso amor e cuidado, eu seria planta murcha! Cris, meu exemplo de garra e honestidade, por todo amor que me tem e que se revela em cada gesto! VB, VB e PP, amos infindamente!

Ao Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, por me ter aceito como orientanda, pelo compartilhar de seu vastíssimo conhecimento, pela generosidade docente, pelo estímulo ao aprendizado constante, pela polidez no trato pessoal e pelo indispensável apoio nessa trajetória.

Aos Amigos, de ambos os planos, entre eles, a Betânia Galindo (pelo apoio na vida, desde a graduação), a Giselle Araújo (pela amizade *in contesti*), aos confrades do NEAS (por compreender minha ausência e pelas boas vibrações), a Exma. Sra. Dra. Juíza de Direito Fernanda de Paula (pelo exemplo profissional e pela honrosa amizade) e a Érica Babini (pelo carinho, desde a tentativa de ingresso na Academia).

A Caroline Lobato, Marília Andrade e Renata Dayanne, pelo inestimável apoio carinhosamente ofertado, desde meu início no PPGD/UFPE, revelando-se amigas antes mesmo da convivência e do tempo construírem nossa amizade.

Aos meus alunos, pela alegria e inspiradora superação que me proporcionam.

Aos corpos docente (nas pessoas dos Profs. Drs. Edilson Nobre, Francisco de Barros e Silva, George Browne, Ivo Dantas e Marcos Nóbrega, pelas lições e orientações) e administrativo (nas pessoas de Maria do Carmo Aquino, Gilka Pereira e Elizabeth Tavares, pelo valoroso e gentil suporte) do PPGD/UFPE, bem como aos colegas discentes.

Aos Professores passados, na pessoa de “Tia” Íris Fabrício, sem os quais impossível seria o atingimento desta nova etapa.

A todos esses, bem como aqueles outros, cujo olvido nominal não significa desprezo ao valioso auxílio dispensado, muitíssimo obrigada!

O mal e o remédio

“Encontram-se os Poetas no oitavo círculo, chamado Malebolge, o qual é dividido em dez compartimentos concêntricos. Em cada um deles é punida uma espécie de pecadores, condenados por malícia ou fraude. (...) No quinto compartimento são punidos os trapaceiros que negociaram os cargos públicos ou roubaram aos seus amos. Eles estão mergulhados em piche fervendo.(...)”

Dante Alighieri, A Divina Comédia, Inferno, Cantos XVIII e XXI.

“Há um elemento que não se costuma considerar, sem o qual a ciência econômica torna-se apenas uma teoria: é a educação. Não a educação intelectual, mas a educação moral; não ainda a educação moral pelos livros, mas a que consiste na arte de formar o caráter, que dá os hábitos: porque educação é o conjunto dos hábitos adquiridos.”

Allan Kardec, O Livro dos Espíritos, perg. 685-a, nota.

RESUMO

CARNEIRO, Adriana Soares de Moura. **Entes reguladores independentes e neutralidade política**: uma prospecção entre o apoliticismo e a contenção partidária. 2014. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

A neutralidade política, enquanto um dos aspectos característicos dos entes reguladores independentes, é de imensurável valor para a ambiência regulatória, pelo afastamento das pressões políticas que aqueles rodeiam, salvaguardando-se as decisões regulatórias, conquanto, desde há muito, seja ela questionada em sua validação, debatendo-se, quanto aos contornos dessa neutralização, se sua concreção reclama apoliticismo ou distanciamento partidário. Pelo confronto doutrinário, à luz de conceitos, como modelos de Estado, inclusive o Regulador, teoria(s) da regulação, entes reguladores independentes e seu modo de identificação, relação entre captura política, falhas regulatórias e descrença social, Democracia e sua forma de legitimação, relação entre políticas públicas e regulatória, busca-se dimensionar a neutralização, considerando a impossibilidade de dissociação dos elementos técnico e político no mister regulatório, num Estado Democrático, e a exigência de preservação dos objetivos regulatórios, jungidos às políticas de Estado, para obstacular a captura política, e a descrença social, por força dessa falha da regulação. Inobstante subsistam pelejas teóricas, conclui-se pelo rechaço da luta de partidos no âmbito do regulador, por perseguir interesses fundamentalmente eleitorais, contenção essa que, dentre outros, efetiva-se mediante formação colegiada dos reguladores, cujos membros são indicados por diversas forças sociais, objetivando um equilíbrio interno, como noticia o palco franco-americano e o pátrio Conselho Nacional de Justiça, para afugentar mácula ao ideário de Estado Regulador, garantindo a despolitização colimada.

Palavras-chave: Regulação estatal. Entes reguladores independentes. Neutralidade política. Partidarismo. Efetivação.

ABSTRACT

CARNEIRO, Adriana Soares de Moura. **Independent regulatory entities and political neutrality**: a prospecting between the apoliticism and partisan contention. 2014. 194 p. Dissertation (Master's Degree of Law) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

Political neutrality, while one of the characteristic aspects of the independent regulatory entities, is of immeasurable value to the regulatory ambience, for the clearance of political pressures that are around them, safeguarding the regulatory decisions, although, for a long time, whether it is being questioned in its validation, discussing about the contours of this neutralization, if its concretion complains apoliticism or partisan containment. The doctrinal confrontation, in the light of concepts as models of State, including the Regulator, theory(ies) of regulation, independent regulatory entities and their mode of identification, relation between political capture, regulatory failures and social disbelief, Democracy and its legitimacy form, relationship between public policy and regulatory, it is seek to size the neutralization, considering the impossibility of decoupling of political and technical elements on regulatory mission, in a democratic State, and the requirement for preservation of regulatory goals, subjected to the State policies in order to obstruct the political capture, and the social disbelief, by virtue of this failure of regulation. Regardless of any theoretical fighting, concluded by rejection of the struggles of parties within the regulator, for they are chasing interests fundamentally electoral, this containment is, among other, effective through collegiate formation of regulators, whose members are appointed by various social forces, aiming at an internal balance, as noticed by the French/US stage and the Brazilian National Council of Justice to scare macula from the idealism of State regulator, and still ensure the depolitization collimated.

Keywords: State regulation. Independent regulatory entities. Political neutrality, Partinsanship. Effectuation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AAI's	<i>Autorités administratives indépendantes</i>
ANA	Agência Nacional de Águas
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APA	<i>Administrative Procedural Act</i>
AR	Agência Reguladora
ARI	Agência Reguladora Independente
ARPE	Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco
BACEN	Banco Central do Brasil
BNDE	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CCB	<i>Commission de Contrôle des Banques</i>
CMN	Conselho Monetário Nacional
CNIL	<i>Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés</i>
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPq	Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
CNSP	Conselho Nacional de Seguros Privados
CONAR	Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
EC	Emenda Constitucional
ECT	Empresa de Correios e Telégrafos
EUA	Estados Unidos da América
ICC	<i>Interstate Commerce Commission</i>

INMETRO	Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia
<i>IRAs</i>	<i>Independent regulatory agencies</i>
IRB	Instituto de Resseguros do Brasil
MARE	Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado
<i>NDPB's</i>	<i>Non-departmental public bodies</i>
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OS	Organização Social
OSCIP	Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
PDRAE	Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado
PNP	Programa Nacional de Publicização
PUC-Rio	Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
<i>QUANGOS</i>	<i>Quasi autonomous non governmental organisations</i>
<i>STB</i>	<i>Surface Transportation Board</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
USP	Universidade de São Paulo
<i>v.g.</i>	<i>verbi gratia</i>

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	A TEORIA DO ESTADO REGULADOR.....	18
2.1	Uma breve perspectiva histórica acerca dos modelos de Estado.....	19
2.2	O universo conceptual da regulação.....	28
2.3	O Estado Regulador: fundamentos, controvérsias e o porvir.....	39
2.4	O perfil da tese regulatória implantada no cenário brasileiro.....	51
3	A FIGURA DO ENTE REGULADOR INDEPENDENTE.....	64
3.1	A contextualização doutrinária do regulador independente.....	65
3.2	O debate acerca da legitimação democrática do ente regulador.....	75
3.3	Os entes reguladores independentes brasileiros.....	85
4	A NEUTRALIDADE POLÍTICA DO REGULADOR INDEPENDENTE.....	97
4.1	Os contornos da despolitização.....	98
4.2	A neutralidade política do regulador <i>versus</i> políticas públicas.....	108
4.3	A questão da captura política.....	117
5	A DELIMITAÇÃO DA NEUTRALIDADE POLÍTICA DO ENTE REGULADOR.....	127
5.1	A dimensão da neutralidade: apoliticismo ou contenção partidária?.....	128
5.2	A efetivação da neutralidade delimitada.....	139
5.3	A despolitização nos cenários norte-americano e francês.....	146
5.4	O desenho da neutralização delimitada nos entes reguladores nacionais, a partir da análise do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).....	155
6	CONCLUSÃO.....	168
	REFERÊNCIAS.....	174

1 INTRODUÇÃO

Revelando-se como umas das essenciais características de um ator regulatório estatal, a se lhe vincular designativamente, já que fundamentadora de sua própria existência, a independência é questão para a qual converge boa parte dos debates correlatos aos ideários da regulação e do Estado Regulador, dividindo-se os Doutos de variadas nacionalidades entre aplausos e apupos.

Fulcrado na perspectiva da fixação estatal de regras garantidoras de um funcionamento equilibrado de determinados setores econômicos e da área social, a se projetar na esfera privada, objetivando a concreção de valores democraticamente estabelecidos, a independência se revela na equidistância do regulador para com os regulados, Poder Público e sociedade na tomada de decisões, salvaguardando-se os interesses regulatórios.

E, ao se discutir a vinculação do sucesso regulatório à efetivação da independência, tal exame, ao lhe esmiuçar os aspectos, alcança a neutralidade política do ente regulador independente, tema deste estudo.

Neste sentir, o instrumental regulatório, para o seu competente mister, exige o aparte das pressões políticas negativamente influenciadoras do seu agir, num inadequado atrelamento a interesses diversos do da regulação, maculando-lhe finalisticamente as decisões.

Diante do valor dessa resistência a comandos políticos, cujo móvel seja distinto do regulatório, sem a qual não há como se falar em independência, e, conseqüentemente, invalidada restaria a fundamentação da regulação estatal, quiçá do ente estatal em si mesmo, no formato em que hodiernamente se apresenta, o questionamento atinente ao conteúdo dessa despolitização reclama averiguação teórica, a propiciar robusta efetivação.

Por isso, acerca da dimensão dessa neutralidade, erige-se a investigação de sua natureza, se fundada num absentismo político, como defendido por respeitáveis Mestres, ou se pautada no resguardo puramente partidário, o que é sustentado por não menos dignas vozes, procelosa trilha pela qual transita o problema desta pesquisa.

Todavia, de pronto, é relevante afirmar que tal exame não se pretende por vã curiosidade, pois, como dito, a análise da eficiência regulatória perpassa pela concreção satisfatória de seus elementos caracterizadores,

dentre os quais o exíguo cumprimento do papel que cabe ao responsável pelo desempenho das competências regulatórias, que exige, além da tecnicidade, uma posição independente, e, neste campo, neutra, sob pena de malogro do ideário colimado, sepultando a viabilidade desse instrumental da intervenção estatal indireta.

Mas não é só isso!

A escolha também se assenta na nefasta repercussão social do não atendimento da neutralidade, pelo que se oportuniza a captura política, situação hodierna e sobejamente evidenciada, a esvaziar a proposta regulatória, ante a ocorrência dessa falha da regulação, e a fomentar a descrença social no ideário e no Estado, pois, empiricamente, salvo pontualíssimas exceções, pode-se afirmar que a sociedade enxerga no desempenhante da regulação estatal apenas outro elemento de corrupção e ineficiência, num cenário administrativo já saturado de figuras similares, o que redundaria na quebra de confiança pública.

Dessarte, pelas justificações apresentadas, as quais se encontram obliquamente vinculadas entre si, a doutrina regulatória, aqui e lá fora, tem enfaticamente apontado a utilidade de revisitação do tema neutralidade política, que, embora não constitua novidade, não dispensa um olhar diferenciado e precisa ser novamente desbravado, ante as lacunas que se levantam no seu campo teórico, de repercussão prática.

Para a análise proposta, cujo objetivo principal é, repita-se, examinar o real conteúdo da despolitização, se absentista ou partidarista, busca-se correlatamente analisar o modelo de Estado Regulador, averiguar o ente regulador independente, apresentar a relação entre regulação estatal e legitimidade democrática, confrontar as políticas públicas e regulatória, investigar a captura política, detectar a influência da partitocracia no ente regulador, relacionar neutralização política, falhas regulatórias e confiança pública e verificar possíveis formas de concreção da despolitização.

E nessa apreciação, certas hipóteses, como a necessidade premente de racionalizar a despolitização como instrumento impeditivo da cooptação política do agir do ente regulador, a legitimação democrática do regulador independente, a sujeição da política regulatória ao programa de ação governamental, a segregação da interferência partidária na atuação do ator da

regulação, a viabilidade de medidas despolitizantes e a efetivação da neutralização política como instrumento de fortalecimento do Estado Regulador e da confiança pública, conduziram a análise dos dados a serem obtidos mediante literatura de nacionalidade variada.

Para tanto, a pesquisa, com base nas escolhas metodologicamente realizadas, estrutura-se em 6 capítulos, dentre os quais se conta esse de introdução e o de conclusão, sendo que os 4 intermediários, subdivididos em múltiplos itens, estão organizados com vistas ao atendimento dos objetivos estabelecidos e alhures destacados, como a seguir descrito.

No capítulo 2, intitulado A teoria do Estado Regulador, intenta-se delinear o perfil que assume a atual espécie de Organização Política, a saber, o Estado, sob a égide do ideário da regulação, o que se pretende ao longo dos 4 itens que o compõe, capítulo este de inegável caráter preliminar.

Desta feita, através de uma breve perspectiva histórica acerca dos modelos de Estado, na qual são revistos os desenhos por ele assumidos, desde seu início, no século 15, até o presente (item 2.1), e analisando previamente o universo conceptual da regulação, instante em que são apresentados os embates doutrinários correlatos à teoria em foco, com ênfase na modalidade da regulação estatal e seus pormenores (item 2.2), a verificação dos fundamentos, controvérsias e o porvir do Estado Regulador se desenvolve, com o fito de, compreendendo os alicerces políticos, sociais e econômicos de sua instalação, e atenta à observação das críticas que lhe são apostas, possa-se vislumbrar o cenário futuro da regulação e do Estado, mormente nesses tempos de crise (item 2.3), reflexões particularmente interessantes, quando projetadas sobre o perfil da tese regulatória implantada no cenário brasileiro, considerando a Reforma de Estado promovida na década de 90, que atrelou o Brasil ao formato regulatório, e suas consequências (item 2.4).

A partir disso, já no capítulo 3, que se chamou de A figura do ente regulador independente, esmiúça-se o ator da regulação estatal, enquanto instrumental para a ação regulatória, investigação que é empreendida por meiodos 3 itens que o formam.

Nele, faz-se a contextualização doutrinária do regulador independente, pela qual é possível, não apenas conhecer seu início histórico e desenvolvimento mundial, como também reconhecê-lo, enquanto o

desempenhante da competência regulatória estatal, dentre a multiplicidade de formas de que se reveste, além de identificar as defesas e os rechaços efetivados pelos Estudiosos a tal figura (item 3.1), destacando-se, entre as pelepas doutrinárias, o debate acerca da legitimação democrática do ente regulador, no qual a Democracia é rediscutida pelos Doutos, para fins de guarida ou não da tese regulatória e de seu ator (item 3.2), sendo todas essas análises replicadas para os entes reguladores independentes brasileiros, acrescidas daquelas particularmente existentes, como é o caso do debate concernente à existência de reguladores pátrios além da figura das agências reguladoras (item 3.3).

Na sequência, chega-se ao capítulo 4, denominado A neutralidade política do regulador independente, no qual, restringindo-se ao tema da pesquisa, almeja-se compreender a despolitização regulatória, enquanto aspecto da essencial independência, suas repercussões e consequências, mediante o transcurso de seus 3 itens constituintes.

Com base nisso, volta-se para o estudo dos contornos da despolitização, no qual os fundamentos e justificativas da neutralização são ponderados, fulcrado, dentre outras coisas, no valor do elemento Política e na relação entre ele e a Técnica no mister regulatório (item 4.1), o que conduz à investigação da neutralidade política do regulador *versus* políticas públicas, tendo em vista o debate que se entabula acerca da relação entre o programa de ação governamental e a política regulatória, no intuito de examinar uma vinculação hierárquica-diretiva desta para com aquela (item 4.2), culminando com o debruçar-se sobre a captura política, enquanto sequela da ausência da neutralidade, em que são narradas sua origem, a partir da captura econômica, suas teorias, seu processo de desenvolvimento, sua responsabilidade na promoção das falhas da regulação e da quebra da confiança pública, a fim de reforçar a necessidade da despolitização, ante a constatação dos danos que lhe são decorrentes (item 4.3).

Até que, julgando-se suficientemente amadurecida a discussão, por força das antecedentes ponderações doutrinárias relativas às questões que secundam o tema escolhido, defronta-se, no capítulo 5, nomeado A delimitação da neutralidade política do ente regulador, com a problematização eleita, que se desdobra nos 4 derradeiros itens da pesquisa.

Deste modo, perquirindo se a dimensão da neutralidade tem assento no apoliticismo ou na contenção partidária, urge compreender o que deve ser despolitizado no exercício regulatório, o que perpassa pelo sentido dicionarizado do vocábulo neutralizar, estendendo-se à questão da Política, do papel dos partidos políticos e da partitocracia (item 5.1), até que, na busca da efetivação da neutralidade delimitada, persegue-se maneiras de garantir a concretização satisfatória (item 5.2), inclusive pela investigação das práticas utilizadas mundo afora, especificamente o quadro da despolitização nos cenários norte-americano e francês (item 5.3), constatando-se igualmente tal desenho da neutralização delimitada nos entes reguladores nacionais, a partir da análise pontual do Conselho Nacional de Justiça (item 5.4).

Registre-se que, na construção da investigação acima detalhada, relativa ao fortalecimento da independência, através da despolitização dos entes reguladores independentes, sob a perspectiva de identificação de sua dimensão conteudística, a fim de explicitar seu apoliticismo ou sua contenção partidária, a pesquisa é de natureza bibliográfica, tendo em vista a profusão de estudos oriundos de múltiplos Doutos pátrios e ádvenos sobre o tema, entre os quais, Alexandre Santos de Aragão, Antonio La Spina, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Fabrizio Gilardi, Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, Floriano de Azevedo Marques Neto, Giandomenico Majone, Marçal Justen Filho, María Salvador Martínez, Tony Prosser, Vital Moreira, procedimento que se realiza por meio de pesquisa bibliográfica, de indistinta nacionalidade, tais como livros, artigos publicados em revistas especializadas, textos publicados na internet e apresentados em congressos.

A revisão bibliográfica é feita mediante confecção de fichamentos, acerca das obras analisadas e pertinentes ao assunto em tela, sendo todo o material documentado, como também as reflexões dele oriundas, organizados para composição do trabalho que se pretende construir, o que se justifica face à necessidade de comprovação das hipóteses apontadas em torno da neutralidade política e suas discussões acerca de seu efetivo conteúdo: se de adoção de postura integralmente apolítica ou se de afastamento da influência partidarista no exercício regulatório.

Atentando-se aos mais mezinhos preceitos juspolíticos, pretende-se pelo estudo ora a principiar-se colaborar timidamente no aclaramento dessa

problemática de monta capital, que clama pelo debruçar dos Estudiosos no refazimento de seus alicerces, tendo em vista que a identificação e adequada concretização da neutralidade política do ente regulador estatal, enquanto aspecto da independência, auxiliará no resguardo da pureza do arcabouço teórico-doutrinário do ideário regulatório estatal, a produzir consequências factuais e coletivamente impactantes, notadamente nesse momento histórico, de cenário globalizado fortemente atacado pelo vendaval de sucessivas crises sociais, políticas, econômicas e jurídicas, que exorta todos a serem artífices das necessárias transformações.

2 A TEORIA DO ESTADO REGULADOR

No intuito de fixar os conceitos introdutórios ao estudo aqui desenvolvido, este capítulo objetiva a breve revisão dos fundamentos históricos e doutrinários que suscitaram as transformações que o Estado¹ tem suportado no decurso dos últimos séculos², modificações essas que culminaram no cenário hodierno de Estado Regulador, assunto cuja importância autoriza investigação específica, mormente em tempos de crise.

E, para tanto, busca-se igualmente rever o entendimento construído pelos Doutrinos acerca do fenômeno regulação, de *per si*, o qual, adianta-se, como já sabido, carece de pacificação e uniformidade³.

Por fim, debruça-se sobre a reforma de Estado havida no ambiente pátrio, nos anos 90, para adoção de contornos regulatórios, cuja análise envolve os estudos governamentais realizados para a implantação de tal modelo e o confronto dessa teoria com a realidade experienciada, a partir das lições dos Doutrinadores brasileiros, nas quais se evidenciam as divergências de entendimento sobre o assunto⁴.

¹ A diversidade de acepções do vocábulo Estado autoriza a seguinte manifestação: “Eu gostaria que se instituísse um prêmio, não de 500 francos, mas de milhão, com guirlandas, medalhas e fitas, em favor de quem conseguisse dar uma boa, simples e inteligente definição para a palavra: **ESTADO**. Que grande serviço estaria prestando à sociedade! O **estado**! O que é? Onde ele está? O que fez? O que deveria fazer? Tudo o que dele sabemos é que se trata de um personagem misterioso e, sem sombra de dúvida, o mais solicitado, o mais atormentado, o mais ocupado, o mais aconselhado, o mais acusado, o mais invocado e o mais provocado que exista no mundo” (BASTIAT, Frédéric. **Frédéric Bastiat**. Tradução de Ronaldo da Silva Legey. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 81. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/files/literature/Fr%C3%A9d%C3%A9ric%20Bastiat.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2014. Grifos do original). Destarte, adota-se aqui a ideia de organização de um povo, localizado estavelmente sobre um território, sob o comando de um único poder, surgido na Idade Moderna. Para aprofundamento do tema, que extrapola os objetivos desse trabalho, recomenda-se **Teoria do Estado– Direito Constitucional I**. Belo Horizonte: Del Rey, 1989e **Teoria do Estado contemporâneo**. 2. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, ambas do Mestre Ivo Dantas.

² Pertinentemente às modificações vivenciadas pelo Estado, o estudo se concentra no lapso compreendido entre os séculos 15, quando surgiu, e o atual, esclarecendo que, a um, a análise se restringe aos Estados ocidentais capitalistas, e, a dois, as etapas estatais não são de catalogação uniforme pela Doutrina, tampouco se revelam estanques.

³ Considerando sua amplitude teórica e acentuada divergência doutrinária, como também o fato de que a abordagem é introdutória ao tema efetivamente trabalhado, o estudo sobre a Regulação compreenderá exclusivamente os pontos considerados relevantes para o satisfatório desenvolvimento desta pesquisa.

⁴ Ante a proliferação de entendimentos dessa teoria brasileira em construção, hercúleo, ou mesmo impossível para este trabalho, seria o mister de destacar todas as temáticas e variações envolvidas na questão, pelo que se alerta para o caráter instrumentalizador e exemplificativo das colocações doutrinárias a serem efetivadas.

2.1 Uma breve perspectiva histórica acerca dos modelos de Estado

É ordinariamente cediço que os estudos sobre regulação, que é o caso presente, tendem a principiar-se pela análise da linha do tempo dos modelos estatais, na qual são evidenciadas as transformações ideológicas, de repercussões política e socioeconômica, da espécie hodierna da Organização Política. E, sendo assim, quase inafastável seria o risco a que se arvora neste momento, a saber, o de ser mera repetição de lições anteriores.

Não obstante isso, o presente trabalho exige a assunção de tal perigo, porquanto discutir regulação significa debater a forma de atuação estatal na esfera privada, econômica e socialmente, o que está intrinsecamente vinculado ao seu arcabouço teórico fundamentante, sabendo-se que, desde quando surgiu, o Estado vem assumindo formas diversificadas, conforme as necessidades e imperativos de cada comunidade, em cada época.

Outrossim, impende ressaltar que a transposição do Estado para um novo modelo ocorre por força das experiências do que lhe era anterior, com a constatação de seus acertos e, primordialmente, seus malogros, o que representaria, em tese, um ajuste evolutivo da maneira pela qual o Estado se reveste para o exercício do poder político e econômico que detém.

Dessarte, o imiscuir-se no universo regulatório, notadamente o estatal⁵, imprescinde desse olhar para as pretéritas vivenciações modulares do Estado, a fim de compreender suas fundamentações histórico-causais, tendo em vista que “(...) não nos parece possível para os Autores que trabalham o Direito Público superar seus impasses sem dar alguma atenção às transformações por que passa o Estado”⁶.

Feitas tais justificações, centra-se, doravante, no móvel deste tópico.

Na sequência das transformações vivenciadas pela Organização Política, eis que surge o Estado, que é “uma das formas que a organização política da sociedade assumiu no decorrer da história (a mais evoluída e a mais complexa), na qual se manifestou um poder de Governo”⁷.

⁵ Tal adjetivação será mais bem detalhada a frente.

⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 14.

⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 11. ed. v. 1. Brasília, DF: Editora UNB, 1998. p. 553.

Com vistas à necessidade de estabelecimento de supremacia de um poder unificado e central, em face das múltiplas forças sociais existentes, de natureza religiosa e/ou política, situação que não ensejava a paz nacional⁸, emergem os Estados Nacionais⁹, nos quais há a concentração das funções administrativas no monarca, processo que é um dos marcos da passagem da Idade Média para a Era Moderna (séculos 15 e 16).

O sistema absolutista (também conhecido na história como Absolutismo Monárquico ou Estado Absolutista) se caracterizava pelo poder concentrado no Rei, que era o representante de Deus na sociedade e o centralizador de todas as competências estatais, e, embora tenha sido subsequente ao feudalismo, deste manteve o caráter patrimonialista e o personalismo do exercício do poder na ordem social, só que concentrado no monarca, cuja soberania deste se justificava na tradição¹⁰.

Jean Bodin¹¹, Niccolò di Bernardo dei Machiavelli (Nicolau Maquiavel)¹² e Thomas Hobbes¹³ se destacam na História, dentre outros existentes, como os principais teóricos do Estado Absolutista.

Todavia, aquele momento foi superado pelo Estado (Liberal) de Direito, nos séculos 18 e 19, em que a soberania passa a ser do povo e expressada pela lei, além de fundamentar-se na igualdade dos seres e na

Disponível em: <http://www.pgcsiamspe.org/Mario_Porto/02-DicionarioDePolitica.pdf.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2014.

⁸ Entende Hans Kelsen por paz nacional a pacificação das relações entre os indivíduos, o que, segundo o Autor, é alcançada em mais alto grau no Estado (apud DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado contemporâneo**. 2. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 89).

⁹ SANDRONI, Paulo (Org.). **Novíssimo dicionário de Economia**. 2. ed. São Paulo: Best Seller, 1999. p. 221. Disponível em: <<http://introducaoaeconomia.files.wordpress.com/2010/03/dicionario-de-economia-sandroni.pdf>>. Acesso em: 9 jan. 2014.

¹⁰ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, 1998, op. cit.

¹¹ Em Os Seis Livros da República (de 1576), afirmava Bodin ser a soberania um poder indivisível, razão pela qual o rei, em sendo o soberano, não o poderia dividir, tampouco minimizá-lo, sujeitando-se exclusivamente à lei divina (*Idem, Ibidem*).

¹² No tratado político concernente às estruturas do estado moderno, que é O Príncipe (escrito em 1513 e publicado postumamente em 1532), Maquiavel apresentava uma visão de poder ilimitado do rei, que poderia ser livremente exercido pelo monarca em seu território para obtenção da ordem (*Idem, Ibidem*).

¹³ Hobbes, em Leviatã (de 1651), defendia a sujeição e o contratualismo na relação súdito-soberano, em nome da paz interna e da defesa da nação. E, em retribuição à intervenção do rei, que resgatou o povo do estado de natureza ou barbárie, obrigatoriamente os súditos cederiam seus poderes particulares ao Estado, mediante um contrato social (KOSSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**. Um estudo acerca da patogênese do mundo burguês. Tradução de Luciana Villas-Boas Castelo Branco. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 1999).

divisão das funções estatais, novo cenário que decorreu da Revolução Francesa.¹⁴

Várias foram as influências propulsoras de tal reformulação e indutoras da queda do *Ancien Régime*, da Bastilha e de cabeças, as quais podem ser separadas em 02 grupos, de natureza teórica um e fundamento prático-social outro, mas sem desconsiderar a intercomunicação deles, cada grupo com elementos integrantes vários, entre os quais se contam o desenvolvimento do Iluminismo e do Liberalismo e o fortalecimento do poder da burguesia *versus* decadência da aristocracia.

Tanto o Iluminismo (defensor da ascendência da razão humana, frente os múltiplos aspectos da vida, e se opondo à visão teocêntrica então dominante na Europa)¹⁵, como o Liberalismo (estribado na ampla liberdade individual, na democracia representativa com separação e independência entre os poderes estatais, no direito inalienável à propriedade, à livre iniciativa e à concorrência)¹⁶, cujos pilares teóricos se assentam em Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de Montesquieu (Montesquieu), John Locke, François Marie Arouet (Voltaire), Jean-Jacques Rousseau, Denis Diderot, Jean Le Rond d'Alembert, Adam Smith, Immanuel Kant e outros, forneceram substrato ideológico para a Revolução Francesa e, conseqüentemente, para o fim do Estado Absoluto, face às repercussões político-econômicas produzidas.

¹⁴ Conforme lembra Edilson Nobre, em que pese a Revolução Gloriosa ter precedido a Queda da Bastilha, em quase 100 (cem) anos, a universalidade do acontecimento francês o transformou no episódio determinante da mudança de regime estatal e de idade histórica, ao invés do evento inglês (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública, Legalidade e pós-positivismo. In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco. (Coor.). **Princípio da Legalidade**: da Dogmática Jurídica à teoria do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 203-220).

¹⁵ Quanto ao Iluminismo, discorre o historiador alemão: “Contudo, na medida em que os indivíduos sem poder político se desvencilham do vínculo com a religião, eles entram em contradição com o Estado, que os emancipa moralmente mas também os priva da responsabilidade, ao reduzi-los a um espaço privado. Os cidadãos entram necessariamente em conflito com um Estado que, pela subordinação da moral à política, entende a esfera política de maneira formal e age sem considerar a vertente própria da emancipação. O objetivo dos cidadãos será aperfeiçoar-se moralmente até o ponto de saber efetivamente, e cada um por si, o que é bom e o que é mau. Assim, cada um torna-se um juiz que, em virtude do esclarecimento alcançado, considera-se autorizado a processar todas as determinações heterônomas que contradizem sua autonomia moral. Assim, a separação, realizada pelo Estado, entre política e moral volta-se contra o próprio Estado, que é obrigado a aceitar um processo moral” (KOSELLECK, Reinhart, 1999, op. cit., p. 15-16).

¹⁶ O Liberalismo entendia que a igualdade de direitos (vida, liberdade e propriedade), com a abolição de quaisquer privilégios, assegurava a igualdade de oportunidades, o que possibilitaria o alcance dos objetivos individuais, na medida de suas habilidades e capacidades, repudiando, em resumo, a forte ingerência do Estado na seara privada, em seus múltiplos aspectos, inclusive o econômico (SANDRONI, Paulo (Org.), 1999, op. cit.).

E a burguesia, que, no fim da Idade Média, havia financiado e apoiado a centralização dos poderes sociais então dispersos na pessoa do rei, em detrimento dos senhores feudais, objetivando o surgimento de um ambiente social mais propício ao fluxo econômico, o que ensejou o surgimento do Absolutismo Monárquico, foi igualmente responsável pela derrocada deste modelo, tendo em vista que a concentração (e abuso) de poderes no monarca impôs consequências limitantes para a nova classe economicamente dominante, aliando-se a isso o fato de que a aristocracia, embora estivesse econômica e politicamente falida, ainda fosse socialmente considerada superior à ela, em razão da dotação hereditária e tradicional de poder e prestígio¹⁷.

Inobstante a crença inicial de que o aparecimento do Estado Liberal, promovido pela efervescente combinação dos elementos acima pontuados, além de outros, atenderia aos anseios coletivos e majoritários, ante o lema *laissez faire, laissez passer*¹⁸ que comandava as relações econômicas, começou-se a ser identificada a fragilidade, ou mesmo a impossibilidade, de “a mão invisível do mercado”¹⁹ solucionar os problemas que se avolumavam neste modelo estatal.

A não intervenção estatal, jungida à força crescente do Capitalismo, fundamentado na livre competição, provocou acentuada desigualdade social, desequilíbrio entre os agentes econômicos e flagelação financeira da classe trabalhadora, o que findou por enfraquecer o próprio sistema.

Notadamente na vertente social, é elucidador o ensino de Bobbio:

A "questão social" que eclodiu na segunda metade do século XIX colheu de surpresa a burguesia, impondo-se-lhe como o problema principal a que ela devia fazer frente e que ainda continua sendo o

¹⁷ Acerca desse momento, novamente se traz à colação a lucidez de Koselleck: “A sociedade burguesa que se desenvolveu no século XVIII entendia-se como um mundo novo: reclamava intelectualmente o mundo inteiro e negava o mundo antigo. (...) Em nome de uma humanidade única, a burguesia europeia abarcava externamente o mundo inteiro e, ao mesmo tempo, em nome deste mesmo argumento, minava internamente a ordem do sistema absolutista” (KOSELLECK, Reinhart, 1999, op. cit., p. 9-10).

¹⁸ Expressão francesa que significa deixar fazer, deixar passar, representa o pensamento do Liberalismo Econômico, pelo qual não se deve restringir o livre comércio, tendo sua autoria sido imputada a Vicent de Gournay (SANDRONI, Paulo (Org.), 1999, op. cit.).

¹⁹ “Conceito desenvolvido por Adam Smith em seu livro A Riqueza das Nações, significando uma coordenação invisível que assegura a consistência os planos individuais numa sociedade onde predomina um sistema de mercado. De acordo com Smith, um indivíduo que busca apenas seu próprio interesse é na verdade conduzido por uma mão invisível a obter um resultado que não estava originalmente em seus planos. Esse resultado obtido corresponderia ao interesse da sociedade” (*Idem, Ibidem*, p. 365).

problema sem solução do Estado moderno. (...) A "questão social", surgida como efeito da Revolução Industrial, representou o fim de uma concepção orgânica da sociedade e do Estado, típica da filosofia hegeliana, e não permitiu que a unidade da formação econômico-política pudesse ser assegurada pelo desenvolvimento autônomo da sociedade, com a simples garantia da intervenção política de "polícia". Impôs-se, em vez disso, a necessidade de uma tecnologia social que determinasse as causas das divisões sociais e tratasse de lhes remediar, mediante adequadas intervenções de reforma social.²⁰

Como sempre são os momentos históricos, e o suplantarem deles, miscelânea de elementos sinalizou a instabilidade moribunda do formato de Estado em tela, como, por exemplo, a quebra da Bolsa de Nova Iorque (em 1929, a conduzir o sistema financeiro ocidental a Grande Depressão), a ascensão de regimes totalitários (entre eles, os com fundamento no Socialismo Marxista²¹) e o pós 1ª Guerra Mundial, constatando-se a urgência na alteração da atuação estatal, frente ao Mercado, tendo em vista que:

A actividade económica era considerada como um simples prolongamento da actividade privada geral e como tal não merecedora de outra ordenação jurídica que não fosse a que resultava do direito privado. A ordem jurídica da actividade económica restringia-se pois ao direito privado. O mesmo é dizer que o modelo jurídico do Estado liberal limitava ao mínimo o direito público restringindo a sua esfera de influência ao tratamento de questões que nada tinham que ver com a actividade económica.²²

Nesse lapso, enfeixando suas ideias com as de outros Autores, o economista inglês John Maynard Keynes lançou, em 1936, sua A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda, que repercutiu significativamente nos cenários teórico e político de então, argumentando a impossibilidade de apenas e solitariamente o Mercado promover estabilidade econômica, pois se exigiria para tanto a existência de um Estado fortalecido para enfrentamento das crises do Capitalismo, a partir da feitura de investimentos com distribuição de renda, que seria o receituário para enfrentamento dos problemas do Liberalismo.

Com fulcro nesse substrato teórico, iniciou-se, então, o denominado Estado do Bem-Estar Social (ou *Welfare State*, dos países anglo-saxônicos),

²⁰ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, 1998, op. cit., p. 403. Grifos do original.

²¹ A despeito de o Estado Socialista se inserir no contexto de Estado de Bem-Estar Social, a ponderação aqui é feita, lembra-se, com enfoque nos países capitalistas ocidentais.

²² MONCADA, Luís Solano Cabral de. **Direito Económico**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 19.

no qual se garantia aos cidadãos padrões mínimos de educação, saúde, habitação, renda e seguridade social, considerados direitos políticos básicos, deixando o Estado de ser um mero garantidor das posições individuais para ser o provedor das demandas sociais, com vistas ao cultuado bem comum, através de uma intervenção direta na Economia²³, como anota Moncada²⁴ e Barbosa:

Assim, de um Estado absenteísta e mero garantidor da ordem e do cumprimento dos contratos, expressão máxima do direito de propriedade, o mundo assistiu à emergência de um Estado intervencionista, provedor de prestações tendentes a minimizar e a corrigir as imperfeições e iniquidades do sistema capitalista.²⁵

Nessa fase interventiva, o Estado financiava e administrava programas sociais e promovia a abertura de novos postos de trabalho, controlando o sistema financeiro-econômico. Foi o que testemunhou, de forma internacionalmente mais enfática, a política do *New Deal* norte-americano, implementada pelo Presidente Franklin Roosevelt, em 1933.²⁶

O ápice do welfarismo se deu em 1944 com a Conferência Internacional Monetária de Bretton Woods, que deu origem ao Acordo de mesmo nome, havida nos Estados Unidos da América (EUA), quando as políticas keynesianas serviram de fundamento para a tentativa de fixação de um cenário internacional de estabilidade econômica e social.

Todavia, este modelo, no qual a assunção estatal das funções de ordenação da vida em sociedade transformou o Estado em prestador de serviços e empresário, ocasionou a ineficiência das atividades por ele desempenhadas²⁷, dando azo à crise fiscal²⁸ e ao endividamento público

²³ Urge ressaltar que, anteriormente a essa data, alguns países já adotavam práticas de cunho social, como, exemplificativamente, na Inglaterra, Alemanha, Dinamarca, Bélgica e Suíça (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, 1998, op. cit.).

²⁴ MONCADA, Luís Solano Cabral de, 2003, op. cit.

²⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras: a “metamorfose” do Estado e da Democracia. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e Democracia: direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 21.

²⁶ SANDRONI, Paulo (Org.), 1999, op. cit.

²⁷ “Em síntese, não mais basta o simples desempenho dos entes e órgãos públicos (eficácia), para ser exigido o *bom desempenho* (eficiência), aquele que leva à satisfação dos usuários dessas atividades” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 231).

²⁸ “A expressão passou a ser utilizada para indicar a situação de insolvência governamental, inviabilizadora do cumprimento das obrigações assumidas e do desenvolvimento de projetos mais ambiciosos” (JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 19).

interno e externo, ante o aumento populacional e a própria insustentabilidade do modelo, exaurimento a que Bobbio se refere:

Mas, a partir do final dos anos 60, o processo de rompimento da separação entre sociedade e Estado é analisado com instrumentos novos, que levam em conta os primeiros sinais de crise no desenvolvimento das políticas sociais, bastante linear até esses anos. A crise fiscal do Estado é tida como um indício da incompatibilidade natural entre as duas funções do Estado assistencial: o fortalecimento do consenso social, da lealdade para com o sistema das grandes organizações de massa, e o apoio à acumulação capitalista com o emprego anticonjuntural da despesa pública. A particular relação que o *Welfare state* estabeleceu entre Estado e sociedade não é mais entendida em termos de equilíbrio, mas como elemento de uma crise que levará à natural eliminação de um dos dois polos.²⁹

Aliado a isso, o mundo é surpreendido por 02 novas grandes crises, ambas relacionadas ao preço do ouro negro (em 1973 e 1979), evidenciando-se a insuficiência da tese de Keynes para enfrentamento delas.

Por tudo isso, jungido a fatores outros como mundialização, formação da Comunidade Europeia e fragilidade do Capitalismo, um novo ciclo de forma de atuação estatal se apresentou no horizonte do mundo ocidental capitalista, no qual se procedesse à redução do Estado e de sua intervenção no Mercado, no tentame de promover equilíbrio entre as contas públicas, a eficiência dos serviços prestados à sociedade e a Economia, dedicando-se precipuamente à disciplina normativa dos atores sociais, como afirma Barroso:

A quadra final do século XX corresponde a terceira e última fase, a *pós-modernidade*, que encontra o Estado sob crítica cerrada, densamente identificado com a ideia de ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção. Mesmo junto a setores que o vislumbravam outrora como protagonista do processo econômico, político e social, o Estado perdeu o charme redentor, passando-se a encarar com ceticismo o seu potencial como instrumento do progresso e da transformação. O discurso deste novo tempo e o da desregulamentação, da privatização e das organizações não-governamentais.³⁰

Eis o atingimento da fase Pós-Social, com fulcro no Neoliberalismo, doutrina político-econômica, decorrente do Liberalismo Clássico, que defende a

²⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, 1998, op. cit., p. 428. Grifos do original.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (Coor.). **Agências reguladoras e Democracia**: direitos fundamentais, Democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 60. Grifos do original.

liberdade de Mercado, com mínima interferência estatal, a se revelar pela disciplina da ordem econômica, no combate aos excessos da livre concorrência e das falhas ocorrentes, refreando a lógica estatal intervencionista, agora obliquamente desempenhada, sem desprestígio dos valores sociais, cuja origem teórica dessa doutrina é diversificada, contando-se principalmente com Friedrich Hayek³¹, Milton Friedman³² e Robert Nozick³³.

Nesta etapa, o Estado, que anteriormente era a solução, conforme fala do então Presidente norte-americano Ronald Reagan, passou a ser o problema a ser combatido (ou, talvez, o Estado voltou a ser o problema!), e tal modelo passou a ser adotado, inicialmente na Inglaterra (no período de Margareth Thatcher, de 1979/1990), nos EUA (com o citado Reagan, de 1981/1989) e na Alemanha (sob a condução de Helmut Kohl, de 1982/1998), expandindo-se para os demais países ocidentais.³⁴

No fim dos governos dos mandatários acima nominados, nasce o Consenso de Washington³⁵, em que o grande destino do mínimo denominador

³¹ Em O Caminho da Servidão (de 1944, no auge do welfarismo), Hayek, representante da Escola Austríaca, “rejeita o intervencionismo estatal dos países capitalistas, que vinha se desenhando desde o início dos anos 1930, questionando as ideias keynesianas e advogando a volta das ideias liberais, preocupando-se com o limite entre intervenção e controle do Estado sobre a sociedade” (FARIAS, Déborah Barros Leal. Reflexos da Teoria Neoliberal e do Consenso de Washington. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 15, n. 59, p. 75, abr./jun. 2007. Grifos do original).

³² Já Friedman, da Escola de Chicago ou Monetarista, em Capitalismo e Liberdade, de 1962, centra suas reflexões na importância da moeda e de sua circulação (a relevância da provisão de dinheiro), a ser dirigida pelo Estado, enquanto mecanismo de desenvolvimento e estabilidade econômica, sem o que fenômenos de descontrole, como a inflação, comprometeriam a ordem econômica (SANDRONI, Paulo (Org.), 1999, op. cit.).

³³ Em Anarquia, Estado e Utopia (de 1974), sob a premissa de que os indivíduos têm direitos invioláveis, Nozick propõe um Estado com função exclusiva de defesa e proteção desses direitos, contra qualquer forma de violação, inclusive estatal. Desta obra, foi pinçada a célebre expressão: “o Estado Mínimo é o mais extenso que se pode justificar. Qualquer outro mais amplo viola direitos da pessoa” (ALMEIDA, Fernanda Andrade. Neuroética e justiça social: um debate ético em torno dos avanços da Neurociência. **Revista de Sociologia Jurídica**, n. 9, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/antigo/rev09fernandaalmeida.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2014).

³⁴ Cabe destacar a anterioridade da experiência chilena, pois, desde 1975, com orientação de Friedman ao Governo Pinochet, aplicava-se naquele país as ideias neoliberais, até mesmo por decorrência de acordo de cooperação acadêmica entabulado entre a Universidade Católica do Chile e a Universidade de Chicago (EUA), em cujos objetivos também se inseria o incentivo às pesquisas econômicas (FARIAS, Déborah Barros Leal, 2007, op. cit.).

³⁵ Termo desenvolvido pelo economista John Williamson, que representa o “conjunto de trabalhos e resultado de reuniões de economistas do FMI, do Bird e do Tesouro dos Estados Unidos realizadas em Washington D.C. no início dos anos 90. Dessas reuniões surgiram recomendações dos países desenvolvidos para que os demais, especialmente aqueles em desenvolvimento, adotassem políticas de abertura de seus mercados e o ‘Estado Mínimo’, isto é, um Estado com um mínimo de atribuições (privatizando as atividades produtivas) e,

comum resultante das reflexões era os países da América Latina, que viviam, salvo excepcionalidade pontual, severa crise, para os quais se incentivava a efetivação de políticas já recomendadas por agências internacionais diversas e em momentos outros (por isso o termo consenso), políticas essas que constituíam as famosas “10 áreas do Consenso”³⁶.

E o Estado, sob o influxo do Neoliberalismo e do Consenso de Washington, passou a ser conhecido como Regulador³⁷, em face de sua competência normativa para disciplina da atuação dos particulares, inclusive dos agentes econômicos, sendo esse o momento atualmente vivenciado.

Destarte, a partir desse estreito *regressus* histórico das modificações vivenciadas pelo Estado, no qual se constatou sua criação, retração, agigantamento, culminando nessa nova retração, não se olvidando das queixas que ecoam nos cenários nacional e alienígena nestes dias de crise³⁸, cuja omissão, conforme sustentado de início, ocasionaria mutilação lógico-factual da análise, podem ser extraídas reflexões várias, tais como o imprescindível contributo da crise, como fenômeno promotor das modificações estatais, na sua interface econômica, política, teórica e social, e a seleção de perspectivas a serem alteradas nas múltiplas superações dos modelos estatais, com o abandono de alguns pontos característicos do precedente estágio, nada obstante a manutenção daqueles outros reputados importantes.

Por tudo isso, antecedendo ao enfrentamento do tema Estado Regulador, opção metodológica ora assumida, o debate sobre regulação se erige, concomitantemente, relevante, por conta da contemporaneidade da temática, e espinhoso, em razão das divergências que pululam o fundamento teórico da estrutura estatal. Ainda assim, crucial é seu estudo!

portanto, com um mínimo de despesas como forma de solucionar os problemas relacionados com a crise fiscal: inflação intensa, déficits em conta corrente no balanço de pagamentos, crescimento econômico insuficiente e distorções na distribuição da renda funcional e regional” (SANDRONI, Paulo (Org.), 1999, op. cit., p. 123).

³⁶ São elas disciplina fiscal, redução dos gastos públicos, reforma tributária, liberalização das taxas de juros, competitividade da taxa de câmbio, abertura comercial, facilitação de entrada para investimento estrangeiro direto, privatização, desregulamentação econômica e trabalhista e proteção ao direito de propriedade intelectual (FARIAS, Déborah Barros Leal, 2007, op. cit.).

³⁷ Quanto ao termo Estado Regulador, e sua vinculação a um Estado Mínimo ou Subsidiário, convida-se à leitura de item específico neste capítulo.

³⁸ A questão em comento será vista oportunamente, ainda neste capítulo.

2.2 O universo conceptual da regulação

No palco doutrinário das discussões jurídicas mais acaloradas indubitavelmente está a regulação, ensejando profundas divergências, inclusive entre seus defensores, a maximizar a dificuldade na investigação do assunto, ressaltando-se a assaz recente ênfase de tal debate, inimaginável há poucas décadas, cuja alteração se processou ante a instalação do Estado Regulador.³⁹

A complexidade que permeia o estudo da regulação se inicia no entendimento do próprio vocábulo e esparge sobre as demais nuances do referido instituto, como é de vulgar conhecimento.

Como lembram Vital Moreira e Fernanda Mações, regular significa estabelecer regras e garantir o equilibrado funcionamento de um sistema qualquer, o que demonstra a amplitude do termo.⁴⁰ Ainda neste viés comprobatório da amplitude da palavra, Antoine Jeammaud afirma que regular é “introduzir a regularidade em um objeto social, assegurar a sua estabilidade, sua perenidade, sem fixar-lhe todos os elementos nem o integral desenvolvimento, portanto sem excluir mudanças”⁴¹.

Em ambas citações, evidencia-se sobremaneira o caráter de funcionalidade, o que, aliás, ensejou o desenvolvimento do estudo da função regulatória anteriormente ao do próprio uso da palavra regulação.⁴²

Enquanto função, regulação é igualmente de vasta aplicação, largueza essa ilustrada por Moreira Neto, ao pontuar que, historicamente, atribui-se à Mecânica a utilização inicial da expressão função regulatória, no século 18, e depois à Biologia, na centúria ulterior.⁴³ Resvalando para as Ciências Sociais, a par dessa percepção larguíssima, assevera-se a existência da noção de regulação, enquanto função, numa concepção generalista, desde a Idade Média, mediante as Corporações de Ofício⁴⁴, e mesmo identificá-la nas

³⁹ PROSSER, Tony. **The regulatory enterprise**: Government, regulation and legitimacy. New York: Oxford University Press, 2010.

⁴⁰ MOREIRA, Vital; MAÇÕES, Fernanda. **Autoridades reguladoras independentes**. Estudo e projecto de lei-quadro. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

⁴¹ Apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do Princípio da Legalidade. In: _____. **Direito regulatório – temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 27.

⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2006, op. cit.

⁴³ *Idem*. **Direito regulatório**: a alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁴⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2006, op. cit.

variadas formas de intervenção na Economia promovida pelo Estado desde o seu surgimento, como demonstra Aragão em célebre obra sobre agências reguladoras⁴⁵.

Entrementes, já numa perspectiva sistêmica e moderna, a origem idiomática da utilização efetiva do vocábulo regulação é inglesa e de inicial aplicação na seara econômica, indicativa da regulamentação⁴⁶ de direitos e a intervenção estatal na Economia, pela Inglaterra, historicamente registrada ao longo dos anos, e mais enfaticamente noticiada a partir da metade inicial do século 19, e pelos EUA (com a criação da *Interstate Commerce Commission* em 1887⁴⁷) e, não se olvidando do valor da contribuição alemã (também na metade final do século 19, ou até mesmo no período prussiano)⁴⁸.

Apenas na centúria finda, em 1971, com o economista norte-americano George Stigler, um dos líderes da Escola de Chicago, e sua *The Theory of Economic Regulation*, é que se construiu uma teoria da regulação⁴⁹, de nome idêntico ao livro, a que se acrescenta, desde então, os contributos de Autores variados, inclusive metamorfoseando amiúde sua arquitetura primária.

E tais transformações se denunciam pelas variadas espécies regulatórias arroladas pela Doutrina, as quais, delimitando a abordagem a ser feita, em atenção ao tema em estudo, podem ser classificadas:

1. Quanto à titularidade do exercício regulatório – estatal X não-estatal X autorregulação:

Pela lição dos Mestres Vital Moreira e Fernanda Maçãs, a regulação estatal deve ser entendida como aquela em que o Estado assume a tarefa regulatória, para comandar diretamente os atores sociais, estabelecendo entre eles as regras do jogo, vigiando o cumprimento das mesmas.⁵⁰

Já a regulação não-estatal se refere à atividade regulatória desempenhada por entidades sociais (habitualmente representativas de

⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁴⁶ Em linhas futuras será enfrentado o binômio Regulação-regulamentação.

⁴⁷ Alerta Diogo de Figueiredo, que, em 1837, os EUA instituíram procedimento regulatório para a navegação fluvial a vapor pelo *Steamboat Inspection Service* (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2006, op. cit., p. 134).

⁴⁸ MARTÍNEZ, María Salvador. **Autoridades independientes**: Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España. Barcelona: Ariel, 2002.

⁴⁹ Afirma-se uma teoria da regulação em face da ocorrência de posicionamentos teóricos os mais variados acerca do tema, o que impossibilita declarar a existência de teoria uniforme.

⁵⁰ MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda, 2003, op. cit.

categoria profissional ou setores de relevante interesse social), mediante delegação do Poder Público ou pela incorporação das regras privadas ao ordenamento jurídico.⁵¹

E, ainda consoante o ensino da lavra do Autor *supra*, a autorregulação diz respeito ao exercício regulatório desempenhado pelo “Mercado e pelas regras provenientes de entidades ou empresas privadas (regulamentos de empresa, decisões associativas, códigos privados etc)”⁵², não decorrentes de delegação do Poder Público.⁵³

2. Quanto à natureza da regulação – econômica X social:

Acerca da regulação econômica, referenciando Barry M. Mitnick e Cass Robert Sunstein, afirma o Professor Marcos Augusto Perez que:

(...) *regulação econômica* é, basicamente, o “controle pela Administração Pública da atividade privada de acordo com as regras estabelecidas em função do interesse público”; ou, ainda, o sistema de regras que “tenta resolver vários problemas de *falhas de mercado*”, fazendo os agentes econômicos atingirem “um importante objetivo público que o mercado não consegue promover”.⁵⁴

De acordo com a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), regulação social “refere-se à intervenção governamental para a proteção de interesses públicos relevantes, como saúde, segurança e meio ambiente”⁵⁵.

3. Quanto à partilha das competências regulatórias – âmbito central do Estado X entes reguladores independentes X entes não-estatais:

⁵¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da Economia: conceito e características contemporâneas. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coor.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1032-1067.

⁵² *Idem, Ibidem*, p. 1039.

⁵³ Acrescenta Guido Corso que, se a autorregulação sucedeu a uma regulação estatal, ter-se-ia a hipótese de re-regulação (apud *Idem, Ibidem*).

⁵⁴ PEREZ, Marcos Augusto. As vicissitudes da regulação econômica estatal: reflexão sobre as lições do Direito norte-americano em comparação com o Direito brasileiro. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coor.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1069. Grifos do original.

⁵⁵ Apud ALBUQUERQUE, Kélvia. A visão da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (Org.). **Desafios da regulação no Brasil**. Brasília, DF: ENAP, 2006. p. 83. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/ae2bbd00474593a19b70df3fbc4c6735/livro_desafios_regulacao.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 18 jan. 2014.

A competência regulatória pode ser exercida pelo Estado, internamente ou fora de seu núcleo central (por meio de entes reguladores independentes), ou mesmo por entidade não integrante do Estado:

No âmbito da organização estatal, as competências regulatórias são distribuídas segundo um critério de concentração, o que pode conduzir a um acúmulo de poderes em âmbito central. Mas também podem ser instituídas outras órbitas de poderes estatais orientadas a promover a regulação (tal como as agências reguladoras independentes). Admite-se, ademais disso, a regulação por entidades não estatais (...).⁵⁶

Após a estreita apresentação das classificações supramencionadas, reforçando a questão metodológica na escolha, conquanto outras existam, será abordada aqui a regulação estatal, enquanto espécie do gênero intervenção do Estado na Economia, numa perspectiva econômica, mas incorporada às funções extraeconômicas ou sociais⁵⁷, cuja competência regulatória é exercida por entes reguladores independentes, de igual natureza estatal⁵⁸.

Por isso, é inafastável a feitura de 02 considerações atreladas à demarcação acima empreendida.

Primeiramente, em exame o conteúdo da palavra regulação. Afirmou-se anteriormente a origem inglesa do termo e a significação inicial do vocábulo *regulation*, a expressar regulamentação, com ênfase em desregulação, visando à defesa de direitos e intervenção estatal na Economia:

Como os norte-americanos usam o vocábulo *regulation* para significar o que designamos "regulamentação", *deregulation*, para eles, assume o mesmo significado que indicamos ao usar o vocábulo "regulação", vale dizer: a *deregulation* dos norte-americanos está para a *regulation* assim como, para nós, a "regulação" está para a "regulamentação".⁵⁹

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit., p. 50.

⁵⁷ Quanto a essa indissociação dos aspectos econômico e social na regulação, é explícita a fala de Agustín Gordillo: "*Es frecuente leer acerca de la regulación económica y no de regulación social, pero esa dicotomía es proclive a errores. Toda regulación social tiene efectos económicos; toda regulación económica tiene efectos sociales. Que los efectos puedan ser mayores o menores, no hay duda; pero parece imposible postular que no existen*" (GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**. Tomo 2: La defensa del usuario y del administrado. 9. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009. p. 7. Disponível em: <<http://www.gordillo.com/tomo2.html>>. Acesso em: 18 jan. 2014).

⁵⁸ Dada a relevante pertinência da questão adstrita aos entes reguladores independentes nesta pesquisa, o assunto será enfrentado mais detidamente em momento ulterior.

⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 93.

Mas nada pacífico é o entendimento de Grau, já que Autores como Herbert Hovenkamp e Steven Kent Vogel, a quem Ronaldo Fiani se filia, defendem que a *deregulation* ocasionou a saída integral do Estado do mister regulatório, para que o Mercado se autorregulasse mediante competição.⁶⁰

Em outras palavras, aderindo a Grau, os contornos iniciais de regulação esboçavam a perspectiva de produção de normas jurídicas de caráter regulamentar, isto é, *regulation* significa regulamentação, na perspectiva da *deregulation*, que não pode ser entendida como supressão da atividade regulatória estatal, mas sim uma retração do Estado no seu papel intervencionista, abandonando o ideário keynesiano de bem-estar, redefinindo as bases regulatórias, para se tornarem menos rígidas.⁶¹

Dai resultou uma confusão, mormente por ocasião da importação do instituto para países não anglo-saxônicos, pois o imbróglio se deu em razão de já existir, aqui e em outros países latinos, a palavra regulamentação, a qual denota sentido diverso de *regulation*, gerando a tradução para regulação, mas com sentido distinto do original.

Como sabido, regulamentação difere de regulação, em face da amplitude conceitual desta em relação àquela, como lecionam Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶² e De Plácido e Silva, a seguir transcrito:

Regulação. De regular, do latim *regulare* (dispor, ordenar) designa a série de atos e formalidades pelos quais se dispõe ou se ordena o modo de ser ou a forma para execução de alguma coisa. E, neste sentido, exprime a mesma significação de regulamentação. Regulação, juridicamente, traz sentido mais amplo que regulamentação. A regulação não se limita à imposição de regras suplementares ou que se dispõe para cumprimento das leis ou aplicação de normas e princípios jurídicos, já instituídos. A regulação é a instituição de regras e princípios acerca do modo por que as coisas devam conduzir, sem se restringir somente a forma. Deste modo, os princípios e preceitos dispostos pela regulação tanto podem atingir à forma como à substância da matéria que vem regular ou disciplinar. A regulamentação, para ser perfeita, somente pode referir-

⁶⁰ FIANI, Ronaldo. **Teoria da regulação econômica**: estado atual e perspectivas futuras. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/teoria_da_regulacao_economica.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2014.

⁶¹ MAJONE, Giandomenico. Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, ano 50, n.1, p. 5-36, jan./mar. 1999. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2707>. Acesso em: 7 fev. 2014.

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 3. ed. São Paulo: Atlas.1999.

se à forma, sem estabelecer princípio, que já não esteja formulado na regulação da matéria, cuja ordenação vem dispor. Assim, sendo, na regulação podem ser impostas regras regulamentares. Mas, na regulamentação, não se admitem regras, que não se mostrem distensão dos preceitos já regularmente instituídos.⁶³

E, num segundo e derradeiro momento de esclarecimentos decorrentes do recorte temático efetuado, é de bom alvitre analisar a questão das formas de intervenção do Estado na Economia⁶⁴, no qual se insere o fenômeno em tela.

Por intervenção estatal deve ser compreendida toda atuação daquele ente no domínio econômico, área de titularidade do setor privado, extrapolando a esfera do público.⁶⁵

De pronto, urge fixar a existência de catalogação variada sobre o tema, de origem pátria e ádvena, como, por exemplo, a da lavra de Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁶, Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁶⁷, Eros Roberto Grau⁶⁸, Francisco de Queiroz Cavalcanti⁶⁹ e Luís Cabral de Moncada⁷⁰.

Selecionando-se para apreciação a do Ministro aposentado do STF, com assumido lastro no saudoso Tributarista Gerson Augusto da Silva, a intervenção do Estado na Economia, especificamente quanto ao domínio econômico, dá-se em 03 modalidades distintas, a saber, por absorção ou participação (agindo como agente econômico, o Estado intervém na Economia, assumindo-lhe a titularidade, seja em regime de monopólio – absorção, seja em regime de competição – participação); por direção (atuando sobre a Economia, o Estado a pressiona e a regula, através de mecanismos e normas de comportamento compulsório); e por indução (igualmente intervindo sobre a

⁶³ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 1188.

⁶⁴ Cumpre lembrar que intervenção é espécie do gênero atuação, sendo aquela a atuação estatal no campo da atividade econômica *stricto sensu* (FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. A intervenção do Estado sobre a Economia e a crise de 2008. **Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório**, São Paulo, n. 2, p. 139-174, 2010).

⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica). 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁶⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Forense, 2009.

⁶⁸ GRAU, Eros Roberto, 2012, op. cit.

⁶⁹ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Reflexões sobre o papel do Estado frente à atividade econômica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 20, p. 67-75, 1997.

⁷⁰ MONCADA, Luís Solano Cabral de, 2003, op. cit.

Economia, regulando-a, o ente estatal maneja instrumentos de incentivo e desestímulo para reger o funcionamento do Mercado).

Desta feita, agindo indiretamente no domínio econômico, o Estado, por meio da regulação, desenvolve atividade de ordenador da Economia, com vistas aos objetivos socialmente relevantes, dirigindo ou induzindo o comportamento dos atores econômicos.

Ato contínuo, segue-se perlustrando o cenário da regulação, trazendo-se à baila a discussão atinente a sua conceituação, questão amplíssima e que se encontra longe de univocidade, pois cada estudioso a percebe entre contornos particularizados, embora haja convergência nalguns pontos, o que é evidenciado pela profusão de conceitos oriundos de Doutos estrangeiros e nacionais, dentre eles, Alexandre Santos de Aragão⁷¹, Calixto Salomão Filho⁷², Carlos Ari Sundfeld⁷³, Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁷⁴, Floriano de Azevedo Marques Neto⁷⁵, Gaspar Ariño Ortiz e Juan Miguel De La Cuétera⁷⁶, Kenneth F. Warren⁷⁷, Marçal Justen Filho⁷⁸, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁹, Philip Selznick⁸⁰, Tony Prosser⁸¹ e Vital Moreira⁸².

Enfim, entende-se aqui por regulação estatal o conjunto de ações estatais para implementar políticas de governo, visando à correção de falhas de mercado, promovendo valores sociais, ponderando interesses e realizando

⁷¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2005, op. cit.

⁷² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica** (princípios e fundamentos jurídicos). 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiro, 2008.

⁷³ SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: _____ (Coor.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17-38.

⁷⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2006, op. cit.

⁷⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes**. Fundamentos e seu regime jurídico. 1. ed. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁷⁶ ORTIZ, Gaspar Ariño; DE LA CUÉTERA, Juan Miguel. Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos. **Cuadernos de Derecho Público**, Madrid, n. 9, p. 9-26, jan./abr. 2000. Disponível em: <[http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=viewFile&path\[\]=561&path\[\]=616](http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=viewFile&path[]=561&path[]=616)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

⁷⁷ WARREN, Kenneth F. **Administrative Law in the political system**. 3. ed. New Jersey: Prentice Hall, 1997.

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2003, op. cit.

⁸⁰ Apud LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. O enraizamento da regulação de qualidade: fazer as perguntas difíceis é a resposta. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (Org.). **Desafios da regulação no Brasil**. Brasília, DF: ENAP, 2006. p. 17-37. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/ae2bbd00474593a19b70df3fbc4c6735/livro_desafios_regulacao.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 18 jan. 2014.

⁸¹ PROSSER, Tony, 2010, op. cit.

⁸² MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

direitos fundamentais no caso concreto, além de garantir a segurança jurídica, em sintonia ao pensamento de Justen Filho, que assevera que:

Regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais.⁸³

Visto isso, forçoso tracejar breves linhas acerca de algumas, entre múltiplas, teorias atinentes à causa e às finalidades regulatórias, ressaltando, novamente, a instabilidade doutrinária, interna e estrangeira, na questão.

De um lado, no esteio da exposição realizada por Richard Musgrave, afirma o Catedrático espanhol Machado que o instituto em foco tem origem na:

*(...) incapacidad del mercado para lograr niveles de crecimiento económico y empleo altos y estables (motivo estabilidad), o cuando el mercado no puede dar lugar a distribuciones de la renta y la riqueza acordes con los niveles de equidad socialmente deseados (redistribución como motivo), o cuando se producen asignaciones ineficientes de los recursos entre los posibles usos alternativos (motivo eficiencia).*⁸⁴

Noutras palavras, a regulação estatal decorria das falhas de mercado, que são disfunções originárias do agir dos atores econômicos, a provocar desequilíbrio no setor e no ambiente social, decorrentes de monopólio natural, assimetria de informação, externalidades, concorrência imperfeita e outras, conhecidas ou não, visto que, segundo Jorge Bustamante, tais mazelas decorrem da imperfeição humana, refletidas no Mercado, tão múltiplas e imprevisíveis quanto são as fragilidades humanas⁸⁵, sendo o Estado chamado a intervir no domínio econômico, regulando-o e corrigindo-lhe as falhas, na defesa do interesse público, conforme a Análise Normativa da regulação.

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal, 2005, op. cit., p. 447.

⁸⁴ MACHADO, Santiago Muñoz. Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica. In: MACHADO, Santiago Muñoz; PARDO, José Esteve (Dir.). **Derecho de la regulación económica**. Vol. I: Fundamentos e instituciones de la regulación. 1. ed. Madrid: Iustel, 2009. p. 112.

⁸⁵ Apud FERRER, Juan De La Cruz. Teoría de la regulación y Derecho Público. In: VALDIVIA, Diego Zegarra (Ed.). **Regulación, instituciones y competencia en sectores estratégicos**. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2008. p. 75-162. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.asierregulacion.org%2Fasierregulacion%2F%3Fwpfb_dl%3D769&ei=jjz6UsCpENHekQf8zIDICA&usg=AFQjCNH-mCZTBGYiUref8udolJBt_VeVmg&cad=rja>. Acesso em: 24 jan. 2014.

Entrementes, a partir da Teoria Neoclássica⁸⁶, verificou-se que as falhas do Governo, aliadas ao fenómeno da captura, dificultavam o exercício regulatório no enfrentamento das falhas de mercado, lançando-se óbices ao pensamento normativo, que se fulcrava numa suposta regulação idealizada, ao tempo em que a Teoria da Escolha Pública (*public choice*) sustentava mais acidamente que a tomada de decisão e a escolha regulatória resultariam de interesse pessoal dos envolvidos no processo para obtenção de benefícios⁸⁷.

Doutra banda, justificando a regulação e estabelecendo suas finalidades, vê-se que Autores, como Salomão Filho, formatam as mesmas teorias *supra* em arranjo diverso, pelo que a regulação estatal se justifica, ou pela Escola do Interesse Público (objetivando a consecução do bem público, definido de diferentes formas, dentre os quais a de serviço público), ou pela Escola Neoclássica da Regulação (primando pela substituição ou correção do Mercado pelo Estado, com fundamento na *Public Choice*).⁸⁸

Todavia, debalde o brilhantismo dos teóricos declinados, pois todas as teorias citadas, e outras existentes, revelaram-se inaptas, ainda que parcialmente, ao serviço de fornecer substrato finalístico à regulação, frente o desnudar das fragilidades existentes, a saber, falhas do governo (oriunda da captura ou da desinformação dos reguladores), indefinição de interesse público, a preservação do bem comum, etc.

Com base no fiasco das inaugurais premissas teóricas da regulação, surgem outros fundamentos a justificá-la, pontuando-se, dentre vasto rol, o pensamento de Marques Neto e o de Justen Filho.

Para o professor da Universidade de São Paulo (USP), a regulação ainda persegue fins económicos, mas não isoladamente, pois se agregam a ela reclamos sociais. E, a partir disso, a questão da concorrência começa a ser

⁸⁶ São marcos da Teoria Económica da Regulação, além de Stigler e sua obra já declinada, outro texto do mesmo Autor, em parceria com Claire Friedland (*What can regulators regulate? The case of electricity*), Harold Demsetz (*Why regulate utilities?*), Richard A. Posner (*Theories of economic regulation*) e Sam Peltzman (*Towards a more general theory of regulation*).

⁸⁷ Reputa-se a Escola de Virgínia, por James Buchanan e Gordon Tullock, com *The calculus of consent*, de 1962, o surgimento dessa teoria, cabendo atribuir a origem de tais fundamentos aos estudos de Kenneth Arrow, Duncan Black e Anthony Downs, ainda na década de 50, além da influência de Knut Wicksell (ALMEIDA, Vasco. Os limites de uma teoria económica do Estado. Interações: **Sociedade e as Novas Modernidades**, Coimbra, n. 2, p. 43-68, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.interacoes-ismt.com/index.php/revista/article/view/31/32>>. Acesso em: 24 jan.2014).

⁸⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto, 2008, op. cit.

apresentada como fundamento para a moderna teoria da regulação. Nessa linha concorrencial, o cerne da regulação não pode ser, exclusiva e excludentemente, a preservação do interesse privado, tampouco a do público, mas sim a manutenção do Mercado com o respeito aos direitos do indivíduo, pois:

*A moderna noção de regulação remete à ideia de equilíbrio dentro de um dado sistema regulado. Como dito, a regulação busca equilibrar os interesses internos a um sistema econômico (um setor ou uma atividade econômica). Porém, o equilíbrio buscado pela regulação poderá envolver também a introdução de interesses gerais, externos ao sistema, mas que tenham de ser processado pelo regulador de forma que sua consecução não acarrete a inviabilidade do setor regulado.*⁸⁹

Filiando-se a esse novo vislumbre, Villela Souto declara que:

*[na Regulação] a ideia é sempre harmonizar o interesse do consumidor, na obtenção do melhor preço e da melhor qualidade do serviço, com os do fornecedor do serviço, que deve ter preservada a viabilidade da sua atividade, como forma de se assegurar a continuidade do atendimento dos interesses sociais. Daí porque a prevenção dos conflitos é um dos principais aspectos da regulação através da elaboração de diretrizes que traduzem os conceitos de eficiência técnica e financeira para o caso concreto do segmento regulado.*⁹⁰

Noutra posição, Justen Filho analisa as finalidades da regulação, considerando 02 fases ou ondas regulatórias.

A 1ª onda regulatória foi caracterizada pela regulação exclusivamente econômica, em que o Estado interferia sobre o Mercado, para alterar o curso de questões eminentemente econômicas, cuja causa se fundava, como visto alhures, em suas próprias deficiências estruturais. E, diante da ineficiência do Mercado em atuar satisfatoriamente, o Estado agia para garantir a possibilidade de escolha e acesso ao conhecimento econômico, situações pouco comuns, se não improváveis, num Mercado livre. Afinal, “a regulação estatal consistiria em uma *emulação* do mercado, visando a produzir os mesmo efeitos que as forças de mercado poderiam gerar”⁹¹.

⁸⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit., p. 33-34. Grifos do original.

⁹⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 216, p. 130, abr./jun. 1999. Acréscimos nossos.

⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit., p. 32. Grifos do original.

Entrementes, percebe-se a insuficiência de uma atuação regulatória estatal restrita aos meros contornos econômicos, o que não significa que o Mercado dispense tal intervenção. Trata-se de uma ampliação de objetivos para inclusão de outros valores. Os chamados fins de natureza sociopolítica igualmente exigiam implemento de eficiência, o que muitas vezes era obstado pelas manobras de correção dos defeitos econômicos, em face de suas díspares e normalmente opostas racionalidades.

Assim, ampliando o foco para valores não econômicos, o Estado engloba na sua atuação regulatória objetivos de natureza econômica, bem como os de matriz social. Essa é a 2ª onda regulatória, vista pelo Autor como a feição atual do Estado Regulador.

De fato, aderindo ao pensamento de Justen Filho, o limitar das pretensões regulatórias às fronteiras econômicas não se adequa às realidades nacional e estrangeira, já que as comunidades hodiernas exigem do Estado o cumprimento de missão de ordem socioeconômica, em atenção aos cidadãos, sendo esta a finalidade da regulação por ele efetivada.

Por óbvio, a extensão teórica do instituto *sub examine* não fora integralmente percorrida, como fora alertado, tendo sido proposto e realizado o perscrutar de aspectos basilares à regulação e de pontos relevantes ao estudo.

Malgrado o corte eleito, é possível constatar a inexistência de única teoria da regulação, em face das divergências, incongruências, imperfeições e incompletudes dos fundamentos teóricos do fenômeno, o que se dá, em boa parte, pelo insulamento disciplinar que caracteriza muito deles, não se propondo efetivamente a um enfrentamento do tema em suas interfaces, e, de outra monta, pelas peculiaridades nacionais na recepção e aplicação de tal ideário, em face do substrato jurídico, social, político e cultural que lhes são próprios, além, evidentemente, das naturais transformações que assolam o ambiente mundial e as instituições.

Enfim, tem-se, na regulação, um assunto em ebulição e uma teoria em formação! Mas, ainda assim, concretizada largamente no cenário internacional, a ponto de tal instabilidade não autorizar o seu desprezo, mormente em época de Estado Regulador, sobre o que se debruçará o item que se avizinha.

2.3 O Estado Regulador: fundamentos, controvérsias e o porvir

Eis que o Ocidente capitalista se apresenta sob a feição de Estado Regulador contemporaneamente. E quanta dissensão cabe nessa assertiva!

Viu-se que, substituindo o modelo welfarista, pelo constatar de seu esgotamento, aliado à influência de outros importantes elementos, v.g., a globalização, a crise do próprio Capitalismo e o surgimento do Direito Comunitário europeu, fatores que Canotilho denomina “condicionalismos externos”⁹², passou-se a fase de Estado Pós-social, no final dos anos 70, com o Thatcherismo inglês, sem desprezo ao mencionado precedente chileno.

Assim, a regulação adquiriu considerável relevo, em razão da nova estrutura assumida pelo Estado, superando o ativismo econômico.⁹³ E, por conta dessa novel agenda que se autoimpôs, com ênfase na regulação, sob influxo do Neoliberalismo, cuja manifestação se desenvolveu essencialmente na “perspectiva da *estrutura interna do Estado*”⁹⁴, uma nova disposição organizativa de Estado passou a ser vislumbrada, que culminou na sua identificação como Regulador⁹⁵, percepção, adiante-se, nada pacífica.

Atribui-se a Giandomenico Majone e a seu *The Rise of the Regulatory State in Europe* (de 1994) o termo Estado Regulador, enquanto a forma pela qual o ente estatal descentraliza sua atividade perante a Economia, delegando poderes, com enfoque na competência regulatória, por conta das falhas de Mercado e dos valores de conteúdo político ou social, que se atrela à própria natureza do Estado, fundando-se em critérios de independência, *accountability* e eficiência, num processo dinâmico de regramento.⁹⁶

⁹² Apud Dasso Júnior, Aragon Érico. Estado Regulador, regulação e agências reguladoras: uma contribuição teórica a partir do caso brasileiro. **Revista Derecho y Economía**, La Molina, 2012. Disponível em: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2012/Estado_regulador_Aragon_Dasso_Junior.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2014.

⁹³ MAJONE, Giandomenico, 1999, op. cit.

⁹⁴ DANTAS, Ivo, 2013, op. cit., p. 184. Grifos do original.

⁹⁵ Há quem adote outras denominações para esse período, como Dominique Bureau, que o chama de Estado Árbitro, e Sabino Cassese, que o apresenta como Estado Relojoeiro. Contudo, adere-se aqui à terminologia de Majone, que ora se apresenta.

⁹⁶ MAJONE, Giandomenico. The transformations of the Regulatory State. **Osservatorio sull'Analisi di Impatto dela Regolazione**, set. 2010. Disponível em: <http://www.osservatorioair.it/wp-content/uploads/2010/10/Paper_Majone_RegulatoryState_sept2010.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2014.

Noutras palavras, compreende-se como regulador o desenho estatal, sucessor do *Welfare State*, no qual aquele se distancia da prestação direta da atividade econômica, mantendo-se, ainda assim, no controle dela, através da dicção de regras de cunho normatizador, ordenador e fiscalizador, com fulcro na ponderação entre a satisfação das necessidades dos cidadãos e a eficiência – financeira, inclusive – do Mercado, ideia de célere difusão:

*Not so long ago the term “regulatory state” was considered a neologism of American origin and of dubious relevance to the European context. (...) That yesterday’s neologism is used more and more frequently today not only by scholars but also by policy-makers and by the media, is a clear indication of the importance which regulatory policies have achieved in recent years.*⁹⁷

Em tal percepção se incluem variados Autores, tais como Antonio La Spina⁹⁸, Justen Filho⁹⁹, Lais Calil¹⁰⁰, Moncada¹⁰¹, Souto¹⁰² e Moreira e Maçãs¹⁰³.

Em suma, sustenta-se que o Estado Regulador se apresenta como interveniente indireto na Economia, buscando a satisfação dos interesses sociais, modelo pelo qual, de um lado, o desempenho das tarefas econômicas e sociais retorna ao Mercado, e de outro, avoluma o poder estatal no controle, fiscalização e normatização da atuação dos atores privados, objetivando reunir solidariedade social, democracia e liberdade.

Porém, como fora alertado e no esteio da rotineiramente mencionada desavença doutrinária, impõe-se a feita de brevíssimo esclarecimento, no sentido de pontuar que longe do consenso se situa o Estado Regulador, embate que se estabelece em diferentes flancos.

⁹⁷ MAJONE, Giandomenico. The Regulatory State and its legitimacy problems. **Political Science Series**, Vienna, Institute for Advanced Studies (IHS), n. 56, jul. 1998. p. 1. Disponível em: <http://www.ihs.ac.at/vienna/publication.php?tool_e_action=download_file&id=362>. Acesso em: 8 fev. 2014.

⁹⁸ LA SPINA, Antonio. **Lo Stato Regolatore**. p. 191-205. Disponível em: <<http://portale.unipa.it/persona/docenti/c/salvatore.costantino/.content/documenti/--LO-STATO-REGOLATORE.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2014.

⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit.

¹⁰⁰ CALIL, Lais. O poder normativo das agências reguladoras em face dos Princípios da Legalidade e da Separação dos Poderes. In: BINENBOJM, Gustavo (Coor.). **Agências reguladoras e Democracia: direitos fundamentais, Democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 112. Grifos do original.

¹⁰¹ MONCADA, Luís Solano Cabral de, 2003, op. cit.

¹⁰² SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 31-32. Grifos do original.

¹⁰³ MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda, 2003, op. cit.

Ainda assim, conquanto de relevo sejam tais questões de divergência, o enfrentamento desses pontos será feito, não na intensidade que faz jus, mas sim no interesse da discussão aqui suscitada, tanto assim é que um dos pontos mais polêmicos do tema regulação e Estado Regulador é o que se funda na discussão da legitimação democrática, que será debatido a frente.

Primeiramente, é de se apontar que há Autores que questionam a existência de um Estado Regulador, alegando que o mister regulatório, não obstante a ênfase atualmente adquirida, não pode ser confundido com a natureza da espécie de Organização Política em vigor, hipótese em que se inserem, entre outros, Ricardo Rivero Ortega, que denomina a presente forma estatal de Estado Social e Democrático de Direito¹⁰⁴, e Aragão, que manuseia a expressão Estado Democrático de Direito, afirmando que a regulação estatal é mera espécie de modelo do Estado atual¹⁰⁵.

Malgrado o relevo pessoal, não produziram tais Mestres desautorização suficientemente cabal à ideia dessa reordenação estatal, já que o imiscuir-se do fenômeno regulatório no Estado, nesses novos tempos, em face da nova agenda a cumprir, alterando o modelo de governança, credencia a defesa da existência do Estado Regulador, acompanhando a lucidez do ensino de Baldwin, Cave e Lodge, que afirmam, com base na experiência britânica, mas de conclusões aproveitáveis aos demais países:

*In parallel to these developments in the regulation of economic and social activities, there was also the rise of regulation inside government. This included a growing prominence of formal auditing and financial controlling activities, the emergence of oversight mechanisms that sought to check on the quality or effectiveness of public services, such as prisons, schools, hospitals, and universities, as well as the growing codification of ethics provisions supposedly guiding public officials.*¹⁰⁶

Em seguida, colacionam-se os que, admitindo o instalar do Estado Regulador, criticam sua adoção, por conta de alegado enfraquecimento que o

¹⁰⁴ ORTEGA, Ricardo Rivero. Nociones generales sobre el Derecho Administrativo Económico. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coor.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 23.

¹⁰⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2005, op. cit., p. 55. Grifos do original.

¹⁰⁶ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding regulation**. Theory, strategy, and practice. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 6. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=8DfXlgIlaqUC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=true>>. Acesso em: 11 fev. 2014. Grifos do original.

modelo fez se abater sobre o Estado, como alega contundentemente o Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra António Avelãs Nunes, por entender que a vivência regulatória gerou a supressão dos poderes do Estado, autorizando a transferência do interesse público para a tutela do setor privado, em detrimento daquele, num vácuo estatal inadmissível, ocasionando, no fundo, mitigação da cidadania e da democracia.¹⁰⁷

Com vênia, impossível aquiescer com tal raciocínio, tendo em vista que a intervenção direta do Estado na Economia não assegura um equilíbrio de Mercado, com atenção aos plúrimos e diversos interesses de seus atores, até em razão de sua posição privilegiada, enquanto atuante na Economia, o que fazia com que se confundisse interesse público com o do ente estatal, além de que a regulação não obsta a intervenção estatal no domínio econômico, pois apenas a transmuta para contornos de reserva exclusiva da fixação de políticas públicas e regulamentação do setor privado.¹⁰⁸

Sem pretender esgotar a gama infinda de discrepâncias vinculadas à expressão sob análise, foca-se, por último, no alerta de que o termo Estado Regulador padece de compreensão diversificada até entre seus defensores, ainda que tais variações não sejam tão vastas, gerando personalização da concepção de Majone, como se verifica, dentre tantos outros, nas lições de Michael Moran e David Levi-Faur.¹⁰⁹

Entrementes, é o contorno identificado por Majone que predomina, aqui e noutros lugares, ainda que tal pressuposto teórico se desenvolva em múltiplas formas mundo afora, tendo em vista a peculiar natureza de cada sociedade, Economia e Estado, impeditiva de standardização de modelos, mormente quando se refere a um instituto multidisciplinar, como a regulação, ideário em construção, como firmado alhures, já que, consoante Celso Furtado,

¹⁰⁷ NUNES, António Avelãs. **O Estado Capitalista em tempos de globalização**. Disponível em: <<http://www.odiarrio.info/b2-img/estadocapitalistaANunes.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2014.

¹⁰⁸ LOUREIRO, Caio de Souza. A competência normativa das agências reguladoras sob o enfoque da Separação de Poderes. In: VALDIVIA, Diego Zegarra (Ed.). **Regulación, instituciones y competencia en sectores estratégicos**. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2008. p. 413-479. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.asierregulacion.org%2Fasierregulacion%2F%3Fwpfb_dl%3D769&ei=jjz6UsCpENHekQf8zIDICA&usg=AFQjCNH-mCZTBGYiUref8udolJBt_VeVmg&cad=rja>. Acesso em: 11 fev. 2014.

¹⁰⁹ LEVI-FAUR, David. The odyssey of the Regulatory State. Episode one: the rescue of the Welfare State. **Jerusalem Papers in Regulation & Governance**, n. 39, nov. 2011. Disponível em: <<http://regulation.huji.ac.il/papers/jp39.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2014.

“cada economia enfrenta problemas que lhe são específicos”¹¹⁰ e “a cada sociedade corresponde *um direito*”, conforme Grau¹¹¹, fato que justifica a preferência de Moreira em falar em “modelo regulador de Estado para indicar uma situação variável e heterogênea, que se concretiza de diversos modos”¹¹².

Vistas, ainda que brevemente, as oposições feitas ao ideário do Estado Regulador, nalguns de seus matizes mais destacados, cumpre visitar a questão da Administração Pública¹¹³, ante o modelo regulador.

Quando “*regulation has become a primary activities of governments*”¹¹⁴, o modo de autodeterminação estatal se viu carente de alteração para adequação e suporte à nova engenharia do Estado, nas peculiaridades impostas pelas características que o definem como Regulador.

Considerando que este novo Estado, apesar de não mais promover diretamente o desenvolvimento socioeconômico, o que não implica em abstenção integral dessa tarefa e transferência dela para o Mercado, assume o dever institucional de regular o supracitado desenvolvimento, mediante intervenção indireta na Economia, insustentável é a continuidade do perfil burocrático da estrutura administrativa, o qual se filiava coerentemente ao modelo estatal anterior, razão pela qual se reveste, doravante, de gerencialidade no seu atuar.

Essa nova fórmula de Administração Pública, a gerencial (ou policêntrica, conforme Francesco Caringella)¹¹⁵, emerge das exigências do novo Estado (Regulador), que atenda aos reclamos da contemporaneidade, substituindo o modelo piramidal precedente (o burocrático).

Dessarte, acompanhando a metamorfose do Estado, a estrutura administrativa igualmente se transfigura para instrumentalizar a função

¹¹⁰ Apud BERCOVICI, Gilberto. Desenvolvimento, Estado e Administração Pública. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 672.

¹¹¹ Apud JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit., p. 25. Grifos do original.

¹¹² *Idem, Ibidem*, p. 25.

¹¹³ Em sentido amplo, a Administração Pública “designa o conjunto das atividades diretamente destinadas à execução concreta das tarefas ou incumbências consideradas de interesse público ou comum, numa coletividade ou numa organização estatal” (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, 1998, op. cit., p. 20).

¹¹⁴ GILARDI, Fabrizio. **Delegation in the Regulatory State**: independent regulatory agencies in Western Europe. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2008. p. 13.

¹¹⁵ Como de praxe, há divergência quanto à nomenclatura, pois Sabino Cassese adota a expressão administração multiorganizativa, enquanto Vital Moreira prefere administração pluralista ou pluricêntrica (ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2005, op. cit.).

regulatória que capitaneia a atuação estatal, até mesmo por força dos entes reguladores independentes, os quais não se adequam à burocracia, já que eles “quebram o vínculo de unidade no interior da Administração Pública, pois a sua atividade passa a situar-se em esfera jurídica *externa* à da responsabilidade política do governo”¹¹⁶, como longamente pontua Bresser-Pereira:

A administração burocrática clássica, baseada nos princípios da administração do exército prussiano, foi implantada nos principais países europeus no final do século passado [século 19]; nos Estados Unidos, no começo deste século [século 20]; no Brasil, em 1936, com a reforma administrativa promovida por Maurício Nabuco e Luís Simões Lopes. É a burocracia que Max Weber descreveu, baseada no princípio do mérito profissional. (...) A administração pública burocrática foi adotada para substituir a administração patrimonialista, que definiu as monarquias absolutas, na qual o patrimônio público e o privado eram confundidos. Nesse tipo de administração o Estado era entendido como propriedade do rei. (...) A administração pública burocrática clássica foi adotada porque era uma alternativa muito superior à administração patrimonialista do Estado. Entretanto o pressuposto de eficiência em que se baseava não se revelou real. (...) Na verdade, a administração burocrática é lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos. (...) Aos poucos foram-se delineando os contornos da nova administração pública: (1) descentralização do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais; (2) descentralização administrativa, através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos; (3) organizações com poucos níveis hierárquicos ao invés de piramidal, (4) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total; (5) controle por resultados, a posteriori, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e (6) administração voltada para o atendimento do cidadão, ao invés de auto-referida.¹¹⁷

Enfim, essa nova Administração se levanta, como exigência do neófito Estado, a substituir a intervenção direta pela reguladora, a qual denota um sistema de controle sobre organismos variados e por mecanismos prefixados, nova etapa estatal distinta de um mero retorno ao Estado Liberal, já que este se revelava essencialmente letárgico, no tocante às questões econômicas, enquanto o atual se firma no estabelecimento de regras na atuação dos agentes econômicos, além da formulação de políticas sociais.

¹¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, Democracia e constitucionalização. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 241. Grifos do original.

¹¹⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Da Administração Pública burocrática à gerencial**. p. 4-6. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2014. Mantida a grafia original. Acréscimos nossos.

E, dessa premissa, divide-se a Doutrina entre a adjetivação desse Estado Regulador, se Mínimo ou Subsidiário, pois, como advertido em laudas passadas, a frase de Nozick já referenciada (“Estado Mínimo é o mais extenso que se pode justificar. Qualquer outro mais amplo viola direitos da pessoa”), embora caracterizadora do Neoliberalismo, não foi automática e serenamente acolhida como adjetivadora do novel Estado, por não ser assente na literatura nacional e forasteira a sinonímia entre Estado Regulador e Estado Mínimo.

No rol dos que unem os conceitos Regulador e Mínimo, constam respeitáveis nomes, como Luis Felipe Colaço Antunes¹¹⁸ e Stigler e Friedland, que defendem um formato estatal, “cuja atuação econômica fosse nitidamente excepcional, secundária e temporária, circunscrita a poucas atuações estatais no campo de interesse econômico”¹¹⁹, teoria essa que se avoluma outra vez, nestes tempos de crise, sustentando a desregulação, como se verá a frente.

Entrementes, apesar da aproximação entre eles, constatou-se que o novo modelo estatal era bem mais complexo que o Estado Mínimo proposto pelos neoliberais, pois, equidistanciando-se dos Estados Liberal e do de Bem-estar Social, o Regulador se utiliza de um modelo prestacional econômico descentralizado, aliado a uma normatização do domínio econômico centralizada no ente estatal, que se delega ao ente regulador independente. Como alerta lucidamente Ferraz Junior, este novo Estado não é Mínimo, por não se limitar a ser o protetor das liberdades, tampouco é máximo, já que não busca promover os benefícios sociais e econômicos, mas sim intenta aprimorar o Mercado, com igual atenção à coletividade.¹²⁰

Neste raciocínio se têm Moreira Neto¹²¹ e Paulo Modesto¹²², além do Catedrático da Universidade de Palermo, que, em parceria com Majone, é autor da obra clássica *Lo Stato Regolatore*, que disserta em texto homônimo:

¹¹⁸ Apud CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Considerações sobre incentivos fiscais e globalização. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coor.). **Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal**. São Paulo: MP Editora, 2006. p. 169-192.

¹¹⁹ TAVARES, André Ramos. O Direito Administrativo no Estado Mínimo. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coor.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.p. 81.

¹²⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade**. p. 1. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/AgenciasReguladoras.PDF>>. Acesso em: 17 fev. 2014.

¹²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2003, op. cit.

Lo Stato regolatore può essere distinto altrettanto nettamente anche dallo Stato "minimo", sistematicamente astensionista. Diversamente da quest'ultimo, infatti, il primo si ispira al principio secondo cui le attività economiche vadano in misura minore o maggiore controllate, con riguardo tanto alla loro dinamica interna quanto ai loro effetti esterni. La loro autonomia viene tuttavia rispettata, né si pretende di crearle ex nihilo, o di alterarne radicalmente (salvi casi eccezionali) l'andamento. Sotto questo profilo, lo Stato regolatore si atteggia dunque come uno Stato limitato. Tuttavia, la linea di confine, al di là della quale l'intervento pubblico apparirà come eccessivo e illegittimo, va tracciata qui ben più avanti di quanto non farebbero i fautori dello Stato minimo, che hanno infatti frequentemente ed energicamente criticato l'espansione della regulation negli Stati Uniti.¹²³

Neste momento de mudanças, que visam ao resgate da autonomia individual, com participação social nas instituições públicas, jungida à promoção das atividades privadas reguladas para êxito delas próprias e em atendimento à coletividade, apoiando-se, quando necessário, em parcerias entre o setor público e o privado, é clarividente o papel subsidiário do Estado, posto deva ele se manter na execução apenas do que for essencial ou indelegável, transferindo o excedente ao Mercado, em razão da eficiência.

De acepção larga, indicando algo secundário/complementar, subsidiariedade se atrela aqui a um modelo de descentralização estatal, por coexistência de núcleos de concentração de poderes (subsidiariedade vertical ou orgânica, propiciadora de descentralização política e/ou administrativa) ou a partir de um compartilhamento de competências entre a sociedade e o Estado (subsidiariedade horizontal ou funcional, promotora do protagonismo social), e que, apesar de remontar a *priscas eras*, difundiu-se (ou modernizou-se, segundo Di Pietro) como princípio¹²⁴, graças à Doutrina Social católica (Encíclicas *Rerum Novarum*, *Quadragesimo Anno*, *Mater et Magistra* e *Centesimus Annus*) e ao Liberalismo, como pontua o ilustre Baracho¹²⁵:

O princípio da subsidiariedade é considerado como instrumento utilizável pelos governantes, na procura de equilíbrios, necessários a

¹²² MODESTO, Paulo. **Reforma do marco legal do Terceiro Setor no Brasil**. Disponível em: <<http://bresserpereira.org.br/Terceiros/Autores/Modesto,Paulo/terceirosetorreforma.PDF>>.

Acesso em: 15 fev. 2014. Grifos do original.

¹²³ LA SPINA, Antonio, 2014, op. cit., p. 192. Grifos do original.

¹²⁴ Não se envereda aqui na discussão sobre o termo princípio, por escapar em muito dos limites e objetivos deste trabalho.

¹²⁵ O tema subsidiariedade é exaustiva e escorreitamente estudado pelo Mestre BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, a fornecer elementos para a necessidade de aprofundamento do tema.

redefinir as novas mudanças procuradas pela sociedade, na compreensão e efetivação de suas necessidades.¹²⁶

Já que “a regulação incorpora a concepção de subsidiariedade”¹²⁷, o Estado Regulador conseqüentemente se reveste dessa complementariedade no seu atuar no domínio econômico, para atendimento dos interesses gerais. Os agentes sociais têm prioridade de atuação, ante os políticos, os quais apenas estão autorizados a agir quando deficitária a ação dos particulares¹²⁸, restringindo a participação estatal exclusivamente às áreas consideradas essenciais, em defesa da liberdade e dos direitos individuais, e por força do dever estatal de fomento, coordenação e controle da iniciativa privada, como também pelo primado da parceria entre setor público e privado¹²⁹.

Nesse Estado Subsidiário, como nomencla Juan Carlos Cassagne¹³⁰, o Ente Público não se omite de suas funções, que perpassam pelas atividades típicas e complementariedade de ação, quando frágil o desempenho do Mercado, para corresponder às expectativas elegidas socialmente como inafastáveis à boa convivência.

Como de hábito, pontua-se que afirmar ser o Estado Regulador subsidiário desperta rechaço, como expõe Gabardo, ao asseverar que “o caráter subsidiário [do Estado] foi forjado sob uma forte pretensão de *neutralidade*”¹³¹, e que “um critério [o da subsidiariedade] com tal nível não só de indefinição, como também de variação pragmática”¹³², não pode “retratar efetiva norma jurídica com poder de regulação social e política”¹³³.

Ainda assim, é cristalino o magistério de Villela Souto:

Logo, a ideia de reforma do Estado não é relacionada apenas à mudança da máquina administrativa e seu conseqüente custeio. É necessário percorrer uma etapa anterior, de repensar o que deve

¹²⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira, 2000, op. cit., p. 57.

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit., p. 21.

¹²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2006, op. cit.

¹²⁹ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

¹³⁰ Apud *Idem*, *Ibidem*, p. 56.

¹³¹ GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal**. Uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado Social. Curitiba: tese de doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná, 2009. p. 208. Disponível em: <http://www.livrosgratis.com.br/arquivos_livros/cp143688.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2014. Acréscimos nossos.

¹³² *Idem*, *Ibidem*, p. 191. Acréscimos nossos.

¹³³ *Idem*, *Ibidem*, p. 191.

caber ao Estado e o que deve caber à sociedade. Isso se faz à luz do *princípio da subsidiariedade*, por força do qual só se passa ao Estado aquilo que a sociedade, pelas suas próprias forças, não consegue solucionar.¹³⁴

Desta feita, pela subsidiariedade, firma-se uma parceria entre Poder Público e sociedade, propiciando o surgimento de uma nova forma de atividade administrativa e estabelecendo um modelo de atuação estatal, ante o descentralizar de funções, por mecanismos variados de desestatização (privatização, publicização e fomento), nesse transpasse para o gerencialismo.

E é consubstanciado na subsidiariedade e gerencialidade, entre outras, que o Estado Regulador se propõe a ser, desde a passagem da década de 70 para a de 80, a forma hodierna da atual espécie de Organização Política, para o atendimento satisfatório, eficiente e ponderado das necessidades privadas e sociais, até que o colapso financeiro mundial do último biênio da década inaugural do século 21 a todos assombrasse!

Contrariando as previsões neoliberais, enfraquecendo a argumentação do Consenso de Washington e mesmo fustigando o ideário regulatório, a concorrência foi ineficiente na promoção de equilíbrio econômico, notadamente financeiro, ocasionando tal crise transnacional, de origem norte-americana. E, a partir dela, têm sido empreendidos esforços, inclusive teóricos, para o suplantar desse momento de instabilidade geral.

Sabe-se que, no último quadrimestre de 2008, a crise imobiliária norte-americana, advinda do mercado de hipotecas imobiliárias de categoria *subprime*, solapou o cenário internacional, evoluindo para uma crise financeira, que desarranjou a Economia em si mesma, situação que já se delineava desde os anos 80, ou, como entendem alguns, já no fim da década de 60.¹³⁵

Sob o influxo de fenômenos desvinculados entre si¹³⁶, a saber, a liberalização econômica (decorrente da retração estatal na intervenção no

¹³⁴ SOUTO, Marcos Jurueña Villela. Agências reguladoras e entidades similares. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coor.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1137. Grifos do original.

¹³⁵ FERNANDES, Luciana de Medeiros. O “Estado da crise”. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, Recife, n. 3, p. 120-170, 2010. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/download/26/28>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

¹³⁶ GRAU, Eros Roberto, 2012, op. cit.

Mercado, pela regulação, inicialmente desregulatória) e a globalização¹³⁷, a pseudoprosperidade se tornou presente no cenário mundial, a desvalorizar o Estado, mormente como indutor da Economia¹³⁸, descrédito que se estendeu às instituições políticas e jurídicas.

Afirma-se a falsa prosperidade, pois, se havia setores múltiplos da Economia a festejar índices de êxito e ampla expansão, grassavam veloz e acentuadamente as desigualdades socioeconômicas nacionais. E o olvido das reformas de cunho social e de conotação política, na sequência da liberalização econômica, que poderiam dar suporte no curso de uma instabilidade econômica, promoveu episódios de desemprego, recessão, baixos salários, insuficiente crescimento econômico mundo afora.¹³⁹ Do encontro desses elementos díspares (crescente Economia *versus* instabilidade social) frutificou o desequilíbrio que a hodiernidade noticia.

Agregue-se a isso a falha da própria regulação estatal, tendo em vista que o Governo norte-americano promoveu uma ação regulatória ineficaz, ensejadora da especulação financeira, em detrimento do setor produtivo.

Diante desse cenário, estreitamente visto, erigem-se questionamentos acerca da real validade da regulação e da própria permanência do Estado Regulador, em face do chamado Estado da Crise.¹⁴⁰

Desde a crise de 2008, variadas opiniões têm sido emitidas, com o intuito de definir o cenário presente: os pós-modernos sustentam a ruptura do Direito e regulação, por não caber ao Estado a posse exclusiva de tal mister¹⁴¹; para uns fora decretado o fim do Estado Regulador, mas com a manutenção do Capitalismo, ainda que absorvendo elementos do Socialismo¹⁴²; já para outros esse é o momento de transmutação do Estado, mas sem abandono de seus alicerces regulatórios, posição essa que parece ser a mais razoável.

¹³⁷ “GLOBALIZAÇÃO. Termo que designa o fim das economias nacionais e a integração cada vez maior dos mercados, dos meios de comunicação e dos transportes” (SANDRONI, Paulo (Org.), 1999, op. cit., p. 265). Entrementes, como lucidamente pondera Paulo Borba Casella: “o fenômeno, antes percebido pela economia, bateu às nossas portas e foi vivido pela política e pela nação, doravante também o haverá de ser pelo direito” (apud DANTAS, Ivo, 2013, op. cit., p. 150).

¹³⁸ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra, 2006, op. cit.

¹³⁹ FERRER, Juan De La Cruz, 2008, op. cit.

¹⁴⁰ Para um estudo mais acurado do tema, remete-se aos trabalhos de Luciana de Medeiros Fernandes, dentre eles o Estado da Crise, já referenciado, com a bibliografia que o apoia.

¹⁴¹ Acerca do Pós-modernismo Jurídico e suas implicações com a regulação, veja-se ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2005, op. cit.

¹⁴² NUNES, António Avelãs, 2014, op. cit.

Nessa fase pós-Consenso de Washington, defende-se o Estado ainda Regulador, com reforço de sua atividade regulatória, num tamanho ótimo (nem mínimo, tampouco gigante), mais atuante e presente, que enfrenta a inflação, atento ao progresso socioeconômico, principalmente nos países em desenvolvimento, “(...) *a broader intellectual shift within the development profession, a shift that encompasses not just growth strategies but also health, education, and other social policies*”¹⁴⁹.

Nesses novos rumos regulatórios se clama por maior articulação e mais eficiência, quanto aos seus instrumentos de regulação, suas formas e mecanismos de controle, para cumprimento do ideário que lhe cabe, com reforço da própria institucionalidade.¹⁵⁰

Novamente, a crise protagoniza a transfiguração estatal, como já ponderado, e, presentemente, coloca-se como geratriz da reorganização do Estado Regulador, ambiência em que o Brasil se insere, com suas particularidades e sob contornos doutrinários, históricos e factuais especialíssimos, sobre o que se abordará no tópico vindouro.

2.4 O perfil da tese regulatória implantada no cenário brasileiro

No esteio das transformações econômicas, jurídicas e teóricas que varreram o mundo, no fim do welfarismo, o Brasil promoveu, desde os anos 90, mudanças em sua forma de governança, incorporando o ideário regulatório e o gerencialismo, o que ainda reclama continuidade e ajustes, por ser um processo ainda em consolidação e por influxo da crise de 2008. Afinal, “reforma é um processo *in fieri*, em andamento, longe de ser concluído”.¹⁵¹

Como lembra Marques Neto, a tradição da atuação estatal pátria na Economia é a de adesão ao modelo de intervenção direta e, por essas amarras, o Brasil se caracterizava pela gestão exclusiva de funções e tarefas

o%20Roberto%20Ferreira%20motta%22.%20Ag%C3%AAncias%20Reguladoras%20.%20Bauer%3A%20Manole%2C%202003&f=false>. Acesso em: 24 fev. 2014.

¹⁴⁹ RODRIK, Dani. Is there a New Washington Consensus? **Project Syndicate**, 2008. Disponível em: <<http://www.project-syndicate.org/commentary/is-there-a-new-washington-consensus-#hv6fUwYLuHbkgdOl.99>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

¹⁵⁰ MACHADO, Santiago Muñoz, 2009, op. cit.

¹⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 1999, op. cit., p. 11.

sob sua titularidade, tornando-se fomentador e empreendedor de todos os serviços catalogados como públicos. Desta feita, serviços atrelados ao petróleo, à energia elétrica, à telefonia, à água, aos transportes e às comunicações, dentre outros, formavam o monopólio estatal (ou natural), sobre o qual o Mercado não desfrutava de qualquer interferência, pelo argumento de segurança econômica e da imparcialidade negocial, em face do objetivo estatal não lucrativo, mas de universalidade do acesso às atividades tuteladas.¹⁵²

Ocorre que aqui, no fluir das décadas, tal qual sucedeu em outras nações, o intervencionismo passou a revelar suas mazelas, as quais, a despeito de já terem sido devida e anteriormente analisadas, merecem revisitação, porém delimitadas pelos contornos nacionais.

De um lado, o Estado, no afã protetivo, incorporou como públicas atividades que intrinsecamente não se ligava aos seus fins históricos ou essenciais, gerindo indevidamente recursos e setores como se fossem de natureza reservada. E essa ampliação significativa do elenco dos serviços públicos, pelo ingresso de atividades ontologicamente díspares, das quais a Administração não detinha titularidade, mas sim o privilégio de exercício, promoveu inadequadamente o excesso de função a ser por ele realizada. Consequentemente, de outra banda, ante o amplo lastro de atividades, exigente de manutenção e investimento, a sociedade se viu responsável por elas, ante a elevada carga tributária.

Outrossim, reforçavam o fracasso do modelo a baixa qualidade dos serviços prestados, fruto do inchaço da estrutura prestadora de serviços sem a correspondente qualificação em fazê-lo, e a corrupção decorrente da ausência de fiscalização no trato dos administradores com a coisa pública.

Em suma, o Estado passou a prestar progressivamente uma gama maior de serviços, de contornos sabidamente indesejáveis e desnecessários, invadindo em demasia a Economia e destinando ao cidadão o compromisso financeiro de manter o gigantismo da máquina estatal, o que, jungido à ineficiência e corrupção, deu azo a lastimável cenário, desafortunadamente, de cabal e vasta constatação empírica.

¹⁵² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coor.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 72-98.

Os anos 80 se apresentam como o ápice da desestabilização pública, por escassez de recursos financiadores do desenvolvimento e o consequente não atendimento das necessidades sociais, sendo resultado inequívoco da utilização da intervenção estatal direta, que, como mencionado, dirigiu o Estado brasileiro por praticamente toda sua vida republicana.

Agregue-se a isso o fato de que, em 1988, aportava no país nova Carta Política, fruto da redemocratização, a insuflar a concepção de cidadania a todas as nuances do ambiente social e erigir a elevado patamar o cidadão ante o Estado, por força dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Por isso, rejeitando uma política pública engessante, assentada no viés burocrático e na premissa de um Estado centrado em si mesmo, dava-se azo à modernização de seus rumos, que conduzisse o mister estatal para além da manutenção da propriedade e dos contratos, mas que o investisse no *munus* de garantidor dos direitos sociais e da competitividade interna e internacional, almejando o atuar equilibrado entre a promoção econômica e social.

Em breves palavras,urgia o projetar-se além da crise que assolava o modelo vigente de Administração brasileira e mesmo o de Estado.

Neste sentir, deu-se origem a 03 teorias econômicas, a saber, a da lavra de Mário Henrique Simonsen, fundada numa abrangente privatização, descompromissando o Estado da prestação dos serviços públicos, por conta de sua inaptidão administrativa; a oriunda dos economistas da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), através de Edmar Bacha, Pérsio Arida e André Lara Rezende, que defendia a abertura do Mercado, pela privatização, mas sem a retirada total do Estado na prestação dos serviços públicos, concorrendo entre si empresas públicas e privadas; e a de iniciativa do Professor Ignácio Rangel, que sustentava a utilização da concessão de todos os serviços públicos ao Mercado, mediante regulação estatal.¹⁵³

A terceira, a tese da regulação, foi a efetivamente adotada e aplicada no país, à luz das experiências britânica, pelo Programa *Next Steps* e norte-americana, através do Programa *National Performance Review*, para

¹⁵³ COIMBRA, Márcio Chalegre. O direito regulatório brasileiro, histórico do Direito da regulação e as agências reguladoras. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. II, n. 6, ago. 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5619>. Acesso em: 28 fev. 2014.

reforma políticas e administrativas, a enfatizar o ajuste fiscal e a mudança institucional, no implemento de performance¹⁵⁴, como analisa Coimbra¹⁵⁵ e o Professor Cavalcanti, na lição abaixo transcrita:

A figura do Estado social, tal como tradicionalmente conhecida e concebida no Brasil, desse a Carta Constitucional de 1934, acha-se fragilizada. O modelo do *Welfare State*, desenvolvido a partir da Primeira Guerra Mundial e que tem como grandes referenciais a Constituição Mexicana de 1917 e a Carta Alemã de Weimar, vem sendo substituído por um padrão de Estado mais reduzido, fruto de uma ideologia neoliberal, a motivar essa alteração de perfil, à qual se acrescem, nos Estados periféricos, o excessivo endividamento e, por vezes, a exaustão financeira, diminuindo, pois, drasticamente, a capacidade estatal de ser efetivo agente da atividade econômica, fato esse que pode ser exemplificado com a situação brasileira, constatável a partir de simples exame do Orçamento Nacional.¹⁵⁶

É nessa tímida retrospectiva que se apresenta a genealogia da reforma brasileira, pela transmutação em Estado Regulador e em administração gerencial, em adesão aos estudos majoneanos.

Para aplicação da tese regulatória no panorama nacional, fazia-se mister construir ambiente estruturalmente favorável à recepção e à efetividade do intento, organizando os contornos do aparelho estatal, o que se deu pela Reforma do Estado, para garantir respaldo jurídico e institucional à regulação, o que exige muito além de mera declaração de uma transmutação de modelo, face à adequação da Administração e do Estado ao patamar pretendido.

Todavia, antes de serem tecidas considerações pertinentes ao movimento reformista, é de se fazer justiça à determinada questão.

Em que pese se credite à Reforma do Estado a implantação da regulação no país, antecipa-se discussão futura, em que se pode observar a existência de episódio regulatório no país, bem anterior à reforma.

É fato que, entre os anos 30 e 80, o Estado se investia do papel de empreendedor, o que só começou a ser mitigado em meados da década de 70. Entrementes, durante o Estado Novo, período do governo autoritário de Getúlio Vargas, nada obstante a forte intervenção estatal, entre os anos de 1938 a 1941, vê-se, antagonicamente, a criação de algumas autarquias com certo

¹⁵⁴ REZENDE, Flávio da Cunha. **Por que falham as reformas administrativas?** Rio de Janeiro: FGV, 2004.

¹⁵⁵ COIMBRA, Márcio Chalegre, 2001, op. cit.

¹⁵⁶ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra, 2006, op. cit., p. 169.

poder de regulação, como, por exemplo, o Instituto Nacional do Mate, o Instituto Nacional do Pinho e o Instituto Nacional do Sal:

De 1930 a meados da década de 1950, houve significativo desenvolvimento da atividade regulatória: “ano após ano observam-se a criação e a diferenciação institucionais acompanhadas de intensa intervenção regulatória”. Tal criação e diferenciação se verifica pelo surgimento, em 1931, dos Correios e Telégrafos e do Conselho Nacional do Café; em 1933, do Instituto do Açúcar e do Alcool; em 1934, dos códigos de Águas e de Minas e do Plano de Viação Nacional; em 1938, do Colégio Brasileiro do Ar, do Instituto Nacional do Mate e do Conselho Nacional do Petróleo; em 1939, do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica e do Plano de Obras Públicas e de Defesa Nacional; e do Plano Siderúrgico Nacional, em 1940, da Companhia Siderúrgica Nacional, em 1941, da companhia do Vale do Rio Doce, em 1942, e da Companhia Nacional do Alcalis e da Companhia Ferro e Aço de Vitória, em 1943. Outra instituição regulatória – o Conselho Nacional de Política Industrial e Comercial – surge em 1944. Segue-se a proliferação organizacional, com “drástica” interrupção durante o período Dutra, até que, em 1952, cria-se o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDE e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq e, em 1954, o Ministério da Saúde e a Petrobras.¹⁵⁷

Outrossim, é de se cogitar a possível existência de órgãos dotados de competência regulatórias, preexistindo às agências reguladoras, como seria o caso do Banco Central do Brasil (BACEN) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), tema a ser debatido mais a frente.

Inolvidável é a fixação da baliza legislativa da regulação, através da atual Carta Magna. Na Constituição Econômica¹⁵⁸, no esteio da célebre Constituição de Weimar (de 1919), especificamente no art. 174, declara-se a aproximação brasileira ao modelo regulatório, ao expressar que, na forma da lei, o Estado exercerá, “como agente normativo e regulador da atividade econômica, (...) as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”¹⁵⁹.

¹⁵⁷ RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil. _____ (Org.). **Regulação e agências reguladoras**. Governança e análise de impacto regulatório. Brasília, DF: Anvisa, 2009. p. 125-159. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/divulga/public/Regulacao.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2014. Grifos do original.

¹⁵⁸ Entende-se por Constituição Econômica, a que se fundamenta num conjunto de normas jurídicas fundamentantes e instituidoras de modelo estrutural para o sistema econômico (CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004).

¹⁵⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2013. Disponível em:

Como lembra José Afonso da Silva, pela Constituição Federal é contemplada a Economia e o Mercado, afastando o dirigismo econômico efetivado pelo Estado, mas sem sustentar um Neoliberalismo puro.¹⁶⁰

Ademais, numa época mais recente, constata-se que, antecedendo a reestruturação estatal, tem-se a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, dispondo sobre o Programa Nacional de Desestatização, para os setores siderúrgico, petroquímico e de fertilizantes.

Assim, com a reforma promovida não se criava tese nova, até porque a tese nova já se apresentava como norma constitucional. Mas, visando a que não se transformasse a norma em letra morta, fundamental era adequar o Estado à regra já preconizada. E neste estágio, não há como se excluir o mérito da reengenharia administrativa promovida nos anos 90.

Iniciada em 1995, no 1º governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, promovida pelo extinto Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), capitaneada pelo então chefe da pasta, Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira, a reforma administrativa implementada no Brasil visava à substituição do modelo estatal, notoriamente fracassado, com escopo nas orientações fixadas no Consenso de Washington, filiando-se ao ideário regulatório e ao desenho majoneano de Estado.

Dirigido pelo Plano Diretor de Reforma do Estado (PDRAE)¹⁶¹, e rejeitando um sistema assaz desgastado, volta-se o Estado brasileiro para a ideia de assumir um novo desenho, cuja missão transformadora revela a abrangência do movimento reformista brasileiro, pois se tem reforma do Estado, englobando a proposta renovadora do Estado como um todo, e reforma do aparelho do Estado, espécie do primeiro, haja vista a reformulação do Administração, objetivando impregná-lo com o princípio da eficiência e a cidadania, voltando-se o Estado brasileiro para a ideia de flexibilização de procedimentos e da alteração nas formas de controle.¹⁶²

<http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_28.11.2013/CON1988.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2014.

¹⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹⁶¹ BRASIL. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Câmara da Reforma do Estado da Presidência da República. Brasília, DF: 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 1 mar. 2014.

¹⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 1999, op. cit.

Essa reengenharia nos contornos estruturais do Estado brasileiro suscitava mudanças em seus aspectos fundamentais, a saber, o econômico, representando pelo equilíbrio fiscal e conforto financeiro, o social, como base na eficiência dos serviços sociais oferecidos ou financiados pelo Estado, aliada a um baixo custo, o político, ante recuperação da governabilidade e alargamento e divulgação da concepção de cidadania e o administrativo, na redefinição do papel regulador, a garantir eficácia e efetividade estatais.

A complexidade de implementação de tal ideário se revela incontestável na reflexão de Bresser-Pereira:

A governabilidade nos regimes democráticos depende (a) da adequação das instituições políticas capazes de intermediar interesses dentro do Estado e na sociedade civil; (b) da existência de mecanismos de responsabilização (*accountability*) dos políticos e burocratas perante a sociedade; (c) da capacidade da sociedade de limitar suas demandas e do governo de atender aquelas demandas afinal mantidas; e, principalmente, (d) da existência de um contrato social básico. É este acordo social básico, é o contrato social hobbesiano, que garante às sociedades avançadas legitimidade e governabilidade.¹⁶³

Estribado nisso, é que foram pinçados os fundamentos de realização da reforma, que, ao mesmo tempo, assume a função de concretizar o novo modelo de atuação estatal e consubstancia o arcabouço doutrinário do projeto reorganizador, até porque manifesto é que um processo reformista de tamanha envergadura reclamava uma incontestável eficácia dos mecanismos e instrumentos adotados, pois, tão relevante quanto à definição da meta a ser colimada, era pontuar os meios de sua concreção.

Destarte, coube à setorização, à desestatização e à publicização o papel de efetivar a administração gerencial, as quais serão analisadas de *per si*, para melhor compreensão do conteúdo de cada uma delas.

No tocante à setorização, a justificativa é a de que, diante do caráter múltiplo das esferas de atuação, e para que convenientemente pudesse ser vislumbrado o que intrinsecamente faz parte da atividade estatal, entendeu-se positiva a segmentação do conjunto da sociedade.

¹⁶³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Cadernos MARE da Reforma do Estado**. Brasília, DF: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. v. 1. p. 45. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno01.PDF>. Acesso em: 2 mar. 2014.

Assim, inaugura-se a fase da divisão setorial, catalogados, com respaldo nos esclarecimentos colacionados pelo já mencionado Flávio da Cunha Rezende¹⁶⁴ e pelo próprio PDRAE¹⁶⁵, como o Núcleo Estratégico (1º setor)¹⁶⁶, as Atividades privativas ou exclusivas do Estado (2º setor)¹⁶⁷, Serviços não exclusivos (3º setor)¹⁶⁸ e o Mercado (4º setor)¹⁶⁹.

Com facilidade mediana, constata-se que o foco da setorização outro não é senão a indicação do grau de intervenção administrativa nos diversos segmentos da sociedade, desde o nível de participação exclusiva, havida no 1º setor, passando por diversas graduações, até atingir o estágio mínimo de interferência pública, no Mercado, promovendo o enxugamento da máquina estatal, na exata medida de imprescindibilidade, ou não, da presença pública na prestação de determinados serviços, passando a se dedicar mais atentamente ao processo de controle dos resultados.¹⁷⁰

Quanto à desestatização, ensina Marcos Juruena Villela Souto:

Desestatização é a retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada (princípio da livre iniciativa) ou de setores em, que ela possa atuar com maior eficiência (princípio da economicidade); é o gênero, do qual são espécies a privatização, a concessão, a permissão, a terceirização e a gestão associada de funções públicas.¹⁷¹⁻¹⁷²

¹⁶⁴ REZENDE, Flávio da Cunha, 2004, op. cit.

¹⁶⁵ BRASIL, 1995, op. cit.

¹⁶⁶ Os órgãos de Governo, em sentido lato, compreendendo os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, bem como o Ministério Público. Esse setor representa o Governo em si, o ambiente de tomada das decisões, no qual as leis e as políticas públicas são definidas e seu cumprimento é cobrado, pelo que persiste o viés burocrático.

¹⁶⁷ Aquelas que somente o Estado pode prestar, por exigirem a existência do poder extroverso ou poder de Estado (regulamentação, fiscalização, controle, subsídios e fomento) sobre a sociedade civil existente no território, como, por exemplo, Polícia, Forças Armadas e agências reguladoras.

¹⁶⁸ Os serviços sociais do Estado, que são atividades assentadas na importância dos bens e serviços a serem produzidos e prestados, tais como o ensino, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico e a proteção e preservação do Meio Ambiente, da Cultura e da Saúde, cujo desempenho é compartilhado entre a Administração Pública e o setor privado. As entidades privadas que se dedicam ao cumprimento das atividades públicas não exclusivas passam a ser consideradas de natureza pública não-estatal e envergam a condição de colaboradoras do Estado, colocando-se próximas a ele, ao seu lado, razão pela qual são enquadradas como entidades paraestatais. É aqui que se instala a publicização, que será objeto de reflexão no momento apazado.

¹⁶⁹ Exercício de atividades econômicas voltadas para o lucro, nas quais a liberdade econômica não encontra óbices, a não ser aqueles estabelecidos pela Lei.

¹⁷⁰ BRASIL, 1995, op. cit.

¹⁷¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização**. Privatizações, concessões, terceirizações e regulação. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 30.

¹⁷² Transcreve-se a prudente ressalva à citação *supra*, efetivada pelo Mestre Dantas, baseado em Raquel Carvalho, *ipsis litteris*: "Cabe mencionar a impropriedade da utilização do princípio

Noutras palavras, com a fixação das reais atividades estatais, mérito da setorização, minimizou-se-lhe tal elenco, além de alterar os contornos das hipóteses de prestação indireta, momento para a desestatização.

Nas modalidades supramencionadas pelo Mestre Souto, o Estado mantém a titularidade dos serviços, já que, por se tratar de delegação, em que a responsabilidade da prestação remanesce com o Poder Público, ao setor econômico é transferida apenas a efetiva prestação e sua consequente forma de execução, o que redundará em relativa quebra do monopólio estatal.

Ressalte-se a abissal diferença entre desestatização e privatização, pois, como visto, naquela se transfere ao setor privado exclusivamente a executoriedade do serviço público, enquanto que nesta a atividade deixa de ser pública, alterando a titularidade, e apenas aqui, repita-se, o Estado se exime da responsabilidade para com a função.

E, das nuances da desestatização, destaque-se a publicização, compreendida como a descentralização de certas atividades, de características específicas de atividades públicas não-estatais, a serem destinadas às neófitas figuras, como as entidades qualificadas como organizações sociais (OS)¹⁷³, as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)¹⁷⁴ e entes afins.

Destinado ao Terceiro Setor¹⁷⁵, a publicização, fruto do Programa Nacional de Publicização (PNP)¹⁷⁶, é a realização eficiente, qualificada e menos onerosa de serviços de natureza pública, mas não exclusivos, que

da eficiência como sinônimo do conteúdo do princípio de economicidade. Tais princípios estão previstos em dispositivos constitucionais distintos, a eficiência está alocada no art. 37 e a economicidade no art. 70 da Constituição; e a eficiência possui um conteúdo mais abrangente..." (DANTAS, Ivo, 2013, op. cit., p. 209. Grifos do original).

¹⁷³ Pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, independentemente de concessão ou permissão do Poder Público, ainda que atendidos os requisitos gerais pertinentes a sua constituição e funcionamento, destinadas ao exercício de atividades de relevante valor social e interesse público, que obtêm autorização para celebrar contrato de gestão, a fim de conquistar direito ao financiamento público.

¹⁷⁴ Pessoas jurídicas de direito privado, sem finalidade lucrativa, que são instituídas por particulares, para desempenho de atividades integrantes do 3º Setor, e que, mediante termo de parceria entabulado com o Poder Público, recebe deste incentivo e fiscalização.

¹⁷⁵ Novo espaço institucional, que se apresenta como alternativa de equilíbrio entre os extremos das atuações estatal e privada, regido pelos conceitos de qualidade, eficiência e participação social, em que existe a propriedade pública não-estatal, forma essa de propriedade que visa ao desempenho de atividade não lucrativa, porém merecedora de especial proteção do Poder Público (BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. Entre o Estado e o Mercado: o público não-estatal. In: _____; _____ (Org.). **O Público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999. p. 15-48. Disponível em: <<http://bresserpereira.org.br/papers/1998/84PublicoNaoEstataRefEst.p.pg.pdf>>. Acesso em 3 mar. 2014).

¹⁷⁶ Criado pela Lei nº 9.637, de 15.05.1998.

antes eram realizados pelas fundações públicas, agora entidades privadas, inobstante o financiamento do Estado, sendo nova opção à intervenção econômica, para além da dicotomia simplista da estatização e privatização.¹⁷⁷

Estas são as comezinhas elucidações referentes ao ideário da reengenharia estatal, a serem produzidas a partir da inclusão do modelo regulatório, substitutivo do esquadro burocrático.

Contudo, tal desenho foi e é alvo de severas críticas e de aceitação nada pacífica, como se verá *en passant*, porquanto, na verdade, trata-se de detração ao ideário de Estado Regulador, cujas oposições foram pontuadas em tópico anterior, já que essa nova dimensão do Estado poderia propiciar a chamada precarização da atuação estatal¹⁷⁸, além de afronta aos Princípios da Legalidade, da Separação dos Poderes e o Democrático, como disserta Motta:

Como não poderia deixar de ser no final da década de 80 e início da de noventa, do século passado, os ecos da retumbante vitória não tardariam a chegar ao restante do globo, pois privatizar e reformar eram, e são, as palavras de ordem em todas as nações do mundo. Nos países de capitalismo periférico, os projetos privatizantes são uma constante. O processo de privatização, notadamente na América Latina, ao contrário do que ocorre em solo europeu, não visa uma melhor qualidade na prestação dos serviços público. É, fundamentalmente, o método utilizado pelos governos para fazer frente às exigências de seus credores internacionais no (re)financiamento dos programas de estabilização econômica dos anos de 1990. Serve, também, ao criar desemprego em massa, para debilitar os movimentos sociais adversários ao capitalismo. O que se pode notar é que os ganhos dos processos privatizantes na América Latina são altamente contestáveis e na prática, na maioria das vezes, o que se tem é um câmbio de monopólios, antes estatais, agora particulares, e, no mais das vezes, estrangeiros.¹⁷⁹

Desafortunadamente, a essas críticas não se pode imputar a pecha de falaciosa, pois, de fato, o móvel reformista pode ser inescrupulosamente alterado e corrompido, redundando em severos danos estatais e sociais.

A despeito disso, inquestionável é a necessidade que se erigia de transfiguração do pátrio desenho estatal, ante os múltiplos fracassos contabilizados, pela sua atuação no formato precedente. Demais disso, entre

¹⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 1999, op. cit.

¹⁷⁸ Concebe-se por precarização da atuação estatal a transferência indevida de deveres e responsabilidade do Ente Público para o setor privado, vinculando essa ressalva àquelas atividades típicas à função estatal ou, independentemente disto, foram ao Estado legalmente atribuídas, gerando um esvaziamento nocivo e ilegal da responsabilidade pública, seja pela execução, seja pela delegação.

¹⁷⁹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira, 2003, op. cit., p. 2-3.

as opções aventadas, nenhuma outra se apresentou mais qualificada ou embasada do que a regulação e o gerencialismo, mesmo com suas imperfeições teóricas ou de concreção, pois, como já se citou, está-se *in fieri*.

Ato contínuo, o efetivar de tais demandas regulatórias, enquanto alternativa ao modelo outrora vigente de Administração burocrática e de atuação estatal direta na Economia, exige a presença de mecanismos e/ou instrumentos aptos a realizar no plano prático as diretrizes fixadas pelos Estudiosos.

Assim, malgrado a vigência histórica de um modelo de Estado eminentemente interventor, pela adoção da regulação, dá-se um grande passo ao livre Mercado, pois significou a saída estatal do papel principal na atuação econômica. Só que tal afastamento não pode ser interpretado como entrega total e absoluta do Mercado as suas mãos invisíveis, isto é, não indica filiação à linha neoliberal em sua pureza e amplitude. Enfim, não se está num cenário de Estado Mínimo, como se viu!

Noutro plano, como enfatizado, falar-se em regulação no Brasil é mencionar-se estritamente a estatal, a despeito dos exemplos de regulação não-estatal e de autorregulação no Brasil, como é o caso da procedida pelo Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR). Porém, como lembra o Professor Pedro Henrique Figueiredo, a regulação exercida por pessoa outra que não o Estado não tem o condão de afastar o controle público sobre as atividades privadamente reguladas.¹⁸⁰

Acolhendo a regulação econômica e social, promovida pelo Ente Público, a ele restou a assunção de nova e relevante função, que é a fixação de regras disciplinadoras da ordem econômica, alinhando-a à justiça social, contemporizando a Economia aos postulados do bem-estar social.

E, para tanto, surgem as agências reguladoras:

Nesse contexto de desestatização e tentativas de reformas gerenciais, é redefinido o papel do Estado, qualificando-o mais como regulador do que como indutor do processo de desenvolvimento do país. Paralelamente – mas, não articuladamente –, é enfatizada a

¹⁸⁰ FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. Uma contribuição para o conceito de regulação do serviço público no Brasil. **Marco Regulatório**, Porto Alegre, AGERGS, n. 1, 1999. Disponível em: <<http://www.agergs.rs.gov.br/site/download.php?arquivo=imagens/publicacoes/publicacao1.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2014.

importância de uma flexibilização da ação pública, propondo-se um conjunto de medidas uniformizadoras inspiradas na Nova Gestão Pública (*New Public Management*), que visam dar ao administrador público mais autonomia gerencial, numa tentativa de tornar a administração pública mais parecida com a administração de empresas: o chamado movimento de “agencificação”.¹⁸¹

Tão relevante para esse novo rearranjo estatal pátrio é a figura da agência reguladora, que é possível afirmar que o Estado Regulador brasileiro se instaura com a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), em 1996, nada obstante a existência de outras e antecedentes entidades desempenhantes de função regulatória, como lembrado anteriormente.

Conquanto relevante seja para o rearranjo regulatório brasileiro, as observações concernentes às agências reguladoras neste momento serão restritas, o que se faz sobrepensado, em razão da existência de item exclusivamente dedicado a tais figuras, reservando-se também ao futuro a exposição das contendas a elas relacionadas.

Enfim, ante a realidade brasileira, é de se conceber a regulação como o instrumento da intervenção estatal junto a setores específicos da Economia, responsáveis pela concreção de atividades não estatais de inegável interesse social, os quais se submetem à imposição de normas restritivas da liberdade econômica, com foco no bem-estar coletivo, rompendo abissalmente com a estrutura outrora imperante. A partir de um modelo teórico decorrente da experiência de variados países, limita-se a atuação pública, restringe-se o elenco das atividades estatais, transferem-se atribuições ao Mercado, renova-se a Administração, redefine-se o Estado, o que exige aprimoramento e adequação rotineiros das práticas nacionais, mormente em época de crise globalizada, a que o país não se encontra incólume.

Como fora visto, desde 2008, passa o Capitalismo por ataques internos, iniciados nos EUA e com contaminantes desdobramentos mundiais, o que o faz defrontar-se com os malogros oriundos de suas próprias fragilidades estruturais (inclusive teóricas), expressando a urgência redefinitória de rumos para a Economia e nações que se atrelaram ao capital financeiro-especulativo.

¹⁸¹ PECCI, Alketa. Regulação comparativa: uma (des)construção dos modelos regulatórios. In: _____ (Org.). **Regulação no Brasil**: desenho, governança, avaliação. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 81. Grifos do original.

Embora tenha apresentado certa resiliência à crise, aquém da afirmação do Governo, além da fala dos detratores deste, o certo é que o Brasil carece de mecanismos para enfrentamento dos estragos sistêmicos de uma Economia de Mercado dominante.

Na verdade, não se trata de uma deficiência pátria, pois, como vaticina Juarez Freitas, referendado pelo já exposto pensamento majoritário dos Estudiosos, “a eclosão da crise financeira de 2008 foi e é, sobretudo, reflexo de uma crise regulatória estatal”¹⁸², o que torna imprescindível a reformulação dos modelos teóricos e empíricos da regulação, aqui e alhures, pois “*as a result of this international and national concern, the ‘better regulation’ agenda diffused internationally, moving these discourses towards emerging economies such as Brazil*”¹⁸³.

Em síntese, acompanhando o cenário mundial, mas com foco nas inerentes peculiaridades, sob pena de falência do intento, o novo modelo de regulação a ser insculpido no Brasil deve se centrar na articulação ampliada do Estado, mediante entes reguladores independentes fortalecidos, em face do Mercado e mesmo do Governo, a fim de que o mister regulatório seja exercido de forma mais firme e democrática, tanto para disciplinar a Economia, como para promover a participação social em todo o processo.

Desta feita, no encerramento desse capítulo, de feição preliminar, ante a visita dos conceitos e caracteres da regulação e do Estado Regulador, nos aspectos pertinentes ao estudo que se desenvolve, resta a lição da impermanência do ideário regulatório, em face da constante necessidade de adequações teóricas e factuais, premidas por conjunturas ordinárias ou não, nacionais ou globalizadas, que lhe envolvem as nuances, e, inevitavelmente, recai sobre seu ente regulador independente, figura sobremaneira crucial, exigente de acurada reflexão para fortalecimento do exercício regulatório estatal.

¹⁸² FREITAS, Juarez. Novo modelo de direito da regulação e desafios pós-crise global. GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; XIMENES, Marfisa Maria de Aguiar Ferreira (Ed.). **Regulação**. Normatização da prestação de serviços de água e esgoto. vol. 2. Fortaleza: Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, 2009. p. 15. Disponível em: <http://www.agenersa.rj.gov.br/agenersa_site/documentos/Livro_NormatizacaoVolII.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2014.

¹⁸³ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin, 2013, op. cit., p. 8. Grifos do original.

3 A FIGURA DO ENTE REGULADOR INDEPENDENTE

Superado o momento de contextualização histórico-doutrinária da regulação e do Estado Regulador, conforme o interesse desta pesquisa, avança-se na investigação do sujeito estatal descentralizado dotado de competência regulatória¹⁸⁴, que é o ente regulador independente¹⁸⁵.

Dessarte, neste capítulo, em atenção ao estudo que se constrói, é esquadriado o regulador estatal, a partir da essencialidade de seus elementos, alertando-se, *ab ovo*, para a carência de homogeneidade em seu perfil, por conta das variações nacionais e respectivos contornos institucionais adotados¹⁸⁶, o que desautoriza a declaração de existência de um modelo teórico de ente independente transnacionalmente utilizado¹⁸⁷.

Além disso, dentre as contendas entabuladas pela Doutrina e a ele correlatas, é ressaltada aquela que se funda no questionamento de sua legitimação democrática, temática intensamente controvertida, em que a pacificação de entendimento se mostra distante de concretização, em razão dos argumentos manifestados por ambos os flancos do embate, segundo os objetivos do presente estudo, pois, considerando a profusão de críticas, muito além da proposta deste trabalho descambaria tal enfrentamento.

Também, descortina-se o regulador pátrio, remontando aos que primeiro desempenharam certa atividade regulatória, mesmo antes da instalação do Estado Regulador brasileiro, até o momento atual de agências reguladoras e afins¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Repise-se que o desempenho regulatório pode ocorrer de 03 formas diversas, que seriam a estatal concentrada ou a estatal mediante entes reguladores independentes ou ainda por entidades não-estatais.

¹⁸⁵ Como se verá, há diversidade de nomenclaturas para o ente regulador independente, relacionadas a percepções conceituais construídas pelos Teóricos pátrios e alienígenas. Entrementes, ao longo do trabalho, serão utilizados como sinônimos os termos regulador estatal, regulador independente, ente independente, ente regulador, regulador, ator da regulação, ator regulatório, instrumental da regulação, instrumental regulatório, instrumental, o que não compromete a opção pela expressão indicada desde o título desta dissertação.

¹⁸⁶ Pontue-se, de logo, que tal abordagem será ilustrativamente feita, não representando uma investigação aprofundada das nuances de tais figuras nos cenários juspolíticos internacionais listados, mas apenas dos elementos considerados de análise inafastável a este trabalho.

¹⁸⁷ Eis a sucinta lógica que se antecipa: se há pluralidade de modelos de Estados Reguladores, há igualmente pluralidade de modelos de entes reguladores independentes.

¹⁸⁸ Como será explicitado oportunamente, o ente regulador brasileiro não se restringe ao elenco das agências reguladoras, devendo ser incluídas neste rol outras entidades igualmente desempenhantes do mister regulatório, nada obstante a repercussão, destaque e notoriedade daquelas nesse conjunto.

3.1 A contextualização doutrinária do regulador independente

Alvo de agudas críticas e defesas ardorosas, o tema ente independente, acompanhando a trilha conflituosa que a regulação percorre, oportuniza variadas reflexões entre os Sábios, tornando-o instigante e desafiador, mas, sobretudo, inarredável, mormente se considerada sua relevância no cenário mundial de “Estados Reguladores”¹⁸⁹.

Sabe-se que a nova forma estatal exigiu a formação de um tipo específico de ator público, responsável pelo desempenho independente, neutro e autônomo das competências regulatórias e com fulcro na especialização técnica, a saber, o ente regulador independente¹⁹⁰, isto é, uma das espécies pela qual é desempenhado o mister regulatório, diferenciando-se das demais em razão de sua natureza pública, por ser integrante do Estado, mas gozando de independência, pertinentemente ao poder central, como vaticina Majone:

Entre as conseqüências estruturais mais óbvias da mudança para um modo regulador de governança, figura a ascensão de uma nova classe de agências especializadas e de comissões que operam autonomamente em relação ao governo central.¹⁹¹

Desta feita, a atividade desenvolvida num Estado Regulador imprescinde da atuação de elemento independente (o que não significa ser soberano¹⁹²) na manutenção, desempenho e ratificação do ideário regulatório, o qual, neste estudo, é denominado de ente regulador independente.

Sendo assim, entendem-se por entes reguladores as “autoridades administrativas com acentuado grau de autonomia em relação ao Poder Executivo Central”¹⁹³, com a tarefa de acompanhar, monitorar, aplicar e fiscalizar o cumprimento do desenho estatal regulatório, intervindo nos conflitos existentes, conforme entende Elisabetta Bani:

¹⁸⁹ “Independent regulatory agencies (IRAs) are the main institutional characteristic of the regulatory state, and constitute a major institutional change in regulation” (GILARDI, Fabrizio, 2008, op. cit., p. 21).

¹⁹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit.

¹⁹¹ MAJONE, Giandomenico, 1999, op. cit., p. 19. Mantida a grafia original.

¹⁹² Utilizando o vocábulo *autonomy* como sinônimo da soberania aqui expressada, manifesta-se Tony Prosser: “Independence is clearly different from autonomy, thus all regulators examined in this book claimed to be independent, but none were autonomous in the sense of being able to develop on their own the regulatory context in which they work” (PROSSER, Tony, 2010, op. cit., p. 224).

¹⁹³ BINENBOJM, Gustavo, 2006, op. cit., p. 240.

*Il fenomeno, emerso nell'esperienze più recente, delle c. d. autorità amministrative indipendenti, dotate o meno di personalità giuridica, costituite dalla legge per governare determinati settori di amministrazione in senso sostanziale, secondo moduli organizzativi e funzionali del tutto svincolati da qualsiasi relazione con l'organizzazione ministeriale.*¹⁹⁴

Estribado em Mark Thatcher e Alec Stone Sweet, o Professor Fabrizio Gilardi assevera que os entes independentes “*can be defined as public organizations with regulatory powers that are neither elected by the people, nor directly managed by elected officials*”.^{195_196}

Como é perceptível, falar-se em regulador estatal significa mencionar o ator público, apartado da ingerência político-governamental central, responsável pela implementação das práticas regulatórias eleitas pelo Poder Público, agindo com fulcro em sua *expertise*.

No tocante a sua fundamentação teórica existencial, ainda persiste o questionamento sobre as razões pelas quais o ente regulador é a escolha institucional para efetivação do Estado Regulador, debate sobre o qual inúmeros Autores se dedicam.

Os pluricitados Catedráticos lusitanos Moreira e Maçãs apontam a necessidade de separar o regulador do Poder Central como argumento basilar a essa distinção, situação a que eles denominam de desgovernamentalização, medida relevante a ser adotada tanto nas hipóteses remanescentes de atuação estatal como sujeito econômico, para que haja a manutenção da paridade de armas, ou seja, o equilíbrio entre os agentes econômicos público e privado, quanto naquelas em que o aparte do Poder Público central é garantia da especialização necessária no agir do ente independente, a imprimir qualidade técnica nas decisões regulatórias, colimando eficiência¹⁹⁷, ideia que se aproxima do entendimento esposado pelo Professor Marcos Augusto Perez¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da Teoria dos Ordenamentos Setoriais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 13, abr./mai. 2002. p. 30. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-ALEXANDRE%20ARAG%C3O.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

¹⁹⁵ GILARDI, Fabrizio, 2008, op. cit., p. 21-22.

¹⁹⁶ A questão da legitimação democrática, dada a origem não eleitoral do regulador estatal, é celeumática, e receberá abordagem específica no item vindouro.

¹⁹⁷ MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda, 2003, op. cit.

¹⁹⁸ “A idéia que presidiu a criação dessas entidades fora dotar o Estado de órgãos que possuíssem agilidade, especialidade e conhecimento técnico suficientes para o direcionamento de determinados setores da atividade econômica, segmentos estes que

De outra banda, o outrora mencionado Professor da Universidade de Zurique indica 03 elementos distintos para justificar a existência do regulador estatal, que seriam a credibilidade na atuação, a incerteza política no agir estatal e a existência do *veto player*:

First, in some contexts successful regulation requires policy makers to be able to credibly commit to a given course of action. Delegation to an independent authority can be a means of making regulation more consistent over time, more credible, and therefore, under some circumstances, able to achieve its goals. Second, policy choices are inherently unstable in democratic countries, since policy makers remain in power only for a limited amount of time, and their successors have the possibility of passing new decisions. Delegations to independent agencies can be a means of countering this problem: if regulation is insulated from political control, both current and future policy makers will be unable to influence it directly. Third, political institutions matter. Policy change is more difficult if many actors have to give their consent. In this case, policies will be more stable over time, and thus more credible in the eyes of private actors and less vulnerable to alternation in government.¹⁹⁹

Inobstante a divergência singelamente exposta, convergem as explicações acerca dos fundamentos causais da criação do ente independente para o mote da imprescindibilidade do afastamento do agente do desempenho regulatório do núcleo do Poder Público, como medida garantidora de qualidade da regulação, em razão de sua autonomia e *know how*, ainda que sejam colacionados modelos de entes reguladores sem personalidade jurídica, como se constata no cenário francês, a ser desbravado oportunamente.

Outrossim, em sua natureza estatal, seja na feição de órgão, seja como entidade, questão a ser vista em breve, o ente independente, enquanto “modelo institucional adotado para o controlo das prestações [regulatórias]”²⁰⁰, atua para cumprimento e exercício do mister regulatório, com fundamento na “sua qualidade como *expertise*, na discricionariedade profissional, na coerência de *policy*, na equidade e na independência decisória”²⁰¹, como prelecionam os Mestres itálicos, na obra clássica *Lo Stato Regolatore*.

Ato contínuo, impende registrar o apontamento dos Estudiosos, num consenso atípico, sobre a divisão dos entes independentes em 02 grupos,

representariam uma fonte de constantes problemas sociais” (apud MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2000, op. cit., p. 84. Mantida a grafia original).

¹⁹⁹ GILARDI, Fabrizio, 2008, op. cit., p. 26-27.

²⁰⁰ MONCADA, Luís Solano Cabral de, 2003, op. cit., p. 45. Acréscimos nossos.

²⁰¹ Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2001, op. cit., p. 1049.

concernentemente às respectivas áreas de atuação, principalmente nos denominados “sistemas administrativos fechados”²⁰², a saber, os que estão incumbidos do exercício regulatório da 2ª onda (de conteúdo social, como entende Justen Filho²⁰³), fulcrados na defesa do interesse público, e o outro tipo dos que se dedicam à regulação econômica, centrados na eficiência.²⁰⁴

Entrementes, em quaisquer dos nichos de atuação, observa-se a existência de infinitas peculiaridades, construídas em cada nacionalidade, transmutadas pelas próprias experiências internas e pelas elucubrações dos Doutos, embora os entes reguladores internacionais remontem a um início comum, contradição de cunho superficial e oriunda de análise perfunctória.

Mencionou-se precedentemente que o registro histórico mais remoto de regulador independente se encontra na Inglaterra, com o sistema *board system*, no século 17²⁰⁵, o qual sofreu incontáveis transformações desde então, em que pese a percepção mais longínqua deles pelo Professor Aragão, além da também pontuada experiência alemã. Da mesma forma, foi alertado que cabe aos EUA a autoria do modelo atual de ente independente, com a criação da *Interstate Commerce Commission (ICC)*, em 1887.²⁰⁶⁻²⁰⁷

A partir da *ICC*, delineou-se a regulação estatal na Economia, sem a ingerência do Governo no setor produtivo, distanciado da administração federal, em razão da independência caracterizante, respaldado no equilíbrio das forças políticas dominantes, desenho que ganhou adeptos mundiais:

A opção por um sistema de entes com independência em relação ao Executivo para desempenhar as diversas missões regulatórias é uma espécie de medida cautelar contra a concentração de poderes nas mãos do Estado, inevitável nos contextos intervencionistas. A nova

²⁰² “Os ‘sistemas administrativos fechados’, por contraste com os ‘sistemas administrativos abertos’ anglo-saxônicos, ‘mais acolhedor[es] de estruturas administrativas não integradas no poder executivo *stricto sensu*’” (CALVETE, Victor J. **Entidades administrativas independentes: smoke & mirrors**. p. 11, nota 23. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1008&context=victor_calvete>. Acesso em 24 mar. 2014. Grifos do original. Acréscimos nossos).

²⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit.

²⁰⁴ CALVETE, Victor J., 2014, op. cit.

²⁰⁵ É característica da organização dos poderes públicos britânicos a existência de organismos públicos dotados de autonomia destacada (MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit.).

²⁰⁶ Com base na lição de Angel Manuel Moreno Molina, assevera Moreira Neto que os registros históricos norte-americanos apontam a existência do *Steamboat Inspection Service*, no ano de 1837, para a navegação fluvial a vapor (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2006, op. cit.).

²⁰⁷ O estudo do ente regulador estadunidense será efetivado em capítulo apartado, conjuntamente com a análise do regulador independente francês.

realidade da vida exige que o Estado interfira mais na economia? Pois bem, que se lhe reconheçam funções de regulador, mas sem somá-las a todos os vastos poderes de que o Executivo já dispunha. Daí a reivindicação, forte especialmente entre as empresas sujeitas a regulação – ou de organizações não-governamentais, em relação, por exemplo, à regulação ambiental –, de que o regulador não seja o Executivo, mas um ente com toda a autonomia possível.²⁰⁸

Sendo assim, tal arranjo se projetou para a Europa (Inglaterra, França, Itália, Espanha, Portugal, entre outros) e para a Argentina, Brasil, Canadá, etc²⁰⁹, sofrendo as indispensáveis adaptações político-institucionais, para construção de seus perfis locais, ainda que em todos os países predomine, de forma pacífica, a vertente condutora que se expressa na “concepção de que as competências regulatórias não podem ser mantidas na órbita das estruturas estatais tradicionais”²¹⁰.

Pontue-se, brevemente, o papel da União Europeia na disseminação do ente regulador, e da regulação estatal, pois, mesmo não sendo novidade, salvo exceções, tal figura se realçou quando o “direito comunitário passou a regular a maior parte das relações econômicas e referentes à prestação dos serviços públicos nos países integrantes da União Europeia”^{211, 212}.

Nada obstante essa origem comum, inexistente construção teórica única concernente ao ente regulador, isto é, não há um modelo teórico instituído sobre ele, em razão dos múltiplos vetores que influenciam a formação e atuação de tal figura, o que se revela, inclusive, na sua própria denominação.

Neste aspecto destacado, em sua disseminação nos variados Estados Reguladores, o ente independente ostenta diversidade de nomenclatura, de acordo com o país e com o formato assumido nele, como fora alertado nas linhas iniciais deste capítulo.

A guisa de exemplo, vê-se que, no Reino Unido, os reguladores são chamados de *quasi autonomous non governmental organisations* (QUANGOS) ou *non-departmental public bodies* (NDPB's); nos EUA, de

²⁰⁸ SUNDFELD, Carlos Ari, 2000, op. cit., p. 25.

²⁰⁹ Com lastro nos apontamentos de MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit.; JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit.; CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Agências reguladoras no Direito Administrativo brasileiro**. Recife: tese para professor titular de Direito Administrativo pela UFPE, 1999; ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2005, op. cit.

²¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit., p. 51.

²¹¹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira, 2003, op. cit., p. 74.

²¹² O interesse na relação entre a evolução do direito comunitário e o desenvolvimento do Estado Regulador pode ser atendido, dentre outras, pelo estudo da famosa obra de Justen Filho (O Direito das agências reguladoras independentes), op. cit., aqui multireferenciada.

independent regulatory agencies (ou *commissions*) ou simplesmente *agencies* (ou *commissions*); na França, de *autorités administratives indépendantes* (AAI's); na Espanha, de *autoridades independientes*; na Alemanha, de *funktionale selbstverwaltungsträgern*; na Itália, de *autorità indipendenti*; em Portugal, de autoridades administrativas independentes; na Suécia e Finlândia, de *ambetsverk*; na Argentina, de *entes reguladores autónomos* ou *independientes*; no Canadá, de *régies*; no Brasil, de agências reguladoras²¹³.

No tocante à natureza jurídica deles, tal qual fora pincelado, vê-se que há entes reguladores que, no caso francês, sequer são dotados de personalidade jurídica, embora majoritariamente os Estados alberguem reguladores com personalidade jurídica. Assim, as AAI's são meros órgãos, enquanto noutros países, como, *v.g.*, EUA, Espanha e Reino Unido, o regulador estatal se trata de entidade personificada²¹⁴, o que se repete aqui.

A despeito de tais divergências, sucintamente expostas, é possível identificar um regulador estatal ante a verificação de seus elementos essenciais, assim considerados seu objeto (desempenho da atividade regulatória estatal), sua natureza (pública administrativa) e suas características (independência e especialização técnica), como destaca Moncada:

A actual intervenção económica generalizada do Estado imprimiu um nítido carácter técnico às autoridades que a levam a cabo. (...) Efectivamente, os órgãos técnicos são independentes, na sua maioria, da Administração Central. (...) A autonomia da decisão política não está em causa, mas o peso dos pareceres técnicos no seio destes órgãos (técnicos) de planeamento, coordenação e apoio geral faz-se sentir cada vez mais, ao ritmo das novas exigências de legitimação (técnica) das decisões legislativas e administrativas. (...) a nova organização económica do Estado é, por outro lado, uma organização pluralista ou mista, contando com a presença, cada vez mais acentuada, de órgãos técnicos de composição variada, que se vêem assim associados ao desempenho das tarefas que se propõe a moderna Administração, ao mesmo tempo que lhe conferem a legitimidade e a eficácia do seu saber especializado.²¹⁵

Quanto ao seu objeto, cabe ao ente independente o desempenho de um amplo e complexo conjunto de competências de viés regulatório, para indireta intervenção na Economia, de repercussão social, com vistas ao cumprimento do novo desenho de governança eleito pelo Estado.

²¹³ O estudo das agências reguladoras brasileiras será efetivado em tópico apartado.

²¹⁴ MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, *op. cit.*

²¹⁵ MONCADA, Luís Solano Cabral de, 2003, *op. cit.*, p. 82-83.

No que pertine a sua natureza, é impossível dissociar o regulador independente do universo do Poder Público, por ser integrante da estrutura estatal, e também por estar ele adstrito às políticas públicas fixadas pela Administração central, o que não significa sujeição hierárquica a ela, em razão da independência que lhe tipifica, como se verá.²¹⁶ Por essa natureza pública, ainda que apartada, exige-se dele transparência e imparcialidade nos procedimentos e responsabilização (*accountability*) pelas decisões adotadas.

Por ser atributo típico da atividade pública contemporânea, a transparência no agir regulatório se revela no acesso e participação do cidadão no processo decisório, já que “clareza, publicidade e avaliação pelo público das opiniões dos especialistas (...) são essenciais”²¹⁷.

Já a imparcialidade redundando no equilíbrio dos interesses envolvidos, sem preferências ou prejuízos a quem quer que seja, com foco exclusivo no atendimento das políticas públicas, o que não implica em prevalência do interesse público em detrimento do privado, mas sim coexistência de interesses, medida promotora de credibilidade social do ente regulador.²¹⁸

Pela *accountability*, isto é, responsabilização pelos atos praticados com a devida prestação de contas, o regulador estatal, mesmo independente, deve sujeitar seus resultados, procedimentos e ações ao controle social, pois:

*Governments are 'accountable' if citizens can discern representative from unrepresentative governments and can sanction them appropriately, retaining in office those incumbents who perform well and ousting from office those who do not.*²¹⁹

Por fim, têm-se as características do ente independente, advertindo-se, de logo, que a fixação delas não se presta ao serviço de criação de moldura a enquadrar todos os entes, de todas nacionalidades, ato ilógico e mesmo impossível, em razão de suas peculiaridades, ainda que considerados em igual

²¹⁶ Essa vinculação do regulador estatal às políticas públicas é questão crucial ao tema em desenvolvimento, pelo que será enfrentada com merecido empenho no futuro.

²¹⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 165.

²¹⁸ Há Autores que equiparam imparcialidade e neutralidade, entendimento com o qual, com a devida vênia, não se concorda, como justificado nesta pesquisa.

²¹⁹ Apud PRADO, Mariana Mota. *Accountability mismatch: as agências reguladoras independentes e o Governo Lula*. In: BINENBOJM, Gustavo (Coor.). **Agências reguladoras e Democracia: direitos fundamentais, Democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 225, nota 1.

tempo e espaço, por sua heterogeneidade. Propõe-se aqui a identificação de amplíssimo perfil, cujas variações se desdobram ao infinito, ante a necessidade de cada regulador estatal, em cada setor, país e cenário histórico²²⁰, sem olvidar o recorrente alerta sobre a antecipadamente mencionada inconsonância doutrinária pendente sobre tal questão.

Se, por um lado, é inquestionável, entre os Doutos, que a independência seja o traço mais enfático do regulador estatal, ínsito mesmo a seu encargo existencial, a ponto de ser adjetivado como independente, de outra banda, os critérios identificadores do ente estatal estão imersos nas controvérsias habituais da temática em estudo.

Para Moreira e Maçãs, além da independência, a neutralidade política é vista como característica do ente regulador²²¹. Guillermo Muñoz sustenta que independência e neutralidade são sinônimas²²². Marques Neto afirma ser a neutralidade um aspecto da independência²²³. Já Aragão fixa como características as condições ao seu exercício independente, *v.g.*, restrição à exoneração de seus dirigentes existência de poderes disciplinares e regulamentadores²²⁴. E Moreira Neto vê a independência como caractere único do ente regulador, mas que se divide em autonomia, relacionada à autodeterminação, e imparcialidade, significativa da neutralidade²²⁵.

Como se antecipou, entende-se aqui como características do ente regulador a independência e a tecnicidade, por ser basilar à figura em destaque, de um lado, o distanciamento dela da Administração central, o que se efetiva mediante autonomia e neutralidade política, com reforço, de outra banda, na especialização dos procedimentos e decisões, mas tudo em atenção às já mencionadas políticas públicas, questão a ser oportunamente debatida.

Enquanto requisito inafastável, e considerando a acentuada, ainda que não exclusiva, vinculação do sucesso regulatório a sua concretização (já que múltiplas são as causas das falhas regulatórias, como será visto), a independência é tida como a ausência de sujeição à autoridade ou orientação

²²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit.

²²¹ MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda, 2003, op. cit.

²²² MUÑOZ, Guillermo. Os entes reguladores como instrumento de controle dos serviços públicos no Direito Comparado. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coor.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 140-158.

²²³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2000, op. cit.

²²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2005, op. cit.

²²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2006, op. cit.

de outra entidade político-administrativa, condição que, pelas perspectivas interna (orgânica e/ou funcional) e externa (desvinculação dos regulados), busca assegurar autonomia e neutralidade política²²⁶ no agir do regulador.

Acerca dessa independência, o ex-Presidente da Corte Constitucional italiana Francesco Paolo Casavola assevera que, em consonância com Moreira e Maçãs²²⁷ e Ortiz e De La Cuétera²²⁸, dentre outros:

Um Estado que esteja dentro, não à frente, dos processos sociais deve encontrar instrumentos que sejam independentes dos poderes originários e constitutivos da estatalidade – o Governo e o Parlamento. E deve encontrar pessoas eticamente independentes que não tenham ideologia ou interesse como parte nos processos sociais.²²⁹

Da lição se extrai que a independência representa a equidistância do ente regulador para com o Poder Público e regulados, a minimizar as pressões externas e alheias, garantindo-lhe autonomia (quanto à autodeterminação funcional) e neutralidade política (quanto aos interesses motivadores de suas ações), mesmo que seus titulares sejam oriundos ou indicados do poder estatal ou do setor econômico, profissional ou social, materializando-se nas questões decisórias, financeiras, instrumentalizadoras e finalísticas.

Referentemente à especialização técnica, a segunda e última característica do regulador estatal, conforme entendimento aqui esposado, deve-se ter em conta que, para garantir sua satisfatória efetivação, a execução da tarefa regulatória fora imputada à figura apartada da Administração centralizada, mas, ainda assim, de natureza pública. Entrementes, relevante era que tal atribuição fosse confiada a quem pudesse exercer tal mister com a eficiência ansiada, motivo pelo qual foi eleito o critério da tecnicidade, também chamada de competência técnica regulatória, como preconiza Aragão:

A necessária especialização técnica destes aparatos administrativos setoriais fez com que adquirissem poder decisório nas matérias de sua competência, que, a partir de então, foram retiradas do âmbito competencial do poder estatal central.²³⁰

²²⁶ Pelo valor assaz dilatado da neutralidade política do ente regulador para a esta investigação, reservou-se capítulo apartado para seu estudo.

²²⁷ MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda, 2003, op. cit., p. 257-258. Grifos do original.

²²⁸ ORTIZ, Gaspar Ariño; DE LA CUÉTERA, Juan Miguel, 2000, op. cit., p. 20.

²²⁹ Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2005, op. cit., p. 217.

²³⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2002, op. cit., p. 11.

O fulcro técnico não representa absentismo da influência política no agir regulatório, já que, como se afirmou, e será esmiuçado oportunamente, a diretriz regulatória é a das políticas públicas, efetivadas pela melhor técnica.

Assim, a partir da eleição da *expertise* como alicerce do processo regulatório, a tomada de decisão do regulador se fundamenta em escolha técnica, e não meramente política (partidária, notadamente), opção que enseja severo rechaço por parte de quem vislumbra nesse cenário a fragilização democrática do ente regulador, questão a ser debatida mais a frente.

Destarte, aliando *know how* (para que o elevado grau de preparo técnico-científico dos integrantes do regulador alcance com excelência a finalidade proposta), despolitização (a garantir que a tomada de decisão se fulcre na técnica, e não em eventuais interesses políticos) e autodeterminação (imunizando o desempenho regulatório à intervenção externa indevida), tem-se a adequada atuação do ente regulador.

Esboçou-se aqui o ambiente teórico do ente independente, a partir dos cortes metodológicos considerados adequados ao estudo em andamento, que desnuda a instabilidade que grassa no cenário regulatório, enfadonhamente repetida e de insistente aparição neste trabalho, mas de relato inafastável, em face da verdade factual que não se pode dissimular.

Se, de um lado, o regulador independente é imprescindível para as novas arquiteturas estatais, em razão dos motivos elencados neste tópico, por outro, vê-se que as divagações teóricas, assaz conflitantes, que margeiam a temática, geram variações compreensivas de monta, acrescentando-se a isso as particularidades existentes e promotoras de incontáveis modelos, pela necessidade de adaptação jurídica e social ao palco de atuação, sob pena de fiasco existencial, como se buscou destacar nessa estreita abordagem.²³¹

Por isso, a queixa da teoria *in fieri*, feita ao Estado Regulador, aqui se replica, face à natural diversidade de perfis do regulador, conquanto seja possível tracejar suas linhas características, a saber, independência e tecnicidade, questão, repita-se, envolta em controvérsia, como fora visto.

E quanto às críticas, que não foram mencionadas? Inexistentes, por ventura? Tão veementes são elas, notadamente a que se refere à relação entre

²³¹ Lembra-se que, em consonância com o que foi proposto no sumário, volver-se-á no futuro a um estudo dos cenários francês e estadunidense.

o regulador estatal e a Democracia, que o item vindouro sobre o tema se debruçará, arrumação metodológica que se faz, levando-se em conta a problematização deste trabalho.

3.2 O debate acerca da legitimação democrática do ente regulador

Desde o capítulo anterior, dedicado à investigação da regulação estatal e do Estado Regulador, ponto nevrálgico tem tido seu enfrentamento adremente postergado, a saber, o debate sobre a fragilidade democrática da tese regulatória, mazela que se projeta no ente regulador independente.

A celeuma doutrinária referente ao questionamento democrático da regulação e de seu agente instrumentalizador assume contornos superlativos, em face da gravidade da acusação, que se estriba na abissal dissolução entre regulação e Democracia, promovendo discórdia inclusive entre os defensores do ideário, quando da oferta de argumento a se opor a tal crudelíssima afirmação, por se considerar que a pecha de antidemocrática causaria a ruína da regulação estatal e de todos os elementos que a circunda, o que não significa que as demais objeções se revelem indignas de estudo detalhado.

A opção de desbravar tal campo, sabidamente árido, em detrimento de outras querelas, e apenas nesta oportunidade, funda-se no problema sobre o qual se debruça esta dissertação, que clama pela perquirição de temáticas que lhe são intrinsecamente correlatas, figurando, crer-se, a legitimação democrática do regulador independente como uma delas, motivo pelo qual se realiza apartada sondagem, além de, ao se tratar da (i)legitimidade democrática do regulador independente, invariavelmente se analisa a existência ou não do viés democrático na própria regulação estatal.

Justificações apresentadas, ainda deve ser prévia e perfunctoriamente dito sobre algumas outras censuras dos Doutos ao ente regulador, cuja existência foi supra-alertada, pois não é apenas a imputação de antidemocrático que pesa sobre o regulador estatal, como se isso não fosse grave o bastante! Ele igualmente é acusado, dentre outros, de lesão aos Princípios da Legalidade e da Separação dos Poderes, desconfiança que reforça a alegação de ferimento à Democracia.

Quanto ao Princípio da Legalidade, o discurso inquisitório se fundamenta na autonomia dos entes reguladores, o que causaria uma fissura mortal entre os atos legislativos e os atos administrativos, em razão da competência normativa a eles conferida, a causar deslegalização.²³²

E no que se refere ao Princípio da Separação dos Poderes, tem-se a pecha de que o ente independente agride a “proibição de delegação indiscriminada e de concentração em apenas um dos três ‘departamentos’ da essência do poder estatal”²³³, acusando-o de ser o Quarto Poder, além de se revelar fugitivo à Teoria do *Checks and Balances* ou Doutrina dos Freios e Contrapesos, visto não se operarem os controles ancilares do Executivo e do Legislativo, em relação aos seus atos e resultados.

Ora, enfrentar a legitimidade democrática do regulador estatal trará, obliquamente, luzes às discussões *supra*, ante a adoção transnacional do Estado Democrático de Direito, modelo em que tais ideias confluem²³⁴.

Feitas tais considerações, ainda que de relance, ato contínuo, foca-se doravante no enfrentamento da questão-título deste tópico.

O Estado Regulador, conjuntamente com seus atores, na visão dos Autores que sustentam sua legitimidade, perfila-se ao ideário da Democracia (como também aos da Legalidade e da Separação de Poderes, registre-se!), afirmação que provoca violenta reação nos Doutos de entendimento contrário.

Quanto a essa nova dissensão teórica, os amiúde declinados Moreira e Maçãs ponderam, com fulcro no ambiente português, que:

Se as *IRC* americanas ou os *Quangos* ingleses constituem um fenómeno normal nos respectivos sistemas (mas mesmo aí está longe de ser pacífica sua legitimidade política e constitucional), nos regimes administrativos de tipo continental, como o nosso, as AAI representam uma espécie de corpo estranho.²³⁵

Em verdade, o embate aqui noticiado é travado ao derredor da seguinte indagação: há espaço para os entes reguladores independentes (e, no fundo, para a própria regulação) num palco estatal democrático?

²³² BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e Democracia no Brasil. In: _____ (Coor.). **Agências reguladoras e Democracia**: direitos fundamentais, Democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 89-110.

²³³ GOMES, Joaquim B. Barbosa, 2006, op. cit, p. 41. Grifos do original.

²³⁴ CUÉLLAR, Leila, 2001, op. cit.

²³⁵ MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda, 2003, op. cit., p. 42. Grifos do original.

Contudo, julga-se que, antecedendo a inquietante pergunta acima destacada, há outra não menos enervante, e que capitaneia a busca pela resposta anterior, a saber, o que é Democracia?²³⁶

Consoante lição do saudoso Bobbio, entende-se por Democracia “um método ou um conjunto de regras de procedimento para a constituição de Governo e para a formação das decisões políticas (ou seja das decisões que abrangem a toda a comunidade) mais do que uma determinada ideologia”²³⁷.

Nessa perspectiva formal, ampliando-se o debate para além das contextualizações teóricas tradicionais (a clássica ou aristotélica, a medieval e a moderna ou de Maquiavel), a Democracia se revela compatível com variadas ideologias (liberal e mesmo socialista), em razão da prevalência da delimitação comportamental dos Governos, ante valores sociopolíticos, tais como resolução pacífica dos conflitos da comunidade, esgotamento possível da força institucional, alternância da representação partidária no poder, respeito às minorias, o direito do voto ao cidadão, entre outros. Desta feita, a Democracia estaria fundamentada no procedimento de tomada de decisões políticas.²³⁸

Assim, a partir de um procedimento que atendesse aos reclamos e valores sociais, o que não implica na obrigatoriedade de obediência à vontade popular, mas sim na salvaguarda dos valores e direitos fundamentais, o Governo se manifesta democraticamente, enquanto representação do poder.

Esclareça-se que, pela teoria contemporânea de Democracia, em que não se defende o aparte do povo ou de sua participação na formação da determinação política, tampouco a dissociação do Poder Político à vontade coletiva, tem-se:

Um conjunto de princípios e regras destinados tanto a assegurar a participação popular na formação da vontade política quanto propicie limites a essa participação. Uma Democracia não se configura como um sistema de organização política em que toda e qualquer decisão é produzida pela vontade do povo (ou da maioria dos seus integrantes).²³⁹

²³⁶ Impende destacar que a investigação que ora se principia, acerca da Democracia, embora a severidade temática, aqui será realizada nos limites da pesquisa em construção, o que não se coaduna com a exploração plena de relevante assunto do universo da Ciência Política.

²³⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, 1998, op. cit., p. 326.

²³⁸ *Idem, Ibidem.*

²³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Agências reguladoras e Democracia**: existe um déficit democrático na “regulação independente”? p. 3. Disponível em: <<http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf62.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

Neste mesmo sentido, e ampliando o debate para a questão da Legalidade, Comparato diz que “a legitimidade do Estado [contemporâneo] passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programaticamente”²⁴⁰, porque “as leis deixaram de expressar verdades universais, para passar a ser instrumentos da realização de políticas finalísticas”²⁴¹.

Nesta novel Democracia, contrapondo-se a de feição representativa, redesenharam-se seus contornos, a partir da relevância da participação cidadã²⁴², para efetivar o controle social, promover a responsividade política, atender à *expertise* técnica e implementar a eficiência pública, com vistas à excelência das decisões políticas concretizadoras de direitos fundamentais:

Admite-se, então, que a Democracia consiste num modo de organização do corpo político, atinente não apenas às estruturas estatais mas também aos processos decisórios vigentes. A Democracia não se restringe apenas ao princípio da eletividade para composição dos órgãos dotados de competências decisórias fundamentais, mas também apanha o modo pelo qual as decisões são produzidas. Trata-se de conceito resultante de características estruturais e funcionais e seu núcleo se relaciona com a existência de (a) mandatos eletivos temporários para os cargos políticos de maior relevância e de (b) instrumentos de garantia e controle do exercício do poder, destinados a assegurar tanto a referibilidade das decisões à vontade popular como a realização dos princípios e valores fundamentais. Essa organização do poder político estatal deve assegurar a limitação interna das competências, de modo a evitar a possibilidade de decisões arbitrárias ou resultantes de preferências subjetivas irracionais dos eventuais e temporários ocupantes de cargos e funções públicas.²⁴³

Apresentada a nova dimensão da Democracia, cuja amplitude e desdobramentos extrapolam em muito os limites desse trabalho, segue-se agora para o confronto entre ela, Estado Regulador e entes reguladores.

Fora destacado anteriormente que o questionamento acerca da legitimidade democrática do regulador independente é ponto de divergência até

²⁴⁰ Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2005, op. cit., p. 89. Acréscimos nossos.

²⁴¹ *Idem, Ibidem*, p. 90.

²⁴² Nesse novo Estado “o **indivíduo** deixa de ser um dado estatístico das democracias formais, o eleitor periódico, esquecido e abandonado nos interregnos eleitorais, para tornar-se o **centro de todo processo político**, como seu autor, ator, espectador e destinatário, valorizado em todas as suas etapas e não apenas nas campanhas políticas” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Administração Pública gerencial**. p. 39. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1998/revdireito1998B/est_adminpublica.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2014. Grifos do original).

²⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal, 2014, op. cit., p. 5.

mesmo entre os que sustentam sua verve democrática, sinalizando a profundidade da querela em foco.

De logo, pontue-se que há quem entenda inadequada essa nova delineação da Democracia, por ser a desconstrução da tese democrática e do próprio Estado, atendendo a interesses econômicos, e não jurídico-sociais, como se manifesta veementemente Gabardo²⁴⁴ e Nunes, a seguir citado:

Aqui radica, na minha ótica, a verdadeira questão colocada pelo estado regulador. Ele traz consigo a substituição do *estado democrático* por um *estado tecnocrático*, que se pretende fazer passar por um *estado neutro* (acima das classes), “governado” por pessoas competentes, que não pensam em outra coisa que não seja o *interesse público*. Só que tal “estado” tem um pecado original: *não é um estado democrático* e é mais permeável à influência dos grandes interesses privados do que o estado democrático, pela simples mas decisiva razão de que as entidades em que assenta esse tal estado tecnocrático *não prestam contas* a ninguém nem respondem politicamente pela sua ação.²⁴⁵

E ainda o mesmo Nunes, agora quanto ao ente regulador independente, vaticina longamente o que segue, com a agudeza habitual:

É por demais evidente que as autoridades reguladoras independentes vêm chamando a si parcelas importantes da *soberania*, sendo por demais evidente que essas agências exercem *funções políticas* tomam *decisões políticas*, que afetam a vida, o bem-estar e os interesses de milhões de pessoas. Mas os defensores do estado regulador insistem na nota de que as agências reguladoras independentes são *organismos técnicos, politicamente neutros, acima do estado*, pondo em relevo que “o seu *ethos* radica na neutralidade da actuação sobre o mercado através da promoção da eficiência”. (Susana TAVARES DA SILVA) Todo este esforço visa justificar o facto de elas não prestarem contas perante nenhuma entidade legitimada democraticamente nem perante o povo soberano. E só pode entender-se pela consciência que todos temos – mesmo os defensores do estado regulador – de que a prestação de contas é a pedra de toque da democracia. Sem ela, temos a *morte da política*. E temos uma *ameaça à democracia*, tal como a entendemos. Por isso contesto a legitimidade deste *poder tecnocrático* e defendo que as suas funções deveriam ser confiadas a entidades legitimadas democraticamente e politicamente responsáveis. A *política* não pode ser substituída pelo *mercado*, nem o *estado democrático* pode ser substituído por um qualquer *estado oligárquico-tecnocrático*, em nome da velha ideia liberal de que a democracia se esgota na liberdade individual e de que a liberdade só é garantida pelo mercado e só se realiza no mercado.²⁴⁶

²⁴⁴ GABARDO, Emerson, 2009, op. cit.

²⁴⁵ NUNES, António Avelãs, 2014, op. cit., p. 4. Grifos do original.

²⁴⁶ *Idem, Ibidem*, p. 3-4. Grifos do original.

Já os defensores do Estado Regulador e seus entes independentes, podem ser catalogados 02 grupos distintos, a saber, o que identifica a fragilidade democrática na regulação estatal, mas justifica a manutenção do ideário regulatório nos Estados Democráticos, sob os alicerces de uma novel legitimação; e o outro grupo que postula o atrelamento da regulação estatal com a Democracia, pela existência de diversas vias de legitimação.

Entre os insertos no 1º grupo, mesmo reconhecendo o déficit democrático do ente regulador, face à ideia tradicional de Democracia, pois a “independência em relação ao Governo significa independência face ao parlamento e, por conseguinte, corte da relação de legitimidade democrática”²⁴⁷, tal falha é corrigível pela procedimentalização, atual dimensão da legitimação democrática, fundamentada na Democracia procedimental:

Uma legitimação que reside na capacidade própria destas entidades de ‘mediatização’ entre interesses que não são definidos nem susceptíveis de serem definidos pelo executivo, mas só e exclusivamente através da sua actividade. Elementos fundamentais dessa legitimação encontram-se na transparência e visibilidade da sua actuação, e na capacidade de assegurar a informação e a participação dos interessados, o que exige a procedimentalização das suas decisões.²⁴⁸

Apresentando variações do argumento citado, tem-se o 2º grupo, a negar qualquer traço de mácula democrática na regulação estatal, diferindo esta daquela pelo inicial acolhimento democrático, como sustenta Gordillo:

...“se exige una autoridad reguladora dotada al mismo tiempo de preparación técnica, independencia política y legitimación democrática.”La legitimación democrática, en el caso, viene del sistema de designación, que debe serlo por concurso, pues es sabido que hoy en día la democracia no es sólo una forma de acceder al poder sino también una forma de ejercerlo.²⁴⁹

À margem dessa diferença, quanto à origem democrática do regulador estatal, a procedimentalização é igualmente sustentando por parte dos Autores desse nicho, nos moldes acima descritos, conforme defende

²⁴⁷ MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda, 2003, op. cit., p. 46.

²⁴⁸ *Idem, Ibidem*, p. 47. Grifos do original.

²⁴⁹ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**. Tomo 1: Parte general. 1. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013. p. XV-7. Grifos do original. Disponível em: <<http://www.gordillo.com/tomo1.html>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

Moreira Neto²⁵⁰, diferindo quanto a sua colocação no problema, já que, por ele, ela é fundamento da legitimação, enquanto que, para anterior, ela é entendida como medida corretiva da ilegitimidade congênita do ente independente.

Por fim, inclui-se nesse estrato Justen Filho, a vislumbrar na regulação estatal o clamor de renovação do sistema democrático, o que o consolidou como “conjugação de estruturas e processos decisórios complexos”²⁵¹, a propiciar variados caminhos para a concreção da Democracia, para muito além da eletividade dos cargos políticos e decisórios e da procedimentalização (que não pode ser vista como a nova Democracia), por força da relevância das decisões a serem tomadas. Noutras palavras, a reunião dos aspectos estruturais e funcionais do Poder Político reorganizou o desenho democrático, para o atendimento dos princípios e valores fundamentais. E, a partir disso, urge o transmutar da Democracia, em face do fracasso anterior, dando azo ao aparecimento da regulação e seus entes, o que amplia, via de consequência, a noção de Separação de Poderes e Legalidade.²⁵²

De fato, mostra-se racional a justificação teórica acima descrita, a redimensionar (ou reler) a Democracia, diante de um cenário em que o próprio Estado muda de feição e de finalidades, como se viu no capítulo 2, e, nesse momento de Estado Regulador, em que o ente estatal se investe de função ímpar, perseguindo fins de concreta impactação econômica e social, nada extravagante seria estender à Democracia a mesma possibilidade de redesenho, promovendo a união dela ao novo perfil estatal, e não o divórcio alardeado pelos críticos.

Em síntese, sustenta-se que não há que se falar em déficit democrático do Estado Regulador, face ao novo desenho da Democracia.

De outra banda, porém continuando a ratificar o caráter democrático do Estado Regulador e atores independentes, o Professor Justen Filho acrescenta o alerta quanto à compatível existência de múltiplos Estados Democráticos, decorrente de doutrinas e concreções variadas, tal qual se

²⁵⁰ Confira-se em MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2006, op. cit.; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2003, op. cit.; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A regulação sob a perspectiva da nova Hermenêutica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 12, nov./dez./jan., 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-12-NOVEMBRO-2007-DIOGO%20DE%20FIGUEIREDO.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

²⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal, 2014, op. cit., p. 4.

²⁵² *Idem, Ibidem.*

processa com a já mencionada existência de diversidade de modelos de Estados Reguladores, formatados a partir de suas experiências particulares²⁵³, pensamento que comungam Przeworski, Stokes e Manin, em obra que dissecar a relação entre a Democracia, a representação e a eletividade, quando afirmam que “*Democracies are not all the same...*”²⁵⁴, e também a Professora Fernandes:

A compreensão da autora [ela própria] é a de que a democracia é conceito ambíguo, “sempre imperfeito”, de que não é possível um modelo único perfeito de democracia, “mas democracias mais ou menos autênticas”, porquanto, embora sempre contraposta à concentração estatal e a estruturas totalitárias, a democracia, por seu relativismo, por sua diversidade, por sua multiplicidade, pode ter efeito fragmentador. Por conseguinte, a democracia deveria estar em constante processo de reconstrução.²⁵⁵

Inobstante as inelutáveis mudanças democráticas havidas no Estado contemporâneo, grassa no cenário regulatório mundial a diversidade de enfrentamento da democratização do regulador independente, conforme relato da literatura nacional e estrangeira e aqui exemplificativamente apontada.

Noticia Martínez, em obra já referenciada, que os países-objeto de sua investigação, a saber, EUA, Reino Unido, França, Espanha e Alemanha, têm buscado a promoção do reforço da legitimidade democrática do ente regulador, tendo em vista que tal deficiência é constantemente questionada, quando não unanimemente reconhecida (como se passa nas terras germanas), queixa que se fulcra no argumento de insuficiência do controle político eleito nas decisões regulatórias, cuja correção se efetiva a partir do acesso social, mediante a participação dos cidadãos em variadas etapas do agir regulatório, e da legitimidade tecnocrática a amparar as decisões do regulador, observadas as peculiaridades de cada unidade juspolítica.²⁵⁶

²⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal, 2014, op. cit.

²⁵⁴ PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard (Ed.). **Democracy, accountability and representation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 46. Disponível em: <<http://partipirate.re/doc/tresors/Democracy-Accountability-and-Representation.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

²⁵⁵ FERNANDES, Luciana Medeiros. Confrontação entre o Princípio da Legalidade e Princípio Democrático na reforma do Estado. In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco. (Coor.). **Princípio da Legalidade: da Dogmática Jurídica à teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 273. Grifos do original. Acréscimos nossos.

²⁵⁶ MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit.

Em Portugal, acirrado é o debate do possível déficit democrático da entidade administrativa independente, cuja ocorrência é quase que à unanimidade reconhecida, posto que a legitimação democrática surge da subordinação governamental, o que contraria a essência do regulador estatal, que é de caráter independente da Administração Central, escapando “*formalmente ao controlo e direcção do Governo*”²⁵⁷.

Deste lado do Atlântico, os *entes reguladores* argentinos tem sua legitimação democrática fustigada, constatando-a decorrente do sistema de designação de seus membros (“*mediante procedimientos públicos de concurso*”²⁵⁸) e sua efetivação se dá através da participação social²⁵⁹.

Já no Brasil, reproduzindo o cenário externo, é veemente entre os Doutos pátrios a discussão acerca da legitimidade democrática do regulador independente, notadamente das agências reguladoras, e, como lembra Conrado Hübner Mendes, ainda se está por escrever posição menos aguerrida, plural e divergente, quanto à (i)legitimidade democrática do regular pátrio²⁶⁰, questão sobre a qual disserta o Professor Gustavo Just:

Entretanto, o problema da legitimidade da regulação tem-se beneficiado da já antiga crise do parâmetro de legitimidade ao qual vem sendo ela mesma confrontada, isto é, a concepção representativo-eleitoral da democracia, fundamento ideológico último do princípio da legalidade, como foi lembrado no início. Como já vinha ocorrendo há algumas décadas com a jurisdição constitucional, a “defesa” da legitimidade das agências tem tentado explorar a sua possível convergência com as heterogêneas concepções pós-representativas da democracia, com seus componentes deliberativos, comunicacionais e “participativos”.²⁶¹

Nesta peleja doutrinária, para muitos Autores nacionais, a constatação de o regulador estatal ser democraticamente deficitário é decorrência natural de sua característica básica, que é a independência, condição esta que lhe garante o aparte gerencial da Administração, que subtrai

²⁵⁷ CALVETE, Victor J., 2014, op. cit., p. 3.

²⁵⁸ GORDILLO, Agustín, 2009, op. cit., p. VII-5.

²⁵⁹ *Idem*, 2013, op. cit.

²⁶⁰ MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coor.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 99-139.

²⁶¹ JUST, Gustavo. O Princípio da Legalidade administrativa: o problema da interpretação e os ideais do Direito Público. In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco. (Coor.). **Princípio da Legalidade**: da Dogmática Jurídica à teoria do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 247. Grifos do original.

desta o poder de controle sobre o ente independente, o poder normativo e autonomia reforçada²⁶². Ou seja, para tal vertente, o fato de ser independente inexoravelmente provoca a ilegitimidade democrática do ator regulatório.

Assim entende Cuéllar, por exemplo, que vislumbra a ruptura da Democracia no existir do ente regulador, ponto por ela considerado negativo, mas que, diante da inafastável importância dessa nova forma do Estado, não pode ser rechaçado, mas sim adaptado a um cenário democrático, pois “somente através de um controle mais intenso sobre as agências é que se conseguirá atenuar a ausência de legitimação democrática existente”²⁶³.

Malgrado isso, alia-se a posição em que há legitimidade democrática no ator regulatório, face às transformações que a própria Democracia suportou no curso dos anos, amadurecendo-a, fato hodiernamente percebido por muitos, mas ainda não acatado por vários:

A Constituição e o amadurecimento democrático vieram, ao longo do tempo, criando instituições e funções públicas que, se devem se articular com a atividade governamental, com ela não se confundem. (...) avanços no sentido de dotar o país de uma máquina pública profissional, estável e capacitada, livre das vicissitudes das alternâncias do poder político. Isso nada tem de antidemocrático. Muito ao contrário. Qualquer democracia desenvolvida não cogitaria de abrir mão dos seus órgãos de Estado (de seus instrumentos de Administração pública) em favor de uma vaga e indefinida legitimação democrática pela via eleitoral.²⁶⁴

E, conforme Victor Nunes Leal e Fábio Konder Comparato, continua:

Não nos parece, portanto, que seja necessariamente contrário à democracia que existam dentro do aparelho de Estado espaços públicos (órgãos públicos, se quisermos) nos quais a ingerência governamental seja restrita e sobre os quais a influência seja condicionada pela Lei. Associar a autonomia ou a imunidade de órgãos estatais da ingerência governamental direta a um processo de esvaziamento da legitimidade democrática do governante (ou como dizem alguns mais empolgados de “fraude contra o povo”) implicaria em pressupor que só haveria Democracia se o governante pudesse, ato contínuo à assunção do mandato, dispor de toda a máquina pública (cargos, rotinas, políticas, procedimentos e atos) como se sobre ela assumisse o domínio pleno.²⁶⁵

²⁶² Sobre tais características dos entes reguladores nacionais, e outros aspectos que lhes são específicos, se debruçará o item que se aproxima.

²⁶³ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 145.

²⁶⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit., p. 82.

²⁶⁵ Apud *Idem*, *Ibidem*, p. 83. Grifos do original.

Assim, teceram-se nesta oportunidade considerações acerca do panorama teórico da validade democrática do ente regulador, as quais se atrelam à investigação em andamento, não sendo desgastante enfatizar a vastidão temática, em confronto com a sucinta abordagem empreendida, mas tudo em atenção ao corte metodológico proposto.

Outra vez restou evidenciada a divergência reinante entre os Doutos, presentemente quanto ao enquadramento do ente regulador no Princípio Democrático, debate que se projeta no próprio ideário regulatório, já que cada aspecto dele é palco de profundas dissensões.

A partir da evidência de que teses e teorias, como a Democracia, sofrem um processo natural de maturação ou metamorfose, cuja aceitação enfrenta resistência doutrinária, inobstante sua inegável ocorrência, defende-se a inocorrência de comprometimento democrático do regulador²⁶⁶, pois a regulação é “um dos mais nítidos prenúncios da passagem juspolítica de uma *democracia da representação* para uma *democracia da eficiência*”²⁶⁷.

Considerando que este capítulo é dedicado ao regulador estatal, já tendo sido esquadriada a essencialidade de tal figura e uma de suas agudas controvérsias, resta sondar o ente regulatório pátrio, o que se fará a seguir.

3.3 Os entes reguladores independentes brasileiros

Nesse derradeiro tópico, as atenções se centram na figura do regulador nacional, cujos rechaços e aplausos doutrinários têm marcado sua existência no espaço juspolítico brasileiro.

Mas antes mesmo do debruçar sobre o regulador brasileiro, é de se pontuar algumas questões precedentemente destacadas, tais como a diversidade de modelos existentes para o ente regulador no cenário mundial (o que ocasiona a carência de um perfil uniformizado e produz uma variedade de espécies transnacionais), a identificação de um regulador estatal por meio de seus elementos essenciais (objeto, natureza e características) e a polêmica

²⁶⁶ Embora a conclusão deste item, ao tema legitimação democrática do ente regulador se volverá no futuro, quando se discorrer sobre neutralidade política e sobre a relação entre políticas públicas e políticas regulatórias.

²⁶⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2003, op. cit., p. 158. Grifos do original.

correlata a um possível déficit democrático (afastada pela constatação de abalizados Autores de que a regulação estatal está inserida no ambiente democrático amadurecido e transformado).

Pois bem! O que se pretende com essa revisitação temática é fixar, desde logo, que no ambiente local o regulador independente também se apresenta em formato variado, ainda que de rol reduzido; também é sujeito a divergências, no tocante à sua identificação; e também não se encontra imune à acusação de antidemocrático, além de não se olvidar das contendas que particularmente suporta o ente regulador nativo, como, *v.g.*, quem seja ele.

Enquanto instrumento da intervenção indireta do Estado no domínio econômico, com repercussão social, o ente regulador se apresenta como a figura dotada de tecnicidade e independência no tentame de conciliar a racionalidade econômica com os imperativos sociais.

O desempenho do papel de autoridade reguladora da Administração se erigiu por ocasião da implementação da chamada Reforma de Estado (e não mera reforma do aparelho estatal), iniciada em 1995, por ocasião do 1º mandato do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, conduzida pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), na pessoa do Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira, transformação da engenharia estatal, em conformidade com o ideário regulatório e o gerencialismo na Administração Pública, como foi explanado oportunamente.

Repise-se que essa reforma, de conotação econômica, social, política e administrativa, utilizou-se da setorização, desestatização e publicização, inserindo-se o ente regulador nas 02 primeiras.

Dessarte, é lógico apontar a metade final da década de 90 como o interregno de adoção da regulação estatal no Brasil, o que culminou com o surgimento do 1º ente regulador sob essa égide reformista, que é a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), instituída por lei em 1996 (Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996) e efetivamente criada em 1997, tendo sido questionado algures se a ANEEL, que ostenta o título de 1ª agência reguladora do país e o de 1º ente independente da fase atual, poderia ser considerada o 1º ente regulador do Brasil.

E, ao se frisar isso, não se está necessariamente fazendo uma alusão restritiva à agência reguladora (AR).

É sabido o realce da AR no hodierno cenário de regulação estatal. Entrementes, o que se discute agora é a possível sinonímia entre regulador estatal e AR. Em outras palavras, exclusivamente a AR é ente regulador?

De um lado da acalorada querela, há quem sustente que, em razão da anterioridade do ator independente à reforma estatal, e mesmo por força daqueles surgidos após ela, hão de ser catalogados inúmeros entes desempenhantes de mister regulatório que não se transvestem em AR, tampouco ostentam tal nomenclatura, mas, considerando que tenham sido criados para intervir em setores específicos e funcionem como reguladores, tal condição não lhes pode ser negada.

Extensa lista é a desses entes reguladores brasileiros que não são formatados no modelo de AR, de criação remota ou mais recente, podendo ser citados, dentre outros, o Banco Central do Brasil (BACEN), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e o Conselho Monetário Nacional (CMN), pois, como entende, *v.g.*, por Justen Filho, é possível identificar a “pré-existência de entidades administrativas dotadas de características próprias das agências”²⁶⁸, sendo que as AR’s ostentam a condição de reguladores brasileiros modernos, ressaltando o Autor que tal associação não significa que sejam os entes antigos iguais às atuais AR’s, mas sim que aqueles ostentam funções próximas à ideia contemporânea de regulação, embora a incompletude do formato:

Essas inovações [jurídico-administrativas] é que fundamentam a ausência de consideração mais detida a inúmeras instituições constituídas anteriormente em nossa ordem jurídica. Algumas delas apresentam estrutura claramente equivalente à das agências independentes. No entanto, tais entidades não desempenham propriamente função regulatória. É o que se passa com o Tribunal de Contas e o Conselho de Contribuintes. Outras se evidenciam como agências reguladoras, mas sua evolução legislativa ainda de encontra em vias de configuração final e definitiva. É o que se passa especialmente com o Banco Central do Brasil e o CADE.²⁶⁹

Ainda na defesa do argumento da multiplicidade de espécies do ente regulador brasileiro, traz-se à colação o ensino de Paulo Roberto Pereira Motta:

Muito embora, para alguns, estas entidades autárquicas, entes reguladores, possam parecer um novo instituto jurídico ou uma

²⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, *op. cit.*, p. 329.

²⁶⁹ *Idem, Ibidem*, p. 338. Acréscimos nossos.

inovação em nosso ordenamento positivo, é necessário fixar que autarquias com as mesmas funções já existem no Direito Brasileiro há muito mais tempo do que se possa imaginar, e existem, concomitantemente, as funções normativas, administrativa e jurisdicional. Veja-se, por exemplo, o Banco Central – Bacen – criado pela Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (...) Na senda do Bacen, foram criados outros organismos de mesmo molde que passaram a gozar de amplas atribuições normativas, administrativas e jurisdicionais, como o Conselho Monetário Nacional – CMN – e a Comissão de Valores Mobiliários – CVM – sendo responsáveis pelo poder de polícia da moeda e pela regulação das instituições financeiras estabelecidas no Brasil.²⁷⁰

Por seu turno, a dúvida sobre a identificação em outras figuras pretéritas e/ou atuais do desempenho do mister regulatório também assalta Sundfeld, razão pela qual ele questiona se entidades como a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e o Instituto de Resseguros do Brasil (IRB) não se aproximaram do esboço típico dos entes independentes, mesmo não sendo AR.²⁷¹

Contudo, o entendimento desvinculatório da figura do ente regulador ao modelo de AR recebe forte rechaço de veneráveis Doutos, como é o caso de Aragão, que afirma que ente regulador brasileiro é unicamente a AR, e que as entidades supra-apontadas e que são anteriores à reforma de Estado dos anos 90 apenas integram a lista de entidades similares a regulador, já que naquelas são ausentes alguma de suas notas determinantes, como, por exemplo, a independência ou a competência regulatória²⁷², além de não se vislumbrar nelas a gama de caracteres para efetivo arrolamento como tal²⁷³.

Compartilhando tal percepção, Mendes afirma que categorizar os entes reguladores exige esforço intelectual acentuado, por conta de suas notas peculiaríssimas. Apesar disso, a indispensável presença das características basilares deles (que, em sua ótica, seriam a independência, o poder normativo, o poder de dirimir conflitos e a competência regulatória) determina sua inclusão como ator regulatório, o que não se passa com as autarquias integrantes do Sistema Financeiro Nacional acima apontadas, por exemplo.²⁷⁴

Mendes, porém, ressalta que a celeridade das mudanças que invadem o espaço jurídico-administrativo tem feito surgir entidades de

²⁷⁰ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira, 2003, op. cit., p. 12-13.

²⁷¹ SUNDFELD, Carlos Ari, 2000, op. cit.

²⁷² ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2005, op. cit.

²⁷³ *Idem, Ibidem.*

²⁷⁴ MENDES, Conrado Hübner, 2000, op. cit.

características inéditas e contornos legais específicos, “matizados por circunstâncias que derivam de cada setor específico”²⁷⁵, o que pode ensejar o aparecimento de entes reguladores sem serem AR’s.

Reunindo as lições de Mendes e Sundfeld, e ponderando os extremismos das correntes opostas, ventila-se a possibilidade de existência de regulador não agência, hoje e ontem, como se vê no inegável relato histórico pátrio e pelo ensino dos Mestres nacionais que se filiam a este entendimento.

Historicamente, o Brasil, antes da implantação da tese regulatória, o que, como dito à saciedade, apenas ocorreu a partir da 2ª metade da década de 90, já experienciou, desde os anos 30, a intervenção indireta na Economia, com contornos regulatórios, nada obstante a imperfeição e opacidade deles, e, conseqüentemente, produziu entes reguladores, como se vê, *v.g.*, com os já mencionados Instituto Nacional do Pinho e Instituto Nacional do Sal²⁷⁶, pois:

A experiência universal e até mesmo a brasileira (...) apresenta uma diversificadíssima gama de modelos de funções e de órgãos regulatórios que dificulta sobremaneira a tarefa de síntese sistemática, embora todos tenham em comum a preocupação finalística de exercer algum tipo de intervenção estatal leve deslegalizada nas atividades sociais e econômicas.²⁷⁷

Sinaliza a literatura local e externa, e já fora esmiuçado aqui, a dificuldade de se identificar um ente regulador, face à vastidão de modelos, formatos e desenhos que se reveste, para atendimento das necessidades da função a que se destina especificamente, e pelas injunções legais, doutrinárias e práticas que a autoridade da regulação vivencia em cada país e em cada época, o que torna impossível a fixação de uma moldura padrão para ela, devendo ser reconhecida pelos seus caracteres essenciais e pela finalidade a que se presta, questões igualmente conflitantes. Por isso, tal identificação é, além do esforço intelectual acentuado, trabalho com certo viés subjetivo²⁷⁸.

Ademais, o próprio Aragão defende, como destacado em páginas pretéritas, que a regulação estatal, num formato rudimentar e tacanho, poderia

²⁷⁵ MENDES, Conrado Hübner, 2000, *op. cit.*, p. 138.

²⁷⁶ Para afugentar a dispensável repetição vã, remete-se à nota 157, com texto do Autor Pedro Ivo Sebba Ramalho, sobre esse momento histórico brasileiro, em que são declinadas nomes e datas dos entes reguladores criados neste episódio pré-regulação estatal.

²⁷⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2003, *op. cit.*, p. 167-168.

²⁷⁸ MENDES, Conrado Hübner, 2000, *op. cit.*

ser identificada em épocas anteriores ao surgimento e implantação da tese regulatória. *Mutatis mutandi*, o que impediria que igual constatação fosse estendida à autoridade da regulação? Até porque se existia no passado regulação estatal, algo precisava instrumentalizá-la, mesmo que defectivamente. Salvo melhor juízo e com a devida vênia, negar ao ente regulador existência pretérita nessas condições poderia soar contraditório.

Sendo assim, é possível asseverar que o Brasil conhece a figura do regulador estatal em 02 momentos históricos distintos, a saber, um anterior à Reforma do Estado, ocorrida em 1995, com seus traços imprecisos e incompletos, e outro que lhe é posterior e se prolonga até os dias presentes:

Importa destacar, porém, que não necessariamente os entes incumbidos de regulação carecem de se constituir na configuração jurídica de agências. Entre nós, por exemplo, o primeiro órgão de regulação setorial criado foi o Banco Central do Brasil (por intermédio da Lei Federal nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964), embora haja na doutrina quem identifique essa primazia em outros órgãos distintos. Afirmamos isso para dizer que nem todo ente regulador se configura como uma agência. Porém, e isso é essencial, a regulação estatal, nos termos acima divisados, nelas encontra um instrumento mais apto e eficiente para seu exercício.²⁷⁹

Em que pese a longevidade da figura no palco nacional, dedica-se agora à AR, que é a moderna autoridade da regulação²⁸⁰, em razão de seu destaque no ambiente regulatório brasileiro, o que não exclui abordagem futura das outras espécies de regulador local, como se antevê no sumário.

Previamente ao estudo da AR, cabe tracejar breves linhas sobre outra entidade brasileira, próxima a ela, que é a agência executiva.

Decorrentemente da Reforma de Estado, surgiram figuras variadas no cenário brasileiro, algumas inéditas, outras apenas com modificações de terminologia. Nessa derradeira situação se insere as agências executivas.

²⁷⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit., p. 51-52.

²⁸⁰ O Administrativista Francisco Cavalcanti se contrapõe ao uso da expressão “moderna autoridade da regulação” dada às agências reguladoras, na citada lei criada da ANATEL, já que “esses dois conceitos [agência e autoridade administrativa independente] são distintos; o primeiro, de origem norte americana, sendo a ele inerente a personalidade e o segundo, de origem francesa, diferenciando-se pela falta de personalidade, embora ambos visando atender ao mesmo objetivo, regular de modo descentralizado e com relativa autonomia. Além do que, a expressão **autoridade**, no direito brasileiro refere-se ao titular do cargo, ao agente...” (CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Agências reguladoras no Direito Administrativo brasileiro**. Recife: tese para professor titular de Direito Administrativo pela UFPE, 1999. p. 118. Grifos do original. Acréscimos nossos).

Com atuação no 2º setor, que alberga as atividades privativas ou exclusivas do Estado, as agências executivas foram criadas pela Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, para revestir autarquias e fundações públicas na missão de cumprimento de plano estratégico de desenvolvimento para o setor, mediante contrato de gestão²⁸¹ celebrado entre elas e o respectivo ministério supervisor, objetivando a execução efetiva de certas atividades administrativas típicas de Estado, tendo a Doutrina local apontado como tais, *v.g.*, o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO), a Empresa Brasileiro de Correios e Telégrafos (ECT) e a Petrobrás:

Essa qualificação, que implica o reconhecimento de um regime jurídico especial para a autarquia ou fundação, tal como estabelecido nos referidos decretos [Decretos nºs 2.487 e 2.488, ambos de 02 de fevereiro de 1998], depende da celebração de contrato de gestão com o Ministério Supervisor a que a entidade se acha vinculada e da elaboração de plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade de gestão e para a redução de custos.²⁸²

Entre a agência executiva e a reguladora não há que se falar em identidade, posto díspares, apesar de pontos em comum, como a origem (ambas são importação das *agencies* estadunidenses, sendo, no caso daquela, a derivação das *executive agencies*, enquanto estas refletem as *independent regulatory agencies* ou *commissions*²⁸³) e a justificativa criacional (elas existem para viabilizar a transformação enfrentada pelo Estado brasileiro, quando do abandono da feição economicamente ativa e administrativamente burocrática, e assunção do desenho regulador e policêntrico).

Afora isso, ei-las distintas em suas finalidades e objetivos, já que, como pontuado, a agência executiva se fulcra na gestão de atividades específicas de natureza pública-estatal, através de metas de desempenho, a garantir-lhes a eficiência. Diversamente, a AR persegue o exercício regulatório, a que não se dedica à primeira.

²⁸¹ Por contrato de gestão deve ser entendido o acordo celebrado entre agências executivas e o ministério correlato, com fito de eficiência dos serviços prestados, por força do qual se estabelece a qualificação como agência executiva, a ser oficializada via decreto presidencial específico, título este que não lhe altera a natureza jurídica originária, ressaltando-se que tal documento não é de entabulação exclusiva das agências executivas, tendo em vista que as agências reguladoras e as organizações sociais (estas últimas como integrantes do 3º setor, o dos serviços não exclusivos, de natureza pública não-estatal) também o firmam.

²⁸² DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella, 1999, *op. cit.*, p. 195. Acréscimos nossos.

²⁸³ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra, 1999, *op. cit.*

Efetivada tal distinção, a qual já é conhecida, pelo que não se ousou tratar dela com a tônica da novidade, e sobre a qual, curiosamente, não incide polêmica, atinge-se o instante de perquirição da AR.

Quando do redesenho estatal, promovido pelo MARE na década de 90, por admissão da falência do modelo vigente, e ainda coexistente, posto que não totalmente excluído da *práxis* administrativa, buscou-se um modelo que atendesse aos objetivos pontuados para a nova Administração Pública, fundados no equilíbrio fiscal, conforto financeiro, eficiência dos serviços sociais oferecidos ou financiados pelo Estado, aliada a um baixo custo, alargamento e divulgação da cidadania e eficácia e efetividade do Núcleo Estratégico do Estado, pelo que se decidiu pela regulação, com desestatização. E, como mecanismo de concreção, implantou-se a AR.

Nada fácil é apresentar um conceito de AR, ante a pluralidade dos existentes e o imiscuir, ainda que inconsciente, das posições pessoais dos Doutos (o que, se não ocasiona erro, conduz à lacunosidade, a agigantar o labor). De maneira geral, o que se constata é que tendem os Autores, na definição de AR, a optar pela sua finalidade, ou natureza jurídica, ou características, mesclando no mais das vezes algumas dessas referências.

Em sendo assim, elege-se a da lavra do já citado Mestre Cavalcanti:

Pode-se afirmar que, no direito brasileiro, são Agências Reguladoras as pessoas jurídicas de direito público interno, criadas por lei (ou com processo de criação autorizado por lei, em se tratando de fundação pública), para regular, disciplinar, atividades de interesse público de relevo econômico, ou social (como saúde, telecomunicações, transportes, energia, petróleo, etc) que sejam de competência do ente político que a criou; com poderes de produção normativa relativamente amplos, submetidos aos marcos reguladores legais; cujos dirigentes sejam titulares de mandatos, assegurando-lhes relativa estabilidade, (ressalvadas hipóteses como de ruptura do contrato de gestão, prática de falta grave) e cujas investiduras, no caso das Agências Federais, estejam condicionadas a aprovação das indicações do Chefe do Executivo, pelo Senado Federal; que são dotadas de maior autonomia financeira, inclusive com receitas próprias e de gestão de pessoal, bens e serviços; regra geral submetidos seus dirigentes a contrato de gestão, como o que se pretende alcançar eficiência, elevada a princípio constitucional.²⁸⁴

Alicerçado nesta definição, envereda-se no universo da AR, na perquirição de suas nuances destacadas na lição transcrita, frisando-se que a

²⁸⁴ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra, 1999, op. cit., p. 118-119. Grifos do original.

abordagem que se fará, conquanto vasto e relevante seja o rol de critérios utilizados, não visa esmiuçar o perfil dela, o que escapa a essa investigação.

Em primeiro plano, cumpre discorrer sobre a natureza jurídica da AR, já que sê-la é “mero rótulo, e não um título jurídico”²⁸⁵. Enquadrando-se como pessoa jurídica de direito público interno, a AR tem assumido o formato de autarquia, molde jurídico que tem sido eleito unanimemente para elas desde 1996 até o presente, em que pese a possibilidade de ser fundação pública, opção, como dito, que não tem sido manejada pelo Legislador.²⁸⁶

Além da preferência legal pela autarquia, à AR autárquica tem se acrescido o termo regime especial, o que gera um debate entre os Administrativistas sobre a pertinência dessa adjetivação.

Na percepção de Motta, a qualificação de autarquia em regime especial representa o resgate da essência teórica da entidade, que necessariamente deve se fundamentar na autonomia e liberdade de gestão, pontos dela que se desgastaram no fluir dos anos, por conjunturas e interesses vários, daí o motivo pela escolha por esse formato, em detrimento de outros.²⁸⁷

Já o pensamento majoritário é o que sustenta que tal adjetivação representa um *plus* nas prerrogativas que uma autarquia ostenta naturalmente, a lhe conferir maior autonomia, embora integrem a Administração Pública, por consistir num “amálgama entre *autonomia reforçada e concentração de funções públicas*, normalmente distribuídas entre os poderes do Estado”²⁸⁸.

A autonomia, cerne da AR, é sua autodeterminação, que decorre da independência, inclusive em conformidade com as já declinadas características essenciais de um ente regulador, a se materializar na seara político-administrativa e no campo econômico-financeiro:

No tocante à autonomia político-administrativa, a legislação instituidora de cada agência prevê um conjunto de procedimentos, garantias e cautelas, dentre as quais normativamente se incluem: (i) nomeação dos diretores com lastro político (em âmbito federal, a nomeação é feita pelo Presidente da República, com aprovação do Senado); (ii) mandato fixo de três ou quatro anos e (iii) impossibilidade de demissão dos diretores, salvo falta grave apurada mediante devido processo legal. (...) No que toca à autonomia econômico-financeira, por sua vez, procura-se conferir às agências

²⁸⁵ MENDES, Conrado Hübner, 2000, op. cit., p. 103.

²⁸⁶ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra, 1999, op. cit.

²⁸⁷ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira, 2003, op. cit.

²⁸⁸ BINENBOJM, Gustavo, 2006, op. cit., p. 251.

reguladoras, além das dotações orçamentárias gerais, a arrecadação de receitas provenientes de outras fontes, tais como taxas de fiscalização e regulação, ou ainda participações em contratos e convênios, como ocorre, por exemplo, nos setores de petróleo e energia elétrica.²⁸⁹

Essa autonomia, ou mais a fundo, essa independência, visa ao cumprimento do mister regulatório que lhe compete, tarefa que, consonante os estudos realizados outrora, enfeixa o desempenho de competências normativas às atribuições de disciplina e fiscalização do setor correlato, aliado à resolução de possíveis conflitos e aplicação de eventuais punições.

E assim o é, cumpre recordar, pois a adoção da regulação se baseia na necessidade de tornar o Estado mais eficiente, no tocante ao atendimento dos reclamos individuais, econômicos e sociais, devendo o ente independente, *in casu*, a AR, pautar sua ação na concreção desse fim maior estatal.

Para cumprimento do exercício que lhe compete, com foco na eficiência, a AR se reveste de características, relacionadas à própria direção (forma e escolha, mandato e dispensa dos dirigentes), gestão de pessoal (regras de ingresso e disciplina) e formas de custeio (verbas de manutenção), caracteres que são identificáveis tanto na AR federal²⁹⁰, estadual²⁹¹ e municipal²⁹², seja de atuação setorial ou multissetorial.

Em suma, vê-se que foi atribuída a uma entidade personificada, vinculada ao Poder Público, sob as vestes de autarquia especial, nada obstante seu aparte da Administração centralizada, o mister regulatório, mediante gama de competências específicas e diferenciadas, a que se denomina AR, cujo o modelo instituído para ela tem amparo na Lei nº 8.987, 13 de fevereiro de 1995, projeto que era da lavra do então Senador Fernando Henrique Cardoso, conhecida como Lei das Concessões, cuja sanção ocorreu quando da assunção dele próprio ao cargo de Presidente da República.

²⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto, 2006, op. cit., p. 71 e 74.

²⁹⁰ Totalizam 10 entidades, a saber, Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Agência Nacional do Petróleo – ANP, Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, Agência Nacional de Águas – ANA, Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, Agência Nacional do Cinema – ANCINE e Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, listadas por ordem de criação.

²⁹¹ Lista que ultrapassa 02 dezenas de entidades, incluindo-se a Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco – ARPE.

²⁹² Integram tal rol quase 20 entidades das 05 regiões.

Mas qual a razão de tal escolha? Por que se adotou esse modelo e não outro? Acerca disso, esclarece Souto:

A vantagem do modelo de “agência reguladora” é a substituição do controle político e burocrático pelo controle técnico, assegurado pela escolha calcada no mérito e submetida a aprovação parlamentar, com direito a mandato fixo (ressalvando que, quanto a este, há questionamento judicial).²⁹³

Esse é o outrora mencionado fenômeno da agencificação²⁹⁴, em que divergem os Administrativistas pátrios, concernentemente a sua validade, ante a evidência de que o modelo de AR aplicado no Brasil é inspirado – melhor dizendo, efetivamente copiado – no existente no cenário norte-americano, contando-se com os defensores da AR e de sua adequação ao cenário nacional, entre eles Aragão²⁹⁵, e com seus detratores, alegando importação irrefletida de modelo, como é o caso de Tercio Sampaio Ferraz Junior²⁹⁶.

Além dessa divergência, constam outras de igual relevo e também pendentes de asserenamento, como, por exemplo, a relação entre AR e privatização²⁹⁷, o papel do contrato de gestão na AR²⁹⁸, a atividade fiscalizatória dela²⁹⁹, que, por questões metodológicas, não serão aqui enfrentadas. Isso sem se olvidar a nevrálgica questão da competência normativa da AR, sobre o que cabem breves considerações.

Para dar cumprimento à finalidade que persegue, a AR deve se imiscuir de competências específicas, dentre elas a competência normativa, ao lado da competência decisória e competência fiscalizatória.³⁰⁰

²⁹³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função regulatória. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 11, fev. 2002. p. 10. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-MARCOS-JURUENA.pdf>. Acesso em: 5 maio 2014.

²⁹⁴ Expressão utilizada por Di Pietro, com fulcro em Mario Pilade Chiti, que “corresponde à proliferação de agências, em substituição ao fenômeno anterior de proliferação de entes com personalidade jurídica própria, que compõem a Administração Indireta do Estado”, amparado no modelo das agências norte-americanas (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 1999, op. cit., p. 133).

²⁹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras: algumas perplexidades e desmistificações. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, ano 1, n. 8, p. 7-19, ago. 2006.

²⁹⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Como regular agências reguladoras? **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 22, p. 7-23, jul./set. 2008.

²⁹⁷ Quanto ao tema, convida-se à leitura do texto de SUNDFELD, Carlos Ari, 2000, op. cit.

²⁹⁸ Aqui se remete ao ensino de MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2000, op. cit.

²⁹⁹ Discorra sobre a questão BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin, 2013, op. cit.

³⁰⁰ O Saudoso Villela Souto, de seu turno, as apresenta como função normativa, executiva e judicante (SOUTO, Marcos Juruena Villela, 2011, op. cit.). Já Santos de Aragão as elenca

A competência normativa não se confunde com a legislativa, sendo esta última, que se configura como o poder de “emanar *estatuições primárias*, geralmente – mas não necessariamente – com conteúdo normativo, sob a forma de lei”³⁰¹, atribuída apenas ao Poder Legislativo, e não a AR, enquanto aquela consiste “no poder de produzir normas de conduta, em virtude da qual são gerados comandos destinados a regular a conduta intersubjetiva”³⁰².

Embora seja conflitante a opção pela AR, é ela que, majoritariamente, exerce a tarefa regulatória de que se imbuíu o Estado, pois, como lembra Peci, a própria nomenclatura escolhida lhe indica a finalidade, já que os termos “‘agência’ (representa o conjunto de medidas que visam à flexibilização da gestão pública); e ‘reguladora’ (representa o papel do Estado no contexto da pós-privatização)”³⁰³, nada obstante a ressalva feita sobre o possibilidade do ator regulatório pátrio assumir modelagem distinta da AR, questão polêmica entre os Sábios, como de hábito na seara regulatória.

Finalizando este capítulo, dedicado ao objeto desta pesquisa, foi analisado o ente regulador independente em seus variados matizes teóricos e práticos, a partir da experiência ádvena e brasileira, enfrentando suas celeumas doutrinárias, tudo em atenção ao corte metodológico proposto. Da sua heterogeneidade impeditiva de modelagem única à superação das acusações de fragilização democrática existencial, perlustrou-se a ambiência conflituosa do regulador estatal, cujo relevo se compara à própria importância da figura nos Estados Reguladores mundiais, mormente quando da nacionalização de tais figuras, o que avoluma os embates pelo acréscimo das querelas locais, como se verificou no regulador brasileiro e sua espécie, a AR.

Ainda assim, aqui e alhures, o ente independente tem sido fustigado para cumprimento de seus fundamentos causais, exigindo-se que o agente fomentador e garante da eficiência estatal seja, por seu turno, também eficiente, o que, dentre outros fatores, imprescinde de concreção da sua neutralidade política.

como atividades normativa, fiscalizadora, sancionatória e julgadora (ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2005, op. cit.).

³⁰¹ GRAU, Eros Roberto, 1996, op. cit., p. 179. Grifos do original.

³⁰² JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit., p. 485.

³⁰³ PECI, Alketa, 2007, op. cit., p.73.

4 A NEUTRALIDADE POLÍTICA DO REGULADOR INDEPENDENTE

Após os estudos anteriormente feitos, nos quais foram investigados o Estado Regulador e seu instrumento de concreção factual, à luz das transmutações sofridas pela espécie contemporânea da Organização Política, cenário igualmente visto em outras páginas, tudo isso, repise-se, efetivado em atenção aos móvel e limite deste trabalho, atinge-se aqui o cerne da pesquisa, por sua especificidade na neutralidade política do regulador independente³⁰⁴.

No presente capítulo, o caráter neutral do ente independente é esmiuçado, em face de sua indispensabilidade no satisfatório agir do regulador, ainda que tal despolitização se revele carente de delimitação teórica mais precisa, bem como de concretude, apesar dos esforços dos Doulos e dos Legisladores, pátrios e forasteiros, o que se dá por força da imprecisão de fundo que norteia sua compreensão.

É ilustrada tal incerteza na questão em foco ao se abordar os aspectos mais mezinhos da neutralidade política, no tentame de evidenciar as linhas gerais de seu universo conceitual³⁰⁵, como também ao se explicitar a forte celeuma existente entre política regulatória e políticas públicas, palco em que o assunto em realce adquire participação contundente e divergente³⁰⁶.

E, aproveitando-se desse panorama de instabilidade, a minorar a esperada força de contenção do clientelismo político na ambiência regulatória, tem-se por mazela decorrente do não atendimento do distanciamento político do regulador a nefasta captura política³⁰⁷, tipo de falha da regulação, problema de indimensionalidade geográfica, a lhe comprometer a neutralidade caracterizante, fenômeno merecedor de combate titânico, aqui e alhures, tornando-o exigente de análise pontual, dada sua repercussão multidisciplinar, sendo, particularmente, relevante para esta pesquisa.

³⁰⁴ Como fora exposto, inobstante o tradicional impasse doutrinário que predomina na temática regulação estatal, a neutralidade política, como se dá com a autonomia, é abordada neste estudo como um desdobramento do atributo da independência do regulador estatal.

³⁰⁵ Em atenção às dimensões deste trabalho, esclarece-se que tal estudo não tem a pretensão de elaborar uma teoria da neutralidade política do regulador estatal, restringindo-se a identificar na literatura existente os elementos característicos da despolitização.

³⁰⁶ A despeito de um enfrentamento da matéria, quando do trato com o tema regulação estatal, optou-se por estudar a questão das políticas públicas nesta oportunidade, por se julgar aderente à temática da neutralidade política.

³⁰⁷ Sem olvidar o negativo impacto no ambiente regulador, a captura econômica não terá abrigo nesta pesquisa, salvo indispensável menção.

4.1 Os contornos da despolitização

Fora mencionado que, por ser relevante característica, a independência alçou posição de item nominativo do regulador estatal, a evidenciar a necessidade de um agir regulatório distanciado da interferência da Administração central, sem ser plena incompatibilização, como será visto oportunamente, o que, aliada ao outro caractere do ente regulador, a saber, a *expertise*, garante a eficiência nos procedimentos regulatórios.

E, por ser (e para ser) independente, o ator da regulação estatal tem para si salvaguardado suas autonomia (pertinentemente à autodeterminação funcional) e neutralidade política (quanto aos interesses motivadores de suas ações), consoante o entendimento apresentado no capítulo pregresso.

Estreitando a análise aos interesses deste trabalho, os quais se voltam para a neutralidade política, um dos aspectos da independência, malgrado a divergência doutrinária ínsita ao tema regulação estatal, e, particularmente, as características do ente regulador, situação amiúde retratada, majoritário é o entendimento de que o ente independente deve se manter apartado da influência política, compreensão essa de nacionalidade variada e de certo apaziguamento, mas não ausente de repúdio, sendo exigido até mesmo de regulador que assuma a feição de órgão, e não de entidade, ou seja, mesmo quando ele se revela desprovido de personalidade jurídica, o que é o caso das AAI's, como será visto com mais vagar no capítulo derradeiro.

Sucintamente, entende-se por neutralidade política o insulamento da condução regulatória aos comandos políticos externos, pois:

Excluídas de qualquer intervenção intra-administrativa governamental, a neutralidade política e a imparcialidade decisória destas autoridades administrativas independentes têm encontrado explicação, sem prejuízo de alguma contradição, na ideia de contrapeso ao Estado pluralista de partidos e num sentimento de desconfiança em relação ao funcionamento do sistema democrático e ao sistema decisório dos governos, justificando-se a criação de tais espaços livres de controlo governamental pela necessidade de sobre certas matérias ou sectores de especial sensibilidade existirem decisões dotadas de imparcialidade maior do que aquela que resultaria da intervenção ou intromissão ministerial.³⁰⁸

³⁰⁸ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 319.

Conforme Mariana Batista, com fulcro na realidade pátria, mas de aplicação geográfica indistinta, a despolitização, ou independência política, como prefere a Autora em tela, seria “a capacidade de determinado ator, neste caso a agência regulatória, tomar decisões sem considerar as preferências e sem a interferência de um segundo ator”³⁰⁹, que, *in casu*, seria o poder político, interferência essa que representaria ameaças ou incentivos deste segundo ator, cujo objetivo outro não seria, a não ser “que as ações da agência se adequem às suas preferências”³¹⁰, entendimento esse que é esposado por Estudiosos de várias nacionalidades, como, por exemplo, Cavalcanti³¹¹, Aragão³¹² e Ortiz³¹³.

Assim, enfaticamente sustentam os Doutos a despolitização do ente regulador, pois, na tentativa de obstar que decisões regulatórias, de cunho eminentemente técnico, sejam alteradas para atender interesses políticos menores e/ou eleitorais, arma-se o regulador estatal de mecanismos de contenção dessa nefasta influência, com o fito de lhe ser preservada e garantida a independência³¹⁴.

³⁰⁹ BATISTA, Mariana. Mensurando a independência das agências regulatórias brasileiras. **PPP – Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, DF, IPEA, n. 36, jan./jul. 2011. p. 216. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/227/222>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

³¹⁰ *Idem, Ibidem*, p. 216.

³¹¹ “A neutralidade deve ser entendida como neutralidade política das decisões, isto é, as decisões tomadas pelos entes regulatórios devem ser de forma mais técnica possível, e não de acordo com eventuais interesses políticos” (CAVALCANTI, Artur Osmar Novaes Bezerra. Legalidade e a regulação pelas agências no Direito brasileiro. **Revista da Esmafe**, Recife, n. 16, p. 140, dez. 2007. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/revista_esmafe/documentos/REVISTA16/FormatoFinal/RevistaN16escaneada.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2014).

³¹² Fundamentado em Paola Bilancia, diz o Autor que a despolitização propicia a “transferência das funções decisórias da tutela dos interesses públicos, do circuito político, para autoridades capazes de, sempre com base em uma lei de conteúdo genérico, tomar decisões de caráter técnico-jurídico” (ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2002, op. cit., p. 50).

³¹³ Na lição de Ortiz: “*Condition sine qua non para una buena práctica regulatoria es la independencia del regulador respecto del poder político. Ya hemos dicho que hay que evitar que éste caiga en la tentación de utilizar los sectores regulados como instrumentos para la obtención de fines políticos, legítimos si se quiere, pero ajenos al servicio y que deben obtenerse a través de medios más transparentes y legalmente aprobados*” (ORTIZ, Gaspar Ariño. Regulación monopólica y regulación competitiva. In: VALDIVIA, Diego Zegarra (Ed.). **Regulación, instituciones y competencia en sectores estratégicos**. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2008. p. 43-44. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.asierregulacion.org%2Fasierregulacion%2F%3Fwpfb_dl%3D769&ei=jjz6UsCpENHekQf8zIDICA&usq=AFQjCNH-mCZTBGYiUref8udolJBt_VeVmg&cad=rja>. Acesso em: 27 jun. 2014).

³¹⁴ Nesse aspecto, acerca da neutralidade política, enquanto promotora da independência do regulador, registra-se a preciosa investigação realizada sobre independência do regulador em alguns países da Europa ocidental, no qual a despolitização é um item avaliado, da lavra

Mas como ela se efetiva? Quais são seus contornos e dimensão? Qual é o conteúdo do aparte político do ente regulador?

Se, por um lado, a defesa da separação entre a *expertise* do organismo regulatório e o politicismo que lhe é rodeante é entendimento majoritário, doutra banda, labutam os Estudiosos no mister de evidenciar as natureza e intensidade dela, com vistas à efetiva concretização e validação da conduta do regulador, lastreada nos ditames da eficiência e racionalidade.

Cumprе reafirmar que tal imprecisão de fundo, mencionada anteriormente, dá azo à instabilidade teórica e prática da questão, situação que é astutamente usufruída pelos oportunistas de várias ordens.

De logo, é de se mencionar que tal incerteza se espraie inclusive quanto à escolha do termo designatório deste aspecto da independência, tendo em vista que alguns Autores criam diferenciações entre as expressões neutralidade política, despolitização, independência política, neutralização, como é o caso de Gabardo³¹⁵, Calvete³¹⁶ e Ramos³¹⁷.

Inobstante isso, no esteio da posição dominante³¹⁸, tais nomenclaturas não revelam distinções consideráveis, motivo pelo qual são aqui utilizadas indistintamente.

Visto isto, tem-se que o âmago da temática está adstrito aos fins perseguidos pelo Estado Regulador, que não dizem respeito aos interesses estatais em si mesmos, tampouco aos particulares, mas sim aos anseios da coletividade, seja de ordem econômica e/ou social, o que fundamenta a tese da regulação estatal, bem como a atuação de seu instrumental.³¹⁹

de GILARDI, Fabrizio. The formal independence of regulators: a comparison of 17 countries and 7 sector. **Swiss Political Science Review**. v. 11, n. 4, 2005. p. 139-167. Disponível em: <<http://www.fabriziogilardi.org/resources/papers/Gilardi-SPSR-2005.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

³¹⁵ GABARDO, Emerson, 2009, op. cit.

³¹⁶ CALVETE, Victor J., 20014, op. cit.

³¹⁷ RAMOS, Murilo César. Agências reguladoras: a reconciliação com a Política. **Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación**, v. VII, n. 5, p. 17-39, maio/ago. 2005. Disponível em: <<http://www2.eptic.com.br/arquivos/Revistas/VII,n.2,2005/MuriloCesarRamos.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2014.

³¹⁸ Ilustrativamente, têm-se os Professores Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal, 2014, op. cit.), Calil (CALIL, Lais, 2006, op. cit.) e Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2006, op. cit.), que se utilizam de tais nomenclaturas como sinónimas.

³¹⁹ Como lembra Moura, na novel etapa, o próprio Estado e a Administração são balizados pela eficiência, produtividade e uso adequado dos recursos públicos, o que se atinge pela neutralidade e competência, ante as novas regras da gestão pública (MOURA, Emerson Affonso da Costa. Agências, *expertise* e profissionalismo: o paradigma da técnica na

Nesta trilha, é de se contabilizar que, como se viu, o descrédito incidente sobre a atuação do Estado, e consequentemente dos poderes e instituições organizados no formato correlato, no tocante ao atendimento das necessidades coletivas, ante o fiasco do *welfare state*, é um dos fatores da transmutação do desenho estatal para o hodiernamente experienciado.

Ratificando essa percepção, alerta Gordillo que a neutralidade política do regulador decorre da experiência, a qual demonstrou a incapacidade do poder político de “*sacrificar los objetivos a largo plazo, en aras de las metas diarias de la política*”³²⁰.

Além disso, registra-se também a discussão acerca da fundamentação teórica para a neutralização em análise, erigindo-se justificações de variados matizes, sendo destacadas aqui 02 correntes.

Há quem vislumbre na neutralidade do regulador estatal bases (neo)wilsonianas de Administração Pública, como é o caso de Marcos Vinícius Pó:

Nas discussões sobre a reforma do Estado em voga na década de 1990, com a ênfase gerencialista que recomendava a implantação de agências executivas, a dimensão política é relegada ou reduzida à transparência e *accountability*. As agências reguladoras autônomas da nova economia institucional partilham do mesmo princípio. As agências deveriam se tornar independentes do oportunismo político, buscando uma regulação técnica e neutra, de forma a atrair os investimentos e a garantir os contratos. *Essa perspectiva de uma burocracia apolítica e totalmente técnica, em qualquer formato institucional que ela assuma, é o que definimos como a visão neowilsoniana da administração pública.*³²¹

Outra, entretanto, é a posição de Aragão, que, fulcrado no Catedrático espanhol José Manuel Sala Arquer e seu artigo *El Estado Neutral*, sustenta a célebre Teoria dos Poderes Neutrais (que remonta a Benjamim Constant e Carl Schmitt, e desenvolvida modernamente pelas doutrinas alemã,

Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 254, p. 67-94, maio/ago. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8075/6863>>. Acesso em: 27 jun. 2014).

³²⁰ GORDILLO, Agustín, 2013, op. cit., p. XV-6-7. Grifos do original.

³²¹ PÓ, Marcos Vinícius. **O jogo regulatório brasileiro**: a estabilidade contratual para além da autonomia das agências. São Paulo: tese de doutorado em Administração Pública e Governo pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo (FGV), 2009. p. 52. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4651/72050100744.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 27 jun. 2014. Grifos do original.

italiana e espanhola), como embaixadora da despolitização e da própria existência do ente regulador. Por ela, afirma o Mestre pátrio que, superado o período de dominação do ideal da Revolução Francesa, de que apenas os mandatários eleitos “poderiam levar a vida em sociedade em bom termo”³²² constatou-se:

A necessidade da criação de órgãos estatais com autonomia de gestão e independência funcional para, fora do círculo político-eleitoral, controlar e equilibrar as relações entre os titulares dos cargos eletivos para assegurar a observância dos valores maiores da coletividade.³²³

Bastante razoável se apresenta os argumentos fundamentantes da despolitização esposados por Aragão, baseados na citada Teoria dos Poderes Neutrais, já que, como declara o Autor:

Não se trata de afirmar que as funções dos poderes neutrais sejam desvestidas de qualquer matiz político, mas o que é mais importante para sua caracterização não é ‘o caráter substancialmente não político das suas decisões, mas o caráter formalmente não político destas’(...)³²⁴

De outra monta, reforçando a incerteza margeante à questão, divagando os Autores acerca dos motivos da neutralidade, sendo possível catalogar o aumento da *expertise*, a construção da credibilidade regulatória, a transferência de responsabilidade por políticas impopulares ou mesmo o aprisionamento regulatório dos futuros Governos.³²⁵

Neste sentido, entre as opções acima listadas e constantes nas literaturas nacional e forasteira, Moreira Neto sustenta o argumento da vantagem técnica, o que se revela equânime à razão de ser da regulação estatal, explicitada por ele como a garantia decorrente da despolitização, de que as decisões:

Em vez de serem tomadas por indivíduos das áreas política ou burocrática, (...) passam a ser negociadas pelos grupos sociais mais

³²² ARAGÃO, Alexandre Santos de. A legitimação democrática das agências reguladoras. In: BINENBOJM, Gustavo (Coor.). **Agências reguladoras e Democracia**: direitos fundamentais, Democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 17.

³²³ *Idem, Ibidem*, p. 17.

³²⁴ *Idem, Ibidem*, p. 20. Grifos do original.

³²⁵ BATISTA, Mariana, 2011, op. cit.

diretamente interessados, evitando posturas políticas, ideológicas, teorias esdrúxulas, experiências desastrosas e as indefectíveis generalizações fáceis.³²⁶

Em suma, a despeito da imprecisão reinante, e que foi noticiada *en passant*, nos limites deste trabalho, o que se tem em destaque é a imprescindibilidade de que o agir regulatório, e, conseqüentemente, suas decisões, não sejam oriundas de *political outcomes* objetivadores, em exclusividade, de mesquinhas vantagens políticas, circunstância própria da disputa política, partidária e/ou eleitoral, de curto prazo.

Para tanto, como requisito de um exercício neutro e oportunizador de decisões técnicas, o desempenho da função regulatória deve valorizar procedimentos racionais e objetivos, o que não se coaduna com uma perversa dependência do poder político, seja oriunda do Legislativo, seja do Executivo.

Cabe divagar brevemente que, para muito além da ambiência regulatória, a atuação estatal, em qualquer esfera, deve buscar esse desatrelamento a interesses inconfessáveis, notadamente os da esfera política, por conta da moralidade administrativa e da imparcialidade institucional do Estado, cujo cerne outro não é, senão o dos esquadros da ética.³²⁷

Volvendo ao tema, em consonância ao exposto até aqui, precípua aos entes reguladores é a neutralidade política, visto que “*es necesario prestar determinados servicios al margen de las presiones políticas del Parlamento o del Gobierno*”³²⁸, ou seja, do poder político.

Todavia, tal constatação de essencialidade é nada pacífica, tendo em vista que grande é o elenco de Doutos que lança incisivas censuras à neutralidade política do regulador estatal, a demonstrar outra vez mais as controvérsias predominantes no cenário da regulação estatal.

Recorrente é a fala dos ilustres detratores, que costumam salientar alegada inverossimilhança que grassa na adoção da despolitização do ator da regulação, já que, segundo eles, seria ela impraticável, como se verifica na citação abaixo transcrita de forma ilustrativa:

³²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2009, op. cit., p. 549 e 551.

³²⁷ GABARDO, Emerson, 2009, op. cit.

³²⁸ MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit., p. 55.

Era preciso adornar o novo ente, a ‘agência’, de uma mística, ou, como prefiro, de uma *mítica técnica*, atrelando-o a um ‘Estado’ supostamente neutro, asséptico, imutável, livrando-o da contaminação política pelos governos partidários, ideológicos e conjunturais. (...) Aqui, ao contrário, tentou-se criar um ente estranho, despolitizado, ‘técnico e apartidário’, como se fosse possível separar *política de governo* de *política de agência* ‘independente’; separar *política executiva* de *política regulatória*.³²⁹

De um modo generalizado, mas com suas incontáveis variantes, a crítica que se levanta contra a neutralização se fundamenta em 02 vetores, a saber, no desprestígio da Política e na criação do chamado Conselho de Sábios.

Quanto à desvalorização do elemento Política na sociedade, os Estudiosos aduzem que, pela contenção política no regulador, perde-se a essência da atuação pública e do próprio Estado, por ser impossível desvencilhar tal agir do condão político que os caracteriza, ocasionando, de resto, o desprezo político.³³⁰

Jungindo à questão ao já enfrentado problema do pseudo déficit democrático, alegam os opositores da neutralização que ela enseja a “economização da política”³³¹, cenário em que as decisões políticas, procedentes de funções de igual natureza, típicas de um Estado Democrático, cedem terreno a um poder tecnocrático, transformando o ente estatal em um Estado oligárquico-tecnocrático.

É esse o entendimento a que se perfila Nunes, dentre outros, com a severidade que lhe caracteriza:

O que se pretende é subtrair à esfera da política (i.é, à competência dos órgãos políticos democraticamente legitimados) a ação destas entidades ditas independentes, alegando-se que só assim se

³²⁹ RAMOS, Murilo César, 2005, op. cit, p. 25. Grifos do original.

³³⁰ É de se registrar a antiguidade do debate sobre a interferência política na atuação estatal, como lembram Meirelles e Oliva: “Em especial, o suposto de que decisões administrativas seriam redutíveis a uma suposta dimensão ‘técnica’ foi particularmente rejeitado no plano teórico, para o que é suficiente lembrar o clássico Habermas (1975) ou observar, na literatura recente em ciência política, o crescimento da atenção concedida à relação entre burocratas e políticos eleitos, algo particularmente estimulado pela emergência de modelos do tipo *principal-agent*” (MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 549, jul./ago. 2006. Grifos do original).

³³¹ Expressão utilizada por Rogério Soares, significativa da “aplicação dos esquemas tradicionais de contraposição do político ao econômico”, o que, segundo o Autor, efetiva-se velozmente através dos entes reguladores independentes (apud CALVETE, Victor J., 2014, op. cit., p. 7).

consegue a sua *neutralidade*. (...) Esta ideia de *subtrair a administração à ação da política* é justificada com o “argumento” de que as funções das entidades reguladoras são funções meramente técnicas e não-políticas. (...) A entrega das tarefas de regulação económica às autoridades reguladoras independentes representa, pois, a todas as luzes, uma cedência às teses neoliberais do *esvaziamento do estado* e da *morte da política*, por se entender que o estado não só não é bom empresário como é mesmo incapaz de assegurar, por si próprio, a prossecução e a proteção do interesse público.³³²

Similar a Nunes é o ensino de Calvete, abaixo transcrito:

Assim, um traço característico da regulação económica – que, muito curiosamente, não tem sido defendido pelos seus próceres – é o retorno ao modelo do Governo não-interventor, ou seja, ao *apartheid* das esferas do económico e do político: a requerida independência e competência técnica das entidades reguladoras, a sua alegada blindagem aos ciclos eleitorais, a proclamada natureza neutra da sua intervenção (...) não são, afinal, mais do que novos argumentos para evitar (o que só pode ser visto como) a *ação perturbadora do Estado-político*. As invocadas características “técnicas”, “pactuadas” e “neutras” da regulação económica constituem veículos convenientes para o desgraduar das imposições de interesse público.³³³

De outra monta, no tocante ao afastamento do regulador aos anseios da coletividade, ante a formação do Colégio de Sábios, ou Governo de Sábios, na lição de Moreira e Maçãs³³⁴, a despolitização é acusada de estribar a conduta regulatória exclusivamente em critérios técnicos, dissociada de visão macropolítica, e, por isso, alheia aos interesses gerais da sociedade.

Esse autoritarismo tecnocrático, em nome de uma *expertise* eficiente, geraria “um perigoso esvaziamento ideológico”³³⁵, ante a exacerbação da especialização, em detrimento do viés político, a redundar na denominada visão de túnel, fenômeno este pelo qual se opera a:

Incapacidade de avaliar o panorama integral da realidade, centrando-se no exame apenas de uma certa parcela do todo. O efeito prático é a produção de soluções destituídas de razoabilidade, em virtude da ausência de capacidade de compreender globalmente a realidade.³³⁶

Defronte a tais falas, mister se lançar luz nas dissensões apontadas.

³³² NUNES, António Avelãs, 2014, op. cit., p. 3-4. Grifos do original.

³³³ CALVETE, Víctor J., 2014, op. cit., p. 5-6. Grifos do original.

³³⁴ MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda, 2003, op. cit., p. 29.

³³⁵ MOURA, Emerson Affonso da Costa, 2010, op. cit., p. 83.

³³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, 202, op. cit., p. 372.

O pressuposto da neutralização política do regulador independente não exige a integral despolitização, tampouco a desideologização, do Estado e de suas instituições, como exageradamente percebem os dignos Autores de oposição, pois tal despolitização não se estende à ideologia constitucional, que é a condutora da política estatal, ponto a ser mais bem desenvolvido no item que se avizinha, buscando-se apenas mantê-lo imune ao humor político, embora consciente de sua presença na sociedade e no Estado, bem como de seus reflexos no próprio ordenamento jurídico³³⁷.

Demais disso, a neutralidade política suscitada nada representa de extermínio do componente político no ente estatal, por supremacia unicamente da técnica. Em breves linhas, não se defende a visão de túnel, fruto de um Colégio de Sábios. Tal postura, o que se rechaça, de pronto, inevitavelmente redundaria em fracasso similar ao que defende a extirpação da técnica, ante a predominância do político, o que se combate, erro em que igualmente não se deseja incorrer, como consigna Perez:

Temos muitos exemplos de falhas legais decorrentes da substituição pura e simples das razões tecnocráticas pelas políticas. *Técnica* e *política* combinam-se permanentemente na regulação econômica. A supremacia absoluta de uma sobre a outra, entretanto, geralmente conduz a situações problemáticas.³³⁸

Salvo melhor juízo, como se ponderou desde as linhas iniciais deste capítulo, crer-se que o imo da celeuma está na medida dessa despolitização, suas dimensões e profundidade, enfim, no seu conteúdo. O que de político deve ser segregado do agir regulatório? E, a partir disso, como fazê-lo? Tais respostas talvez dirimiriam, mas, pelo menos, minimizariam, o impasse doutrinário de consequências práticas danosas e ainda testemunháveis nos cenários mundiais, em diferenciados quinhões.

Essas perguntas, acerca do que e como neutralizar, não se olvidando de tantas outras relacionadas ao ente regulador e sua despolitização, têm assaltado lúcidas mentes, em variadas épocas e sítios.

³³⁷ SAMPAIO, Paulo Soares. A independência real das agências reguladoras no Brasil. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, DF, v. 5, n. 1, p. 135-174, 2013. Disponível em: <http://www.pe-et.com.br/arquivos/d_artigo_brasil_1370216320.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2014.

³³⁸ PEREZ, Marcos Augusto, 2011, op. cit., p. 1078. Grifos do original.

Ilustrativamente, é possível registrar os Mestres Ortiz³³⁹, Baldwin, Cave e Lodge³⁴⁰, Justen Filho³⁴¹ e Mendes³⁴², entre os que se dedicam a compreender o universo da neutralidade política do regulador independente.

A despeito do ressabio de certos Autores, contrários à despolitização do regulador independente, elenco que, diga-se, não é de volume considerável, a neutralidade política é sustentada como inafastável ao exercício regulatório, por representar a garantia de imunidade frente às variações do poder político. Como alerta Marques Neto, “a independência das agências as torna menos atreladas ao curso do devir político, em especial as variáveis eleitorais”³⁴³, pois “a especificidade e a especialidade, que predicam a necessidade de um setor contar com um órgão regulador próprio, interditam que a atividade regulatória seja permanentemente pautada pela interferência política”³⁴⁴, neutralização essa, cujas dimensões, como expressado antes, restam pendentes de delimitação e consequente burilamento de concreção.

Todavia, neste trabalho, os questionamentos acerca do conteúdo da despolitização ainda não atingiram o momento adequado para enfrentamento, pois se julga primordial o debruçar-se previamente sobre 2 temas pertinentes à questão, a saber, a relação entre políticas públicas e política regulatória e também o fenômeno da captura política, os quais, respectivamente, receberam atenção nos itens subsequentes.

³³⁹ Pertinentemente ao o que despolitizar, leciona o Mestre espanhol: “*Pero una cosa es esta influencia lógica y razonable del poder político sobre la administración y otra la manipulación constante de sus decisiones según las conveniencias del momento, o la medida burda del cese fulminante por una diferencia de opinión con la autoridad política de turno*” (apud GORDILLO, Agustín, 2013, op. cit., p. XV-6).

³⁴⁰ Vaticionam tais Catedráticos que: “*Nor can it be assumed that experts are neutral—decisions involving judgements will inevitably have a political aspect as competing interests are affected by regulation and as tensions are resolved in a particular manner*” (BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin, 2013, op. cit., p. 30).

³⁴¹ Também, o Jurista coevo questiona o que de político contém a ação regulatória, já que “mesmo nos campos técnicos, comportam juízos subjetivos norteados por critérios políticos” (JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit., p. 250).

³⁴² Acerca das dificuldades em identificar a maneira de neutralizar, assinala Mendes a origem do impasse: “Os limites ente Ideologia, Política e Direito s esfacelam facilmente, se é que em algum momento podem ter sido mais transparentes. Agência reguladora, no Brasil, nasce neste terreno pantanoso, envolta por críticas de ordem política, econômica e jurídica. Saber identificá-las é uma tarefa da qual, por mais penosa, o operador do Direito não pode se furtar se deseja discutir com mínimo rigor e conhecimento de causa” (MENDES, Conrado Hübner, 2000, op. cit., p. 99).

³⁴³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2000, op. cit., p. 87-88.

³⁴⁴ *Idem, Ibidem*, p. 87.

4.2 A neutralidade política do regulador *versus* políticas públicas

Por opção metodológica, resolveu-se por deslocar para este momento o enfrentamento de outra relevante controvérsia incidente sobre o universo da regulação estatal, a saber, a questão da possível interação entre políticas públicas e política regulatória, pois tal análise influencia a presente discussão sobre a neutralização do regulador independente, decisão essa que se justifica pelos argumentos que seguem.

Como se viu, o debate sobre a despolitização tem por pano de fundo a indefinição sobre o neutralizar das intervenções políticas no ente regulador, e, com base nisso, como efetivá-la, o que se chamou de dimensões da neutralidade política, questão que se revela fulcral nesta pesquisa.

E para desbravar tal cenário, crer-se indispensável avaliar de antemão a eventual presença de componente político na ação regulatória, com o fito de verificar se a política regulatória redonda da exclusiva atuação técnica do setor ou se há uma interface entre ela e a determinação político-governamental, que se expressa pelas políticas públicas, dentre outras formas.

A partir dessa investigação, como também daquela que se fará oportunamente sobre a cooptação política do regulador independente, mais subsídios se terá para se proceder ao exame a que se dedica este trabalho.

Expostas as razões da presente abordagem, tem-se por presente tarefa o esmiuçar de perturbadora inquirição: a relação entre políticas públicas e política regulatória é seara de conflito ou de validação?

Para tanto, exige-se, antecipadamente, a visitação conceptual de cada uma dessas estratégias de atuação, o que se principiará pelas políticas públicas.

Para cumprimento de seus fundamentos existenciais, deve o Estado dar concretude aos direitos dos membros da comunidade, pelo que desenvolve ele tarefas várias, por meio de atores igualmente variados, objetivando o atendimento da previsão constitucional de direitos subjetivos individuais e coletivos.³⁴⁵

³⁴⁵ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas. 2013.

Eis que aí se inserem as políticas públicas, já que, estabelecidas no espaço governamental, porém adstritas às políticas de Estado³⁴⁶, elas sinalizam as metas e resultados que o Governo implementará na sua atuação.

Desta feita, por políticas públicas devem ser entendidas:

Metas, programas, princípios e objetivos da ação governamental definidas a partir dos processos decisórios politicamente mediados com vistas a orientar, articular e coordenar a atuação dos agentes públicos e privados e a alocação de recursos públicos e privados para atingir interesses públicos considerados relevantes num dado momento histórico.³⁴⁷

Comungando desse entendimento, tem-se o ensino de Comparato, o qual, influenciado por Ronald Dworkin e seu *Taking Rights Seriously*, percebe a política pública ou o programa de ação governamental, não como uma norma, tampouco ato, isolado em si mesmo, mas sim como uma atividade decorrente do conjunto deles (normas e atos) para o atingimento de uma finalidade coletiva, com vistas a algum interesse econômico, político ou social para a comunidade, geral ou setorialmente considerado³⁴⁸, sendo este o ponto (a finalidade coletiva) que diferencia política de princípio.³⁴⁹

Em suma, compartilhando o pensamento de Wilson Donizeti Liberati, considera-se políticas públicas como “um processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo Direito”³⁵⁰.

Cabe o registro de que, dada a relevância do tema na hodiernidade, já se aceita a ideia que, a partir do desenvolvimento da teoria das políticas

³⁴⁶ As políticas de Estado são definidas pelo Legislativo e Executivo em lei, e representam as bases e objetivos perseguidos por um Estado, em momento histórico específico, que se voltam para um setor ou para toda a sociedade. Para Marques Neto, as políticas de Estado capitaneiam as políticas públicas e a regulatória (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit.).

³⁴⁷ *Idem, Ibidem*, p. 86, nota 75.

³⁴⁸ Na sequência da ilustração da controvérsia doutrinária incidente sobre as temáticas em comento, aqui modesta e repetidamente mencionada, cumpre dizer que há Autores que entendem que as políticas públicas são sempre e exclusivamente programas setoriais, como é o caso de Gilberto Bercovici, com fulcro em Pierre Muller (BERCOVICI, Gilberto, 2011, op. cit.).

³⁴⁹ COMPARATO, Fábio, Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/141607/mod_resource/content/1/COMPARATO_Ensaio_sobre_o_juizo_de_constitucionalidade_de_politicas_publicas.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2014.

³⁵⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti, 2013, op. cit., p. 87.

públicas, aprimora-se o *government by law* pelo *government by policies*, sem significar a exclusão daquela por esta, tampouco desrespeito ao Princípio da Legalidade, o que possibilita o controle delas inclusive pelo Poder Judiciário³⁵¹, tese essa que, por obviedade, apresenta a costumeira divergência³⁵².

Ainda assim, conquanto relevante seja, cujos aspectos e desdobramentos oportunizariam o surgimento de outra pesquisa, o enfoque à questão se restringirá aos interesses deste estudo.

Sobre esse processo (ou conjunto de) em que se manifestam as políticas públicas, Marcos Pó o esquematiza em 4 etapas, que seriam a definição da agenda, a especificação das alternativas possíveis, a escolha oficial entre as alternativas aventadas e a implementação da escolha tomada.³⁵³

Entrementes, com vênia, acresce-se outro e derradeiro momento a esse esquema, pois impende destacar que falar em políticas públicas implica em mencionar etapas desse conjunto, que envolvem o planejamento (em si mesmo) delas, a execução do que fora planejado e a avaliação dos resultados, em conformidade com o que fora planejado, tudo em atenção às demandas sociais e compatibilizando os múltiplos interesses envolvidos.

Pertinentemente a esse planejamento ou estratégia, no qual são identificadas as carências e expectativas que a sociedade anseia atendimento estatal³⁵⁴, em setor(es) específico(s) ou num âmbito mais amplo, é de se considerar que essa determinação envolve inúmeros fatores, pois, na tomada de decisão para fixação de tais processos, tem-se a diretriz legal, a perspectiva política do governante, a escolha entre divergentes interesses coletivos³⁵⁵ e a ponderação dos recursos disponíveis, dentre outros, por vezes inconfessáveis.

Assim o é (ou deveria ser!), pois, na etapa da valoração da decisão a ser tomada, a vontade do agente político, o interesse público e a Constituição formarão a vontade que dirigirá a escolha a ser efetivada, cabendo aos governantes o afastar-se das pressões ideológicas para salvaguarda da ética

³⁵¹ LIBERATI, Wilson Donizeti, 2013, op. cit.

³⁵² “Não é possível, a nosso ver, seguir a proposta de rearticular o direito público em torno da noção de *política pública*” (BERCOVICI, Gilberto, 2011, op. cit., p. 677. Grifos do original).

³⁵³ PÓ, Marcos Vinícius, 2009, op. cit.

³⁵⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela, 2001, op. cit.

³⁵⁵ “As políticas públicas devem se ater o mais possível a uma realidade social bastante complexa, na qual buscarão a realização da igualdade material” (ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2005, op. cit., p. 108).

pública e institucional, para fins de *accuracy* (políticas públicas implementadas da forma mais correta possível), cuidado esse que deve se estender à execução e à avaliação dos resultados obtidos.

Reafirme-se que, como já dito, tal política ou programa tem fixação reservada aos Poderes de Estado, ou seja, aos agentes políticos eleitos³⁵⁶, tendo em vista que a formulação de políticas públicas se opera no âmbito do Núcleo Estratégico do Estado, pelas autoridades políticas, o que redundaria em natural e inquestionável politização das decisões, ainda que capitaneadas pela vontade da Constituição, a qual não deve (ou não deveria, na prática!) ser preterida.

Acerca desse risco de preterição, adverte Ferrer sobre os riscos de captura das políticas públicas por setores específicos, sejam eles econômicos, políticos, sociais e/ou burocráticos,³⁵⁷ o que geraria a desvinculação do Estado ao ideário da igualdade política, reproduzindo “desigualdades econômicas e sociais, traduzindo-se na exclusão em termos das políticas públicas substantivas, dos interesses das majorias e ferindo os direitos republicanos”³⁵⁸.

Desta feita, o viés político que dá azo ao estabelecimento do programa de ação governamental, concomitantemente com outros vetores, conforme visto, em nada macula o exercício da função pública, salvo os desvios mencionados acima e lastimavelmente exemplificados a mancheias, tendo em vista que uma miscelânea de “*reglas, procedimientos, concepciones, mitos, ideologías, teorías, valores, creencias, expectativas y valores*”³⁵⁹ compõe o resultado final da determinação das políticas públicas.

Em suma, é inafastável, natural e coerente a presença do elemento político no programa de ação governamental, o que não implica em rechaço a uma análise técnica, tendo em vista que, em consonância com o ensino de Maria Paula Dallari Bucci:

Embora a tomada de decisões no nível de governo seja definida por considerações políticas, é permeada por elementos da *expertise*, oriunda da dialética resultante dos pressupostos técnicos

³⁵⁶ “A formulação de políticas públicas cabe àqueles que recebem diretamente da sociedade o poder de traduzir essas propostas de ação em um programa de ação estatal” (SOUTO, Marcos Juruena Villela, 2011, op. cit., p. 1138).

³⁵⁷ FERRER, Juan De La Cruz, 2008, op. cit.

³⁵⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill, 1999, op. cit., p. 23.

³⁵⁹ FERRER, Juan De La Cruz, 2008, op. cit., p. 151.

apresentados pelo seu gabinete e a administração pública, que exerce com o conhecimento de seus órgãos e pessoal influência na própria definição dos programas a serem implementados.³⁶⁰

E, como perspectiva de efetivação de certas políticas públicas, conta-se com a presença das políticas regulatórias.

Ultrapassada a etapa de definição, espera-se que a execução das políticas públicas atenda eficientemente à programação efetivada, o que necessita de adequação, em face da área em que incida tal planejamento, mensuração essa que se atrela à essência da própria atividade regulatória e se consubstancia nas políticas regulatórias de cada setor.³⁶¹

De logo, cabe transcrever a esclarecedora, conquanto extensa, ressalva feita por Marques Neto, quanto ao termo política aqui empregado:

A utilização do termo “política” aqui poderá ensejar críticas ou confusões. Esclareço desde logo que o termo não se refere à atribuição de poderes políticos ao regulador, mas tão somente a “política” como prerrogativa de definir estratégias de ação e selecionar instrumentos para tornar o mais eficiente essa linha de atuação. Neste quadrante, pode-se falar em uma política regulatória na medida em que o regulador faz opções políticas consistentes nos juízos de necessidade, conveniência, oportunidade e proporcionalidade no manejo de suas competências.³⁶²

Feito isso, expressando opinião majoritária, consigna o mesmo Mestre, acerca da política regulatória, que:

As políticas regulatórias são caracterizadas pelas opções do ente incumbido da atividade regulatória acerca dos instrumentos de regulação a seu dispor com vistas à consecução das pautas de políticas públicas estabelecidas para o setor regulado.³⁶³

Noutras palavras, pelas políticas regulatórias, enquanto instrumento de aplicação do programa de ação governamental, considerando a técnica que lhes fundamenta, devem os reguladores independentes executar as orientações políticas formuladas pelo Núcleo Estratégico do Estado, orientações que servem de macrobalizamentos para a política regulatória.³⁶⁴

³⁶⁰ Apud MOURA, Emerson Affonso da Costa, 2010, op. cit., p. 86, nota 76. Grifos do original.

³⁶¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela, 2011, op. cit.

³⁶² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit., p. 87, nota 77. Grifos do original.

³⁶³ *Idem, Ibidem*, p. 87-88.

³⁶⁴ PECCI, Alketa, 2007, op. cit.

Para o estabelecimento dela, deve-se previamente avaliar a necessidade e a intensidade que essa interferência regulatória deve assumir, seja na perspectiva setorial, seja na multissetorial, para garantir a eficiência do programa governamental fixado e o respeito aos interesses privados envolvidos, de forma a concretamente atender a proposta da regulação estatal de ser uma intervenção indireta na sociedade e na Economia, notadamente.

Assim, tendo por diretrizes as políticas públicas, cabe ao regulador estatal a definição do *timing* e do resultado a ser perseguido pela política regulatória, o qual gozará de certa liberdade na identificação dos interesses a serem regulados, dos instrumentos disponíveis e medidas a serem tomadas.³⁶⁵

Neste sentido, a norma reguladora traduzirá a avaliação técnica inserta na política regulatória para que possam ser eficientemente implementadas as políticas públicas, oriundas do núcleo político do Estado.³⁶⁶

Ora, pelas ideias acima expostas, resta evidenciada a vinculação entre as políticas pública e regulatória, da qual esta é espécie daquela, servindo ao programa governamental como instrumento técnico de concreção, numa relação de dependência e complementariedade, pois as decisões que fixarão o programa regulatório se baseiam em “conceitos preponderantemente *técnicos* e voltadas aos *objetivos* das políticas públicas setoriais”³⁶⁷, objetivando “encontrar um ponto ideal entre os interesses dos agentes econômicos e sociais envolvidos, trazendo *eficiência*, *ética* e *profissionalismo* à atividade [regulatória] estatal”³⁶⁸.

Massivamente, a Doutrina constata essa relação de ascendência das políticas públicas sobre as regulatórias, incluindo-se nessa ratificação nomes como Marques Neto³⁶⁹, Souto³⁷⁰, Aragão³⁷¹ e Moreira e Maçãs³⁷².

³⁶⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit.

³⁶⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela, 2002, op. cit.

³⁶⁷ MOURA, Emerson Affonso da Costa, 2010, op. cit., p. 72. Grifos do original.

³⁶⁸ *Idem, Ibidem*, p. 72. Grifos do original. Acréscimos nossos.

³⁶⁹ “A regulação apresenta-se, portanto, como o exercício independente de competências para cumprir pressupostos e objetivos definidos nas políticas públicas” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit., p. 92).

³⁷⁰ “A regulação é relacionada à execução de uma política pública” (SOUTO, Marcos Juruena Villela, 2011, op. cit., p. 1135).

³⁷¹ “Não devemos nos impressionar pelo fato de as agências reguladoras terem que se ater a políticas públicas traçadas pela Administração central...” (ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2006, op. cit., p. 5).

³⁷² “Ou, ainda, no quadro geral da modernização do Estado, são criadas estruturas de avaliação independente, que têm por objecto permitir uma avaliação de políticas públicas em

Embora inafastável a condução da política regulatória pela pública³⁷³, sobre o que ainda pendem críticas³⁷⁴, algumas questões merecem atenção, pois, se por um lado, por vezes, a falta de formulação de políticas públicas setoriais, ou mesmo a insuficiência delas, podem redundar na obrigatoriedade prática de o ente regulador assumir a tarefa de estabelecimento delas, papel que não lhe cabe, nem deve, desempenhar³⁷⁵; de outra monta, a vinculação da política regulatória à pública poderia ocasionar possível mácula à neutralidade política do regulador.

Quanto à ausência ou deficiência das políticas públicas, esta falha se vincula ao exercício da função governamental ou mesmo ao marco legal, mas não ao modelo institucional, não podendo ser imputada ao ente regulador.

Cabe ao Governo a implementação, em longo prazo, de um programa de ação, o qual “não se pode (...) atrelar às conjunturas cambiantes dos interesses das forças que embatem na arena política”³⁷⁶, motivo pela qual a política regulatória deve consagrar “a estabilidade e a permanência na consecução”³⁷⁷ delas, mas não sua formulação, o que não impede eventual participação ou mesmo suporte no planejamento em tela.

Já no que pertine à possível violação da neutralidade política, de fato, não há como negar o componente político na formulação do programa governamental, a capitanear a política regulatória, mas que não é o único elemento formador daquele, repise-se. Então, cabe ao regulador realizar o filtro técnico da política pública, para assegurar a despolitização almejada.

áreas sensíveis ou particularmente difíceis (...)” (MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda, 2003, op. cit., p. 24).

³⁷³ Defendem alguns Estudiosos, entre eles, Mariana Batista, que essa vinculação ocorre por força da relação *agent-principal* tese pela qual o Executivo (*principal*) delega poderes para tais reguladores (*agent*) agirem em seu nome, e salvaguardando a prerrogativa de supervisão da atuação daqueles, para auferir o cumprimento de tal delegação (BATISTA, Mariana, 2011, op. cit. O interesse em aprofundar o tema *agent-principal*, o qual extrapola os limites dessa pesquisa, pode ser atendido pelo estudo de GILARDI, Fabrizio, 2008, op. cit.

³⁷⁴ Mantendo-se fiel à ideia da exposição, ainda que tímida, das controvérsias, outro é o entendimento de Bresser-Pereira: “As agências reguladoras devem ser mais autônomas do que as executivas, porque não existem para realizar políticas de governo, mas para executar uma função mais permanente que é essa de substituir-se aos mercados competitivos” (BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos, 1997, op. cit., p. 43).

³⁷⁵ PECI, Alketa. Novo marco regulatório para o Brasil da pós-privatização: o papel das agências reguladoras em questão. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 33, n. 4, p. 121-135, jul./ago. 1999. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/EnANPAD/enanpad_1999/AP/1999_AP13.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2014.

³⁷⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit., p. 94.

³⁷⁷ *Idem, Ibidem*, p. 94.

A despeito disso, é curioso o receio dos políticos de que a política regulatória possa gerar uma rejeição popular, a se refletir negativamente neles próprios, o que Prado denomina de *accountability mismatch* eleitoral³⁷⁸.

Outrossim, a legitimação democrática do regulador independente é comprovada por essa vinculação independente que ele ostenta frente à Administração central, a qual o liga, não apenas ao agente legitimado político-eleitoralmente (como clamam os respeitáveis Detratores, embora superada esteja tal perspectiva tacanha da Democracia, tal qual se expôs), mas, primordialmente, como se falou no item específico sobre a questão, à renovação do próprio sistema democrático, atualmente consolidado como “conjugação de estruturas e processos decisórios complexos”³⁷⁹, propiciador de caminhos vários para a Democracia, e não apenas a eletividade dos cargos políticos e decisórios e a procedimentalização, em consonância com a exposição feita alhures.

Desta feita, afasta-se, novamente, e agora com o reforço teórico do sucinto estudo da relação entre as políticas pública e regulatória, a pecha de déficit democrático do ente regulador independente, como se alertou no passado.

Mas volte-se a uma questão. Nada paradoxal é a afirmação de vinculação independente, a qual não deve ser um mero jogo de palavras, bem truncado ou ilusório para alguns, ainda que seja ela de difícil concretização. O ente regulador é vinculado ao Núcleo Estratégico do Estado, por força de atrelamento às políticas públicas, porém (tecnicamente) independente na implementação das políticas regulatórias que concretizarão o programa governamental.

Demais disso, a *expertise* que impregna a decisão regulatória, e, por consequência, a política, a norma e a ação do regulador, decorre de juízos de valores prévios do humano investido na função regulatória, os quais denotam certo subjetivismo na escolha entre tal e qual técnica, instrumento ou maneira que se encontram num nível de equivalência, personalismo esse que lembra,

³⁷⁸ Por *accountability mismatch* eleitoral entende Prado a possibilidade de o eleitorado responsabilizar os integrantes do núcleo político estatal pelas políticas implementadas pelo ente regulador, nada obstante tal influência não seja verdadeira (PRADO, Mariana Mota, 2006, op. cit.).

³⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal, 2014, op. cit., p. 4.

numa perspectiva de fundo, subjetivismo equivalente àquele que reside no humano ocupante do poder político estatal.

Por isso, a política regulatória deve ser a política pública, sob pena de a tomada de decisões do regulador gerar embate entre as razões políticas e as técnicas, quando, na verdade, devem elas se combinar, sem supremacia ou detrimento dos elementos técnico e político entre si, até porque a regulação não se insere no contexto de formulação de políticas públicas, mas sim de implementação delas, sendo esse o limite da função regulatória.

Ora, cediça a inocuidade do extermínio da segregação entre a Política e a Técnica (divisão não sustentada pela neutralidade política) nessas singelas linhas, salienta-se apenas nesta oportunidade a necessidade de se dimensionar o que de político deve ser isolado do agir técnico do regulador, como tem sido evidenciado aqui na ideia de investigar o que e como neutralizar, tendo em vista a impossibilidade plena de estancar o fluxo natural de permuta entre ambas, mormente no palco estatal, onde *“los problemas discutidos raras veces son puramente técnico o puramente político”*³⁸⁰.

Ampliando esse raciocínio, mas igualmente aplicável à presente discussão, continua a dissertar Majone:

*Esta distinción es análoga a la dicotomía tradicional entre política y administración, la cual se ha utilizado para apoyar la doctrina de que los líderes políticos fijan las políticas, mientras que los administradores y los expertos deben encontrar los medios apropiados para su implantación. Pero no es verdad que las políticas determinen todo hasta cierto punto, mientras que la administración se encarga de todo a partir de ese punto: ambas interactúan a lo largo de todo el proceso de elaboración de políticas.*³⁸¹

Diante desse alerta, e na crença de ter sido respondida a indagação de Binenbojm³⁸², resta o esforço de perscrutar a falada dimensão da neutralização do ente regulador independente, o que, como já se adiantou, reclama ainda o prévio exame de outra questão de inegável valor, que é a

³⁸⁰ MAJONE, Giandomenico. **Evidencia, argumentacion y persuasion en la formulacion de políticas**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. reimpr. México: FCE, 2005. p. 37. Disponível em: <<http://www.actiweb.es/uvm-map/archivo3.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

³⁸¹ *Idem, Ibidem*, p. 61.

³⁸² “Como compatibilizar a regulação setorial autônoma com políticas públicas desejadas por governos democraticamente eleitos?” (BINENBOJM, Gustavo. Apresentação. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e Democracia**: direitos fundamentais, Democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. xi).

captura política do regulador estatal, fenômeno que pode dificultar a interface entre as políticas públicas e regulatórias, seja por contaminação daquelas, seja por corromper a implementação destas últimas, como será visto a seguir.

4.3 A questão da captura política

Ante a exposição realizada, é de fácil constatação a dificuldade de entendimento, e, decorrentemente, de concretude, incidente sobre a temática da neutralidade política do ente regulador estatal, a despeito dos estudos desenvolvidos por respeitáveis Doulos em variados países, cujo impasse reside em obstáculos teóricos de diversos matizes, desde a despolitização em si mesma até os fundamentos da ação regulatória, fixados na respectiva política, que deve implementar as diretrizes do programa de ação governamental, como se intentou timidamente evidenciar nas páginas anteriores.

Sendo assim, busca-se dimensionar essa neutralização, a fim de assegurar ao regulador estatal a essencial independência.

E, para reforçar a gravidade e urgência de tal estudo, ainda no preâmbulo dessa investigação, tem-se em foco a captura política, enquanto desvirtuamento dessa neutralidade, que ostenta a condição de ser uma das circunstâncias ocasionadoras dos riscos regulatórios.

Por captura política deve ser entendida a sujeição indevida do agir do regulador às vontades e interesses do setor político, os quais estejam dissociados da finalidade regulatória, ou mesmo promiscuando tal desiderato, o que implica em prevalência de interesses outros em detrimento do coletivo.

Ainda nesta etapa de identificação temática, traz-se à colação a lição de Verônica Cruz sobre o que seja captura política:

A captura também pode ocorrer quando o governo propriamente faz que a agência assuma posições que reforçam sua política para determinado setor. Além disso, existe ainda a captura burocrática, que ocorre quando os objetivos da agência passam a refletir os interesses de seu staff.³⁸³

³⁸³ CRUZ, Verônica. Estado e regulação: fundamentos teóricos. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). **Regulação e agências reguladoras**. Governança e análise de impacto

Registre-se também a similar compreensão de Marques Neto sobre a captura política, vista por ele como “atrelamento da atividade regulatória aos interesses conjunturais do bloco do poder, às vicissitudes eleitorais”³⁸⁴.

A ideia da captura política se expressa na seguinte fórmula: “Captura = força política > redução do rigor da lei > força econômica > força política”³⁸⁵.

Como visto, falar em captura política é tratar de um cerceamento da atividade regulatória promovido pelos interesses das forças políticas, para que as decisões do regulador satisfaçam aos ocupantes do poder político.³⁸⁶

A captura política é espécie do gênero captura regulatória, sendo esta compreendida como a concretização da hipótese de o ente regulador se prestar ao serviço de atendimento de interesses desvinculados daqueles perseguidos pela regulação, situação de fragilidade na qual se conta também a captura econômica³⁸⁷, variação da cooptação nefasta, porém aqui efetivada pelos setores regulados e em benefício próprio³⁸⁸, sendo este último tipo, a captura econômica, o que deu ensejo ao estudo da cooptação do regulador, pela chamada Teoria da Captura. Ou seriam teorias da captura?

Acerca dessa variação de número da Teoria da Captura, há de se fazer um prévio esclarecimento.

Na verdade, pende certa divergência sobre a teoria em foco, relativamente à discussão se ela é única ou várias, tendo em que vista que alguns Estudiosos, entre eles, José Carlos de Oliveira, Augusto M. Perez Filho e Stephen Q. Wood³⁸⁹, alegam a existência de 2 teorias, que seriam a de Marver H. Bernstein e a de George J. Stigler, entendimento esse que não ecoa

regulatório. Brasília, DF: Anvisa, 2009. p. 62. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/divulga/public/Regulacao.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2014.

³⁸⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2000, op. cit., p. 90.

³⁸⁵ VILARINHO, Paulo Ferreira. A percepção da captura política da saúde suplementar no Brasil. **CADERNOS EBAPE. BR**, Rio de Janeiro, FGV, v. 8, n. 4, dez. 2010. p. 6. Disponível em: <http://app.ebape.fgv.br/cadernosebape/asp/dsp_texto_completo.asp?cd_pi=897411>. Acesso em: 13 jul. 2014.

³⁸⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit.

³⁸⁷ Há de se catalogar também, entre as espécies de captura regulatórias, outros tipos, além das tradicionais econômica e política, como a efetivada pela mídia, pelos sindicatos, pelos usuários/consumidores/grupos sociais setorialmente atingidos, como lembra MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit. e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2003, op. cit.

³⁸⁸ Consoante já explicitado, conquanto igualmente gravosa e recorrente, a captura econômica não receberá a atenção devida nesse estudo, por questões metodológicas.

³⁸⁹ OLIVEIRA, José Carlos de; PEREZ FILHO, Augusto M.; WOOD, Stephen Q. Agências Reguladoras e o Fenômeno da Captura. **Pensar**, Fortaleza, UNIFOR, v. 17, n. 1, p. 195-209, jan./jun. 2012. Disponível em: <ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/download/2278/pdf>. Acesso em 14 jul. 2014.

majoritariamente na Doutrina, já que predomina a ideia de tese única, construída a partir do ensino de Bernstein, ainda que, ao longo do tempo, tenha recebido acréscimo de Stigler e de muitos outros, como Richard Posner e Sam Peltzman, posição a que, particularmente, revela-se adesão.

Reforce-se que, como alertado, tal teoria se debruça inicialmente sobre a cooptação de natureza econômica, cujos estudos desembocaram oblíqua e posteriormente na captura política em tela e nas outras apontadas.

Decorrente do contributo estadunidense, a Teoria da Captura surgiu a partir da análise dos fenômenos de subjugação do ente independente a interesses desvinculados dos da regulação, perdendo aquele o comprometimento para com a realização do interesse desta, o que se dá por influxo de mecanismos de pressão advindos do poderio econômico dos regulados.³⁹⁰

Assevera Fernanda Pirotta que a captura, para a teoria correlata, ocorre “quando a agência perde sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a reproduzir atos destinados a legitimar a consecução de interesses privados dos segmentos regulados”³⁹¹.

E a constatação da ocorrência da captura ensejou estudos para compreensão e enfrentamento desse mal, cujo fito deste é ocasionar a perda da capacidade do regulador de decidir com base no interesse coletivo, levando-o a agir em conformidade com os anseios privados dos segmentos regulados, merecendo destaque as elucubrações de Bernstein, e seu *Regulating business by independent commission*, de 1955, e Stigler, com seu *Can regulatory agencies protect the consumer?* (de 1971), ambos da Escola de Chicago.³⁹²

Neste cenário, cabe historicamente a Bernstein o papel de iniciador dos estudos sobre *capture*, sendo atribuída a Stigler a condição de principal desenvolvedor de tal *theory*, além do contributo de Posner e Peltzman, já citados.

³⁹⁰ Para aprofundamento da Teoria da Captura e mesmo daquelas que se debruçaram sobre a regulação, recomenda-se o estudo de MATTOS, Paulo (Coor.). **Regulação econômica e Democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.

³⁹¹ PIROTTA, Fernanda de Abreu. **O fenômeno da captura nas agências reguladoras**. p. 3. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19678-19679-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

³⁹² Para Salomão Filho, Bernstein e Stigler são precursores do estudo do fenômeno captura, cuja sistematização em teoria se deu por Richard Posner e sua *Taxation by regulation*, de 1971 (SALOMÃO FILHO, Calixto, 2008, op. cit.). No mesmo sentido, CUÉLLAR, Leila, 2008, op. cit.

Bernstein apresenta a ideia do ciclo de existência das agências, também conhecida como vida útil das agências, em que aponta fases ou etapas na vida do ente regulador, e, em cada uma delas, a agência ostenta comportamento diferenciado perante o setor regulado, inclusive o de captura.

Descreve o extinto Autor tal ciclo de existência das agências:

Commissions are singled out, in the same vein, without comparing bureaus or departments, for a discussion of their "life cycle." In "youth," which follows "gestation," the aggressive effort of the commission is frustrated by the vagueness of statutory objectives. The inexperience of the staff is overmatched by a well-organized private group prepared to stymie the agency in the courts. Then "maturity: the process of devitalization" sets in, and the standards of regulation set by the commission come to be "determined in the light of the desires of the industry affected." Later the commission suffers a decline which is characterized by budgetary neglect ensuing upon loss of confidence in its ability to overcome its inertia, clean up its backlog, and transcend its traditions.³⁹³

Com fulcro em Bernstein, afirma Justen Filho que a *agency* vive 3 fases distintas, a saber, infância, maturidade e velhice, sendo que, na fase inicial, o ente regulador está intensamente adstrito aos interesses da coletividade, energia que se esvai na maturidade, que se caracteriza pela perda da capacidade do regulador independente no controle da atuação do setor sob sua fiscalização, até que, na velhice, ante a perda da sua memória, relativa à atuação regulatória, o ente regulador se mostra dependente e jungido ao setor privado, chegando ao fim de sua vida útil.³⁹⁴

No esteio de Bernstein, porém divergindo de Justen Filho, João Eduardo Lopes Queiroz e Márcia Walquiria Batista dos Santos registram 4 fases no ciclo de vida de uma agência reguladora:

A doutrina americana apontava o ciclo de vida de uma agência reguladora, que se resumia em quatro fases: infância, juventude, maturidade e velhice. A primeira fase dá-se quando ainda não se tem uma definição exata do campo de atuação da agência criada. Na segunda há um melhor conhecimento do mercado, o que permite sua maior atuação. Na fase da maturidade, também chamada de “porta giratória”[sic!], as agências atingem seus principais objetivos e atuam

³⁹³ Apud RUTLEDGE, Ivan C. Regulating business by independent commission, by Marver H. Bernstein. **Indiana Law Journal**, Indiana, Indiana University School of Law, v. 31, iss. 1, jan. 1955, article 10. p. 162. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2679&context=ilj>>. Acesso em: 14 jul. 2014. Grifos do original.

³⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit.

com eficiência. Já, na última fase, a da velhice, é que se dá a captura, isto porque o ente regulador começa a agir em prol de alguns entes regulados, favorecendo uns em detrimentos[sic!] de outros. Assim, as agências, não mais atingindo seus objetivos, são capturadas.³⁹⁵

Independentemente dessa controvérsia de fases, entende Bernstein que a captura era uma decorrência natural da existência do ente regulador.

Já Stigler tem por premissa, para sua justificação teórica da captura, a ideia central da sua Teoria Econômica da Regulação, qual seja, a de que esta última existe para atender às empresas reguladas, as quais se utilizam do processo regulatório para salvaguardar seus interesses, pensamento este o qual já se encontra superado³⁹⁶.

Desta feita, entende ele, similarmente a Bernstein, que a captura é uma situação natural da regulação, cuja ocorrência não é obrigatória ou inafastável, porém claramente possível, diferenciando daquele quanto aos motivos desse desvio comportamental, pois o justifica como decorrente da melhor capacidade das empresas reguladas de influenciar o ente independente, tendo em vista que conseguem se mobilizar eficientemente para alcance de seus interesses, ainda que em detrimento dos da sociedade.³⁹⁷

Neste sentido, assaz pertinente é a exposição de Sandroni sobre a Teoria da Captura, com fulcro na perspectiva de Stigler:

CAPTURE THEORY. Teoria do campo da regulação desenvolvida por George Stigler (1911-) [falecido em 1991]. Esta teoria desenvolve a concepção de que um ramo industrial regulamentado pode beneficiar-se dessa regulamentação “capturando” ou subordinando a agência governamental encarregada de gerenciar tal regulamentação. As razões para que isso aconteça são várias: 1) a indústria geralmente dispõe de conhecimentos técnicos sobre o setor bem maiores do que a agência governamental, o que significa que esta última até certo ponto depende da indústria nesse âmbito; 2) os funcionários da agência governamental podem sair dos quadros da indústria, ou então estes poderão ocupar no futuro posições nas agências governamentais; 3) a agência governamental por vezes necessita que a indústria reconheça sua necessidade e obtenha cooperação informal por parte da indústria.³⁹⁸

³⁹⁵ QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. O setor público. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coor.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 182, nota 241. Ressalve-se a utilização da expressão porta giratória, como sinônimo da fase da maturidade, tendo em vista o esposar-se de entendimento diverso aos dos Nobres Autores, como se verá.

³⁹⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, 2008, op. cit. e PÓ, Marcos Vinícius, 2009, op. cit.

³⁹⁷ OLIVEIRA, José Carlos de; PEREZ FILHO, Augusto M.; WOOD, Stephen Q., 2012, op. cit.

³⁹⁸ SANDRONI, Paulo (Org.), 1999, op. cit., p. 82. Grifos do original. Acréscimos nossos.

Portanto, para Stigler, a captura se dá em decorrência da proeminência da força do capital dos setores regulados, os quais impõem suas agendas aos reguladores, que passam a adotá-las, ao invés de zelarem pelas políticas regulatórias.

Demais disso, fatores como assimetria de informações³⁹⁹ e *revolving door*⁴⁰⁰, entre outros, propiciam o acontecimento de captura econômica, como lembrado por Sandroni.

Pelo exposto, é nítida a convergência entre Bernstein e Stigler, no sentido de realçar a prevalência do setor regulado, a influenciar as decisões regulatórias, ainda que desfavorecendo o ideário regulador em si mesmo.

Ora, inobstante a recorrente fala dos teóricos norte-americanos citados sobre a interferência econômica no agir do ente regulador, enquanto configuradora de captura regulatória, os fatos evidenciaram que tal intromissão na regulação extrapola o contexto econômico e se esparge igualmente para a seara política, donde surge, posteriormente, a captura política em comento.

Sobre esse transpasse do viés econômico para o político na captura (ou infeliz acréscimo, quiçá fosse mais adequado afirmar), discorre Pó:

Nessa escola teórica [a de Chicago] o relacionamento entre política e agências reguladoras é tratado como um agravante para os problemas da regulação, caracterizando uma captura política ou fazendo parte do jogo de interesses que culmina na captura pelos regulados (POSNER, 1974; PELTZMAN, 1976, 1989).⁴⁰¹

Eis que, deste modo, a Teoria da Captura aborda o enfraquecimento da independência do ente regulador, por força da interferência dos agentes de Mercado e/ou políticos nas suas decisões, ainda que sutil seja tal influência e nebulosa seja a percepção dela, pois, em muitos casos, não se verificam situações de corrupção, concussão ou afins, já que a captura pode se

³⁹⁹ “As empresas reguladas muitas vezes possuem mais conhecimento especializado do que a entidade reguladora (em termos qualitativos e quantitativos), detendo um maior número de informações importantes para a concretização da regulação, acarretando na maioria das vezes, uma ‘assimetria de informações’” (CUÉLLAR, Leila, 2008, op. cit., p. 91. Grifos do original).

⁴⁰⁰ “*Revolving door* é o movimento de atores entre diferentes papéis no processo regulatório como legisladores, reguladores e indústrias reguladas, podendo ser desempenhados ao mesmo tempo ou em uma determinada sequência. O *revolving door* pode levar à captura porque abre espaço para a atuação de atores com informação e posição privilegiadas no processo regulatório” (BATISTA, Mariana, 2011, op. cit., p.223, nota 6. Grifos do original).

⁴⁰¹ PÓ, Marcos Vinícius, 2009, op. cit., p. 22. Acréscimos nossos.

processar inconscientemente, ou seja, “sem envolver transações indevidas ou outorga de vantagens reprováveis para os reguladores”⁴⁰², o que se justifica ante a ocorrência de uma espécie de comunhão cognitiva, pela qual a vinculação entre profissionais de áreas técnico-científicas determinadas ou por ideologia política induz a uma “identificação potencialmente maléfica para a consecução de objetivos estruturais da atividade regulatória”⁴⁰³.

Assim o é, pois, restringindo o enfoque à cooptação política, a captura pode ter origem na contaminação da política pública ou na mácula da política regulatória, em consonância com o que se adiantou no tópico anterior.

Quer se dizer com isso que pode a captura política se desenvolver por ocasião da formulação da política pública, que se dirigirá ao ente regulador, ou seja, ainda na esfera do Governo, por ser o regulador independente o instrumento de implementação e adequação técnica do programa de ação governamental, através das políticas regulatórias, ou ainda, quando já ultrapassada essa etapa de definição das políticas públicas, haverá cooptação no instante de elaboração e/ou execução da ação regulatória.

Ainda assim, independentemente dos meios e formas de captura, a despeito de quaisquer dessas variações, os resultados da indevida coalização são catastróficos.

Ocorrendo a captura política, não apenas é ferida de morte a despolitização e, conseqüentemente, a independência do ente regulador (situação por si só deveras gravosa), como restarão demonstrados o déficit de controle das atividades reguladas e a baixa qualidade do exercício regulatório, o que fragiliza a credibilidade que deve ter o próprio ideário da regulação estatal, situação similar, mesmo sendo outra a causa, a que foi experienciada por ocasião da já falada crise transnacional de 2008 e que produziu os acirrados debates sobre o Estado da Crise, superação do modelo estatal regulatório, entre outros, como se viu oportunamente.

Neste sentir, quanto aos males decorrentes da captura política, Moreira Neto⁴⁰⁴ e La Spina⁴⁰⁵, entre outros, têm externado suas reflexões.

⁴⁰² PIROTTA, Fernanda de Abreu, 2014, op. cit., p. 6.

⁴⁰³ *Idem, Ibidem*, p. 6.

⁴⁰⁴ “A falsa independência, que consiste em subordinar politicamente a agência reguladora, seja de direito, pela criação de tutelas políticas indevidas sobre os dirigentes colegiados ou pela supressão das garantias de seus mandatos, seja de fato, pressionando-os

Tais efeitos, incontestavelmente nefastos, decorrentes da politização das ações regulatórias, conjuntamente com outros processos, tais como supercapitalização, regulação anticompetitiva e fraca atuação e dessincronia entre os diferentes coordenadores, dão azo ao aparecimento das chamadas falhas da regulação.⁴⁰⁶

Sucintamente, as falhas, também nomeadas como riscos regulatórios, ou, ainda, tensão da estrutura regulatória, revelam a deficiência do modelo regulatório, que extrapola os níveis considerados admissíveis ao seu próprio enfrentamento, o que pode ocorrer por conta de situações de incógnita (causada pela ausência de disciplina regulatória) ou de incerteza (ocasionante de insegurança regulatória).⁴⁰⁷

Destaque-se que as sequelas oriundas dessa tensão atingem o Mercado, os cidadãos, o modelo regulatório e o próprio Estado, pois, em primeiro plano, tais falhas se voltam para a comunidade e para o setor privado, e, em seguida, ferem o ideário regulador, em razão dos danos e controvérsias inafastáveis, culminando no ataque ao ente estatal, por descumprir seu papel de orquestrador da nova panorâmica, inclusive na correção das indigitadas mazelas, ocasionando a quebra da confiança pública, como se verá no futuro.

Como de sabença, indiferentemente do motivo causal ensejador da falha, sua ocorrência corrói o pilar de sustentação da regulação, tanto assim o é que a própria Economia se ressentida da tensão em comento, desembocando em elevados níveis de insatisfação empresarial e retração de investimentos, os quais, por conta da inadequada concreção da tese regulatória, culminam no desarranjo institucional e financeiro.

indiretamente, resulta na criação de simulacros abastardados do instituto que apenas desservem à administração pública, que perde eficiência, e à cidadania, que perde em garantias" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2003, op. cit., p. 213-214).

⁴⁰⁵ *"Nel caso tipico, quindi, i regolatori, tra l'altro sottoposti ad una forte pressione politica (da parte del legislativo e talvolta dell'esecutivo, nonché dei 'gruppi di interesse pubblico' come le associazioni ambientaliste o consumeriste), allo scopo di evitare accuse di lassismo, 'cattura' o corruzione, tenderanno ad applicare legalisticamente e con scarsa attenzione alle conseguenze e ai costi norme che nascono già molto rigide, talvolta per eccesso di dettaglio, ma talvolta per mancata considerazione di condizioni specifiche"* (LA SPINA, Antonio, 2014, op. cit., p. 195. Grifos do original).

⁴⁰⁶ MAJONE, Giandomenico, 2010, op. cit.

⁴⁰⁷ ORTIZ, Gaspar Ariño. Sucessos e fracassos da regulação. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 3, ago./set./out. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-GASPAR%20ARINO%20ORTIZ.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

E falar-se em risco regulatório, pertinentemente ao papel do ente regulador, que mais particularmente interessa a esta pesquisa, implica na necessidade do correto cumprimento de seu dever existencial, o que não se coaduna com uma promíscua relação entre ele e o poder político, do qual deveria se manter distanciado para a tomada de decisões sem vinculação comprometedora do exercício regulatório.

Como fora mencionado alhures, tal problema é de indimensionalidade geográfica, já que é possível observar a ocorrência da captura política em variados países, inclusive em terras pátrias, respeitadas as peculiaridades de cada nacionalidade para o desenvolvimento da politização rechaçada.

Nada obstante isso, tal qual noticia o sumário deste trabalho, opta-se por investigar tal fenômeno em momento pósterio, no qual se debruçará a pesquisa sobre os cenários estadunidense, francês e brasileiro, a partir do tratamento da despolitização em tais palcos e, por consequência, dos meios de enfrentamento da politização na conduta regulatória.

No fechamento deste capítulo, espera-se que a proposta dele tenha sido satisfatoriamente atingida, qual seja, a de destacar a relevância da neutralidade política do ente regulador independente para a essencialidade do agir regulatório e do Estado Regulador em si mesmo, em face da visitação de seu universo conceptual e da mazela decorrente de seu desvirtuamento ou inconcretude, que é a captura do regulador pelo poder político, visando ações oportunistas, imediatas e divorciadas dos interesses coletivos a serem perseguidos pela regulação estatal.

Sobre esse necessário desatrelamento entre regulador e poder político, cabe reforçar algo já exposto. A ideia da despolitização em nada ampara a equivocada tese de absoluto aparte entre Técnica e Política, pois, como assevera Aragão, não se pode refutar o diálogo que deve existir entre *agencies* e os subsistemas político e econômico, mas que “não podem chegar a sobrepujá-las, a captá-las”⁴⁰⁸, sustentando-se apenas que o agir regulatório deve pairar acima da Política que se encontre presa às armadilhas e às paixões do jogo eleitoral.

⁴⁰⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2005, op. cit., p. 451.

Prova-se tal fala, dentre outras formas, pela relação entre políticas públicas e política regulatória, igualmente abordada, o que, não apenas ratifica a necessidade de intercomunicação entre Política e Técnica, como também chancela novamente a legitimidade democrática do ente independente.

Outrossim, a presença indevida do elemento político no processo regulatório, ensejadora da captura política, traz por seqüela a tensão regulatória, a fragilizar o ideário regulatório, como exposto.

E, para tanto, os ditames da lei e da moralidade pública devem capitanear as medidas de combate a esse malogro regulatório, por honradez aos compromissos socialmente assumidos.

Visto tudo isso, reconhecendo-se a estreiteza das abordagens realizadas, mas em atenção aos limites e objetivos deste trabalho, é assaz pertinente outra reflexão sobre a questão da cooptação política, tendo em vista que “(...) a possibilidade de o governo capturar uma de suas agências soa como incoerência, uma vez que é papel da agência executar as políticas formuladas pelos governos”⁴⁰⁹.

Desta feita, pende a dúvida sobre por qual razão o poder instituidor do regulador independente passa a cooptá-lo. A resposta (ou tentativa de) a essa indagação exige a compreensão de que parte do poder político é o autor da captura, e, por isso, aponta-se para a discussão acerca da dimensão da neutralidade política, o imo da investigação desta pesquisa.

Sendo assim, julga-se que elucidador será o estudo a ser desenvolvido no ulterior capítulo deste trabalho.

⁴⁰⁹ CRUZ, Verônica, 2009, op. cit., p. 62, nota 4.

5 A DELIMITAÇÃO DA NEUTRALIDADE POLÍTICA DO ENTE REGULADOR

Eis que se apresenta o momento de enfrentar o problema desse estudo, a saber, a dimensão da neutralização política do ente regulador.

No curso desta pesquisa, viu-se que, para a efetivação do ideal do Estado Regulador, é inafastável, dentre outros, o escorrito desempenho das atividades atribuídas ao ente regulador, sendo a captura política um dos óbices a esse objetivo, por mácula à despolitização, razão pela qual urge promover seu fortalecimento, sem o que impossível é concretizar, de forma satisfatória e eficiente, a essencial independência regulatória.⁴¹⁰

Desta feita, cediça a instabilidade temática que permeia a dimensão da neutralidade, e se sabendo insustentável o divórcio entre Técnica e Política, como fora visto, esse capítulo busca examinar a falada incerteza quanto ao que é e como neutralizar a influência política no regulador.

Para tanto, é investigada, a partir das lições dos Doutos nacionais e ádvenos, se a efetivação da neutralidade política exige integral distanciamento do agir regulatório de qualquer viés político ou se é suficiente a preservação do mister regulatório da influência partidária. De outra forma, despolitização é apoliticismo ou contenção político-partidária?⁴¹¹

E, baseado na verificação do tratamento, teórico e factual, que a neutralização recebe nos EUA e na França⁴¹², o que inclui igual averiguação no cenário local, a se somar a uma apreciação mais pontual do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁴¹³, dedica-se ao estudo do modo de concretização da neutralidade, porém restrito à forma de composição do regulador⁴¹⁴, para a salvaguarda da qualidade do exercício regulatório independente.

⁴¹⁰ Não se pretende imputar ao ente regulador e/ou à neutralidade política a responsabilidade exclusiva pelo sucesso ou fracasso do ideário regulatório, ante a existência de outros fatores igualmente relevantes para tanto, realçando-se apenas o capital valor do presente tema.

⁴¹¹ Aparentemente, pode-se crer superado o debate sobre o apoliticismo na regulação, ante a prévia constatação de impossibilidade de separação entre Técnica e Política. Entrementes, como se verá, a investigação aqui fundada na dimensão da neutralização reclama nova análise da relação entre tais elementos.

⁴¹² A opção por esses países se deve à condição norte-americana de iniciadora contemporânea do fenômeno regulatório e à peculiaridade da natureza jurídica do regulador francês e da influência do *Droit Administratif* no Brasil, como será mais bem evidenciado oportunamente.

⁴¹³ Conquanto exista respeitável oposição, segue-se aqui o entendimento já expressado alhures de que o ente regulador brasileiro não se restringe ao formato agência reguladora, podendo ostentar modelo diferenciado, como é o caso do CNJ.

⁴¹⁴ A análise acerca da forma de composição do regulador é fruto de decisão metodológica.

5.1 A dimensão da neutralidade: apoliticismo ou contenção partidária?

Desde o capítulo anterior, com base no magistério de respeitáveis Doutos, a despeito das nobres vozes dissonantes, tem sido expressada a premência de despolitizar a ação do regulador, o que, jungido a outros fatores, garante a independência que o tipifica, apontando-se-lhe os males decorrentes de sua não realização⁴¹⁵ e as benesses advindas de sua efetivação⁴¹⁶.

Fora igualmente alertado para a carência de percepção da dimensão dessa neutralidade, a ensejar a imprecisão reinante na temática, carência essa que não significa ausência de estudos sobre a questão, mas sim de diminuto número deles e do restrito interesse por esse debate. Assim o é também em decorrência da condição de teoria *in fieri* da regulação estatal, já declinada, motivo pelo qual o debate deve ser fomentado.

Portanto, como já registrado, a problematização sobre a qual se debruça este trabalho, e que será investigada mais diretamente neste capítulo, questiona se o robustecimento da independência do ente regulador, mediante a efetivação da neutralidade política, exige absoluta separação do contorno político na atuação regulatória ou seria restrito à contenção da interferência do partidarismo no regulador.

Isso é o que se intenciona prospectar aqui, investigação essa que se estriba causalmente no alerta emitido por Aragão, no qual vaticina tal Mestre que “a independência das agências reguladoras deve ser tratada sem preconceitos ou mitificações de antigas concepções jurídicas que, no mundo atual, são insuficientes ou mesmo ingênuas”⁴¹⁷, fala pela qual se pressupõe a necessidade de arejamento na compreensão a ser construída, *in casu*, acerca da despolitização do ente independente.

Considerando que tal estudo se desenvolverá a par das lições antecipadamente expostas, introdutórias ao momento presente, as quais,

⁴¹⁵ Corrupção, empreguismo, barganhas políticas em troca de favores e até partilha de cargos são alguns desses males, ilustrados com sábia precisão pelo Mestre Cavalcanti (CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores autônomos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, FGV, v. 219, p. 253-270, jan./mar., 2000).

⁴¹⁶ Segundo Moreira Neto, aliado a outros fatores, a concreção da neutralidade possibilita a instauração da verdadeira cultura da regulação (MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo, 2003, op. cit.).

⁴¹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2005, op. cit., p. 9.

quando necessário, serão retomadas para alicerçar o atual debate, apesar do risco do enfado, volte-se brevemente a analisar a ideia da neutralidade.

Neutralizar, do latim *neutralis* (relativo ao que é neutro) ou *neuter* (nem um nem outro), de onde derivam as palavras neutralidade e neutralização, apresenta variadas acepções, tais como tornar neutro, tornar-se indiferente, impedir de agir ou anular por força de uma ação contrária, compensar uma determinada ação por outra, etc.⁴¹⁸

Nos sentidos apontados, identifica-se 2 grupos de percepção, que seriam, a um, a condição de algo se manter apartado da influência externa (tornar neutro, tornar-se indiferente), e, a dois, a real existência de algo, cuja manifestação natural do seu ser não se apresenta, tendo por causa a interferência de outro elemento que lhe é externo (impedir de agir ou anular por força de uma ação contrária, compensar uma determinada ação por outra).

Desta feita, a partir das percepções acima, neutralizar seria o impedimento de manifestação de algo, cujo conteúdo obstado é intrínseco ou externo ao objeto de análise, em decorrência de uma imunização própria ou estranha, a lhe compensar ou refutar a emanção primeira.

Transpondo tal raciocínio para o assunto em foco, tem-se por neutralidade política do regulador independente o bloqueio no ente regulador da manifestação de traço político, seja este existente/interno (advindo do próprio regulador) ou interferente/extrínseco (oriundo do poder político), óbice que decorre de uma contenção que se impõe àquela demonstração.

Paradoxal e inusitada parece ser a afirmação de que a neutralização falada se volte não apenas para a interferência política externa (emanada pelo poder político), mas também para a que pode se originar do próprio ente independente. No entanto, considerando-se a forma de composição do regulador, é completamente possível que a influência política exterior se processe internamente, por meio dos membros indicados para formação do regulador estatal, questão a que se voltará mais a frente com o devido zelo.

Por ora, como de sabença, e agora reforçado pelo perfunctório exame do sentido dicionarizado do vocábulo neutralizar, confirma-se que

⁴¹⁸ NEUTRALIZAR. In: MICHAELIS moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2009. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=neutralizar>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

despolitização seria embaraço da manifestação política no ente regulador.

E, deste ponto já debatido, parte-se para o questionamento da alcunhada dimensão dessa neutralidade, que envolve o que neutralizar e como fazê-lo após tal delimitação, isto é, suas 2 perspectivas dimensionais.

E, principiando esse estudo, tem-se em foco, a análise da 1ª perspectiva dimensional da despolitização, que seria o que do elemento político deve ser neutralizado no agir do ente regulador, o problema desta pesquisa.

Justifique-se que tal questionamento se origina no dilema (ou contradição, para alguns) existente sobre a já falada relação entre Política e Técnica, na qual a ação regulatória se insere.

De um lado, foi dito que despolitizar remete à ideia de afastar algo da Política. Ou retirar a Política de algo. Mas, de outra banda, falou-se também que a neutralidade política aqui evidenciada não seria o enclausuramento do agir regulatório à Técnica, com rechaço ao elemento político, em face de temas como a própria natureza da atividade estatal, relação entre políticas pública e regulatória, entre outros.⁴¹⁹ E, demais disso, viu-se que o regulador independente, para sê-lo, carece, dentre outras condições, de se manter separado da Política⁴²⁰.

Ora, como ser politicamente independente sem ser contrário à Política? Como é possível se afastar dela sem negá-la?

Diante desse impasse, é que surge o questionamento desta pesquisa: que é neutralidade política? É apolitismo? É contenção partidária?⁴²¹

⁴¹⁹ Como lecionam Binenbojm e Cyrino, “o que é certo, entretanto, é que não há matérias inteiramente assépticas à política em seus aspectos técnicos, nem tampouco escolhas totalmente políticas que prescindam de alguma consideração técnica” (BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Entre a Política e a *expertise*: a repartição de competências entre o Governo e a ANATEL na Lei Geral de Telecomunicações. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 16, nov./dez./jan., 2009. p. 7. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2014).

⁴²⁰ “Acresce que esse saudável *distanciamento* e até um pouco de *compartimentação* entre, de um lado, a *Política*, como a arte de tomar decisões gerais para a sociedade, e, de outro, a *Administração*, como arte de executá-las, *tem resultado em desejável aperfeiçoamento* institucional no Direito Político contemporâneo, como se vem observando nos Estados contemporâneos, e, por isso, só deve ser estimulado” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2006, op. cit., p. 416. Grifos do original).

⁴²¹ A limitação da reflexão sobre o que seja despolitizar às hipóteses de apolitismo ou de restrição partidarista se fundamenta nas elucubrações dos Doutos, os quais ventilam, majoritariamente, essas 2 opções para o debate, como se verá.

A opção pelo apoliticismo, com vênia a seus ilustres defensores, como os ilustrados por Jacint Jordana e David Levi-Faur, em sua obra coletiva⁴²², parece de difícil sustentação, em decorrência da flagrante contradição que ostenta, quanto aos argumentos preteritamente expostos e aqui pincelados a benefício da memória do debate (natureza da atividade estatal, relação entre as políticas públicas e regulatórias e necessidade de interface entre o técnico e o político na regulação, entre outros).

Em face do que já fora estudado, impossível atender às premissas do agir regulatório e da própria regulação estatal se houver divórcio entre eles e a Política como um todo, já que esta diz respeito à relação do grupo social frente ao poder dele representativo, de rechaço inimaginável num Estado Democrático, como o é o Estado Regulador, remetendo-se aqui às considerações estampadas alhures que fundamentam tal impossibilidade, bem como à lúcida manifestação de Flávio de Araújo Willeman:

Não seria de se imaginar, realmente, que um órgão ou ente descentralizado, por mais autônomo que fosse, ficasse alheio ao conjunto da Administração Pública. A autonomia não pode servir para isentá-los da obrigação de se inserirem nos planos e diretrizes públicas gerais. Se fossem colocados em compartimentos estanques, a descentralização revelar-se-ia antitética aos valores de eficiência e pluralismo que constituem o seu fundamento.⁴²³

Por tudo isso, confirma-se a irrealizabilidade do pleno desvincular político no agir regulatório, motivo pelo qual em exame se coloca a alternativa da restrição partidária como representativa da neutralidade política.

Nesta vertente, a despolitização se vincularia às questões eleitorais e/ou partidárias, devendo destas se imunizar, pois o distanciamento exigido do regulador independente não seria o da Política em sua integralidade, por força da impraticabilidade de tal medida, mas sim do partidarismo dela decorrente.

⁴²² JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David (Ed.). **The politics of regulation**. Institutions and regulatory reforms for the age of governance. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. Disponível em: http://books.google.com.br/books?id=1TmMDMIDgj8C&pg=PA243&lpg=PA243&dq=The+Politics+of+Regulation+Jordana+J.+and+Levi-Faur,+D.&source=bl&ots=XbBYdwFjfO&sig=sUvOaU1ILLNAhCpMmVaAfvNTJRA&hl=pt-BR&sa=X&ei=I5_mU6-9MK3nsATXyYGQCg&ved=0CCEQ6AEwAA#v=onepage&q=The%20Politics%20of%20Regulation%20Jordana%20J.%20and%20Levi-Faur%20C%20D.&f=false. Acesso em: 9 ago. 2014.

⁴²³ WILLEMAN, Flávio de Araújo. O Princípio de Generalidade e o direito ao recebimento de serviços públicos ainda não prestados em caráter geral. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 227, p. 124, jan./mar., 2002.

De logo, é de se estampar que distinguir Política e sua expressão partidária é mister hercúleo, dada sua amplitude temática, ora limitada às acanhadíssimas pretensões deste estudo.

Nada fácil é tal investigação, considerando-se que, sobre Política, há “enorme quantidade de questões teóricas que têm sido objeto de artigos e monografias em número cada vez maior”⁴²⁴, volume esse não indicativo de pacificação do tema, sem mencionar que, como se passa com outras palavras, o vocábulo é de plúrima acepção, e, especificamente, identifica, “por um lado, o *processo-realidade* e por outro o *conhecimento* desta realidade”⁴²⁵.

É o que ilustram Bobbio, Matteucci e Pasquino, a partir da etimologia da palavra em tela:

I.. O SIGNIFICADO CLÁSSICO E MODERNO DE POLÍTICA. — Derivado do adjetivo originado de *pólis* (*politikós*), que significa tudo o que se refere à cidade e, conseqüentemente, o que é urbano, civil, público, e até mesmo sociável e social, o termo Política se expandiu graças à influência da grande obra de Aristóteles, intitulada *Política*, que deve ser considerada como o primeiro tratado sobre a natureza, funções e divisão do Estado, e sobre as várias formas de Governo, com a significação mais comum de arte ou ciência do Governo, isto é, de reflexão, não importa se com intenções meramente descritivas ou também normativas, dois aspectos dificilmente discrimináveis, sobre as coisas da cidade.⁴²⁶

Desta feita, ante tal variedade de sentidos, destacam-se 2 mais especificamente relevantes aos objetivos desta pesquisa, no esteio da lição de Justen Filho, que seriam, a um, a vinculação da Organização Política à realização do interesse público, e, a dois, a manifestação da soberania popular, refletida na titularidade e exercício de poder.⁴²⁷

No primeiro dos sentidos supra-apontados, tem-se por Política, num plano amplo, a vinculação de poder do Estado, expressada na práxis governativa e administrativa da comunidade, em atenção ao interesse público, referenciando a tudo o que concerne ao Estado, à Constituição, ao regime político e à soberania.⁴²⁸

⁴²⁴ DANTAS, Ivo, 2013, op. cit., p. 19.

⁴²⁵ *Idem*, *Ibidem*, p. 20. Grifos do original.

⁴²⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, 1998, op. cit., p. 954. Grifos do original. Mantida a grafia original.

⁴²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit.

⁴²⁸ DANTAS, Ivo, 2013, op. cit. O aprofundamento da temática em comento exige o estudo da obra aqui referenciada, riquíssima em si mesma e pela larga bibliografia em que se embasa.

E na outra percepção invocada, a Política é vista como “tática no jogo das forças sociais”⁴²⁹, a resultar no processo de escolha dos governantes, na hipótese de regime político democrático.

Em suma, lá se tem a seara da *policy*, e aqui reside a *politics*.⁴³⁰

Desta feita, em sendo impossível o afastar do regulador da Política *latu sensu*, ou *policy*, por força dos argumentos já expostos⁴³¹, desatrelar a ação regulatória da *politics* é a direção que o estudo toma doravante.

Cabe, entretanto, ressaltar algo brevemente, num plano antecessor à pesquisa anunciada. Não se pretende aqui promover a demonização do partidarismo, negar-lhe o valor ou fazer apologia ao seu extermínio. Em poucas palavras, não se intenta combater o partidarismo. Como se verá, o debate em comento tem assento apenas na interação entre a *politics* e a ação regulatória, e se essa interface seria adequada ou clamaria por prudente aparte, concentrando a refrega à denominada política ruim⁴³², merecedora de indistinto e aguerrido enfrentamento.

Feito tal anúncio, é de se observar que nessa *politics*, o partido político se apresenta como elemento indispensável à caracterização daquilo que se conhece como poder político⁴³³, já que, enquanto uma das espécies da formação social⁴³⁴, ele atua como força intermediária à efetivação da Política e

⁴²⁹ DANTAS, Ivo, 2013, op. cit., p. 21.

⁴³⁰ “A dimensão material ‘policy’ refere-se aos conteúdos concretos, isto é, à configuração dos programas políticos, aos problemas técnicos e ao conteúdo material das decisões políticas” e “no quadro da dimensão processual ‘politics’ tem-se em vista o processo político, freqüentemente de caráter conflituoso, no que diz respeito à imposição de objetivos, aos conteúdos e às decisões de distribuição” (FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **PPP – Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, DF, IPEA, n. 21, jun., 2000. p. 216-217. Disponível em: <<http://www.en.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>>. Acesso em: 10 ago. 2014. Grifos do original. Mantida a grafia original).

⁴³¹ Como lembra Pó: “Também verificamos que a dinâmica política não pode ser vista como algo que se insinua insidiosamente no jogo regulatório, mas deve ser compreendida como parte inerente da discussão de qualquer política pública, inclusive das regulatórias” (PÓ, Marcos Vinícius, 2009, op. cit., p. 14).

⁴³² Por política ruim, deve ser entendida “aquela política em que o fim último da atuação do agente é de caráter pessoal, não levando em conta os interesses da coletividade - aquela, afinal, que visa a benefícios e ambições pessoais do agente” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e poder normativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 9, p. 11, fev./mar./abr., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-JOSE%20CARVALHO.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2014).

⁴³³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, 1998, op. cit.

⁴³⁴ “II. CIÊNCIAS JURÍDICAS E FORMAÇÃO SOCIAL. — 1) Os *juristas* entendem por Formações sociais aquelas associações, comunidades ou sociedades intermediárias entre os indivíduos e o Estado, nas quais o indivíduo se realiza como pessoa e mediante as quais

da própria Democracia, ante a ineficácia da ação pessoal isolada na vida governativa social, pelo que deve o indivíduo se agregar em *corps intermédiaires* (das falas montesquiana e tocquevilliana) de conotação política para se expressar na participação da formação da vontade política estatal⁴³⁵.

De conotação pluridimensional, enfeixando interpretações sociológicas, psicológicas, políticas, históricas e jurídicas⁴³⁶, o partido político pode ser compreendido, na lição do Catedrático espanhol Pablo Lucas Verdú, como “uma agrupação organizada, estável, que solicita apoio social para sua ideologia e programas políticos a fim de disputar o poder e participar na orientação política do Estado”⁴³⁷, sentido esse bastante próximo daquele defendido por Weber⁴³⁸ e dos estudos de Baracho⁴³⁹.

É, pois, inarredável, diante do papel que desempenha, o valor que o partido político representa na concretização da *politics* para construção da própria *politics*, como sabiamente leciona Hans Kelsen, abaixo transcrito:

*Es ilusión o hipocresía sostener que la democracia es posible sin partidos políticos. Pues es completamente claro que el individuo aislado no puede adquirir ninguna influencia real sobre la formación de la voluntad general, de modo que no tiene, desde el punto de vista político, existencia verdadera. La democracia no puede, en consecuencia, existir seriamente más que si los individuos se agrupan según sus fines y afinidades políticas, es decir, si entre el individuo y el Estado se insertan esas formaciones colectivas cada una de las cuales representa una orientación común a sus miembros, un partido político.*⁴⁴⁰

interesses particulares se expressam e se agregam. A família, a Igreja, o partido político, a empresa, o sindicato, a escola, as minorias étnicas são as Formações sociais mais importantes de uma sociedade” (*Idem, Ibidem*, p. 510. Grifos do original).

⁴³⁵ DANTAS, Ivo, 2013, op. cit.

⁴³⁶ *Idem, Ibidem*.

⁴³⁷ Apud *Idem, Ibidem*, p. 308.

⁴³⁸ “Segundo a famosa definição de Weber, o Partido político é “uma associação ...que visa a um fim deliberado, seja ele 'objetivo' como a realização de um plano com intuitos materiais ou ideais, seja 'pessoal', isto é, destinado a obter benefícios, poder e, conseqüentemente, glória para os chefes e sequazes, ou então voltado para todos esses objetivos conjuntamente” (Apud BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, 1998, op. cit., p. 898. Grifos do original. Mantida a grafia original).

⁴³⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos partidos políticos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 16, n. 64, p. 127-166, out./dez.. 1979. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181114/000365433.pdf?sequence=3>>.

Acesso em: 10 ago. 2014.

⁴⁴⁰ Apud ENTERRÍA, Eduardo García de. **Democracia, jueces y control de la administración**. 6. ed. Madrid: Editorial Civitas, 2009. p. 90.

Nada obstante isso, é cediço que o objetivo do partido político, por sua essencial, é a ascensão ao poder, como também sua manutenção nele, como asseveram Przeworski, Stokes e Manin:

*Parties or candidates make policy proposals during campaigns and explain how these policies would affect citizens' welfare; citizens decide which of these proposals they want implemented and which politicians to charge with their implementation, and governments do implement them. Thus, elections emulate a direct assembly and the winning platform becomes the "mandate" that the government pursues. (...) Because they anticipate the judgment of voters, governments are induced to choose policies that in their judgment will be positively evaluated by citizens at the time of the next election.*⁴⁴¹

A questão a se analisar é que, por força da fragilidade moral humana, a contaminar decorrentemente as instituições, bem como do malogro institucional na minimização de seus efeitos, essa natural ambição descamba para a utilização de meios e artifícios vários e de questionáveis procedência e finalidade, tendo em vista que a mazela a ser combatida não se assenta apenas no tentame da investida e permanência no poder, mas também nas razões pelas quais o poder se revela tão atrativo, muitas vezes plenamente dissociadas do móvel público, o que dá azo à mencionada política ruim.

Tal cenário, de nacionalidade variada e mais frequente do que se desejaria, é apresentado por Martínez sob o rótulo de "*lucha de partidos*"⁴⁴², a evidenciar que tal acesso, ante a saudável multiplicidade de *parties*, consubstancia-se numa peleja de, não raro, duvidosas armas.

Esse é o ponto crucial nesta investigação, pois, em tais armas, pode estar incluída a manipulação da ação regulatória. Explique-se!

Seja mediante o controle indevido do agir do regulador estatal, seja por força da utilização de tal espaço como compensação partidária, é possível que, na luta apontada, os partidos manejem a atuação regulatória na conveniência do poder perseguido por eles, notadamente daquele partido que já se encontra instalado nele.

Na verdade, as razões para o sequestro político do ente independente são múltiplas, talvez infindas, citando-se, além das hipóteses acima suscitadas, a manipulação para obstar a ação do futuro governante, ou

⁴⁴¹ PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard (Ed.), 1999, op. cit., p. 29.

⁴⁴² MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit., p. 344.

para recompensar indevidamente certos setores regulados pelos investimentos eleitorais, ou para desacreditar o ideário regulatório em si mesmo, etc...

Como lecionam Przeworski, Stokes e Manin, no trecho já transcrito, para chegar e ficar no poder, muitos são os artifícios utilizados, dignos ou não.

E, nesse momento, a partidocracia se expõe arditamente.

A ideia, de origem italiana, com acréscimo alemão, é que o Governo ou Estado dos partidos representa, a partir da predominância dos partidos políticos nas Democracias, a colonização do Estado e da sociedade pelos *parties*, nesse novo desenho da relação entre eles.⁴⁴³

Essa colonização diz respeito ao “domínio ou expansão de domínio”⁴⁴⁴ dos partidos, frente ao ente estatal e à comunidade, de forma a estabelecer novas perspectivas de atuação e serviço partidários, a partir do surgimento de partidos de massa e da perda paulatina da ideologia, já que:

(...) na própria palavra-definição "Partidocracia" há uma possível crítica implícita que diz justamente respeito à ambição ou até mesmo ao êxito dos partidos em monopolizar não só o poder político como também a própria vida política organizada. A Partidocracia se identifica então, antes de mais nada, com o predomínio dos partidos em todos os setores: político, social e econômico. Caracteriza-se por um constante esforço dos partidos em penetrar em novos e cada vez mais amplos espaços. Culmina no seu total controle da sociedade. É então que a Partidocracia é deveras domínio dos partidos.⁴⁴⁵

Ora, dentre os vários instrumentos manejados para efetivação desse domínio de partidos, é de se catalogar a “distribuição dos cargos fundada na adesão ao partido”⁴⁴⁶, forma clássica de garantir a submissão do Estado e da sociedade aos interesses dos partidos, já que:

(...) quanto mais vasto for o âmbito de intervenção do Estado nos setores social e econômico, tanto mais numerosas serão as posições disponíveis para os partidos (e quanto mais débeis forem as instituições, tanto mais fácil será para os partidos intervir e colonizá-las). Por isso, um Estado intervencionista e instituições débeis, como, por exemplo, um aparelho burocrático mantido à mercê do Governo, são um terreno favorável à Partidocracia e às suas atividades de expansão e fortalecimento.⁴⁴⁷

⁴⁴³ ENTERRÍA, Eduardo García de, 2009, op. cit.

⁴⁴⁴ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, 1998, op. cit., p. 905.

⁴⁴⁵ *Idem, Ibidem*, p. 906. Grifos do original.

⁴⁴⁶ *Idem, Ibidem*, p. 907.

⁴⁴⁷ *Idem, Ibidem*, p. 907.

Através dessa partilha de cargos e desse controle das posições e postos nas instituições públicas, como já fora dito, têm-se modos de cooptação política do regulador independente, o que autoriza a conclusão que a partitocracia favorece o sequestro político do ente regulador.

Outrossim, é pela partitocracia que se afugenta a dúvida correlata aos motivos de o Governo capturar politicamente seus entes reguladores, o que seria um contrassenso, já que, de fato, não se trata de uma captura promovida pelo Estado em si mesmo, mas sim pelos partidos ocupantes do Estado, formadores do *Parteienstaat*⁴⁴⁸.

E, nesse ambiente de lutas partidárias, numa disputa de alcance e/ou manutenção de sua posição partitocrata, os reguladores independentes são preciosos recursos de manipulação do poder a ser conquistado ou defendido, considerando que as decisões regulatórias, em consequência última, podem produzir simpatia ou repulsa no eleitor e nos setores regulados, notadamente o econômico (considerando o financiamento privado de campanhas eleitorais), fatores relevantíssimos no embate político-eleitoral.⁴⁴⁹

Desta feita, em atenção à investigação da 1ª perspectiva dimensional da despolitização, percebe-se que neutralidade política se relaciona, especificamente, ao alijamento das influências oriundas dos partidos políticos, através de seus membros, enquanto integrantes do Legislativo e/ou do Executivo, mais acentuadamente, para salvaguarda da prática regulatória. Em sucinta e direta afirmação, vaticina Moreira Neto: “Observe-se que essa imparcialidade é, desde logo, *política*, e neste sentido pode-se falar de *neutralidade político-partidária*...”⁴⁵⁰.

Neste sentido, é o magistério de La Spina, o qual, conquanto longo, revela-se esclarecedor:

...di una spiccata indipendenza da pressioni partitiche o da interessi particolaristici, senza la quale anche persone molto esperte si troverebbero a dover fare i conti con diktat o veti estranei agli interessi da tutelare, o addirittura con essi confliggenti. Parliamo di indipendenza dalla politica di partito, nonché dagli interessi dei gruppi

⁴⁴⁸ Estado de Partidos, na lição de Hans Kelsen (DANTAS, Ivo, 2013, op. cit.).

⁴⁴⁹ “Tanto na hipótese de as agências reguladoras atenderem aos interesses de organizações políticas apenas interessadas em populismo eleitoral quanto ao submeterem-se às vontades dos entes regulados, a regulação não cumpre seu papel essencial” (PIROTTA, Fernanda de Abreu, 2014, op. cit., p. 6).

⁴⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2003, op. cit., p. 160. Grifos do original.

"regolati"; il che non può né deve significare (a meno di mistificazioni ideologiche) "oggettività", "mera tecnicità", "neutralità" o "apoliticità" delle decisioni degli organismi indipendenti, né sempre, in concreto, totale impermeabilità alle richieste provenienti dai settori regolati e dal circuito politico. Piuttosto, si tratta di istituzioni (guidate in genere da esperti esterni alle burocrazie pubbliche, politicamente non affiliati, in carica per un periodo di norma diverso da quello dell'organo nominante, soggetti a regimi di incompatibilità) che vengono poste, deliberatamente, al di fuori di un certo circuito della decisione politica, quello partitico-rappresentativo, per godere di una legittimazione di tipo diverso, fondata sulla expertise, nonché possibilmente su altre garanzie, come vincoli di tipo procedurale, ricorribilità in giudizio delle decisioni, forme di responsabilità indiretta, etc.⁴⁵¹

Ante o exposto, com substrato nas lições ofertadas pelos Sábios, resta evidenciada que a dimensão da neutralidade política do ente regulador independente é de conotação restrita à ideologia partidária, por ser esta ensejadora de danos de variados jaezes, a partir da cooptação regulatória.

Tal constatação deriva daquela outros ensinamentos doutrinários que antecederam a trilha investigativa do problema desta pesquisa, os quais cancelam o valor do elemento Política e a indissociabilidade da Técnica a ele, notadamente no cenário estatal democrático.

Outrossim, cumpre ratificar que tal entendimento não agrega cunho depreciativo ao partidarismo e/ou aos partidos políticos, cujo valor para a Democracia é inafastável, como se destacou oportunamente. O rechaço aqui defendido se assenta exclusivamente no mau partidarismo, o qual, como preteritamente esclarecido, expressa-se no manejo de ações e recursos de suspeita validade para alcance do Poder, situação que necessariamente não é de obrigatoria ocorrência no âmbito dos *parties*.

Em poucas palavras, para a delimitação da neutralidade política do regulador estatal, com o fito de obstacular a captura política, o combate se volta à partitocracia e não aos partidos políticos.

Entrementes, as investidas nefastas da partitocracia exigem a presença de instrumentos objetivos para seu enfrentamento, o que transcende a importância da fixação teórica da delimitação aqui efetivada, razão pela qual urge verificar modos de concretizar a celeumática despolitização, o que se verá no item póster.

⁴⁵¹ LA SPINA, Antonio, 2014, op. cit., p. 194. Grifos do original.

5.2 A efetivação da neutralidade delimitada

Conquanto relevante seja sua delimitação, inclusive por ser o problema que norteia esse estudo, insuficiente para efetivação da independência política em questão é a identificação do que neutralizar na relação entre regulador e Poder Político, tendo em vista que o partidarismo nefasto e danoso (o que não é pleonismo, em teoria!) consegue engendrar arduamente práticas corruptoras da neutralização política no ente regulador.

Acerca desse panorama, disserta lucidamente Ortiz:

Existe uma complexa trama de interesses que se ocultam atrás de toda regulação: interesses dos políticos, dos burocratas e dos grupos que crescem ao abrigo dos mesmos. Os *políticos*, que não só procuram o bem comum, mas, também os seus próprios interesses, encontram na regulação uma fonte de poder, de influência sobre os regulados, entre os quais rapidamente surgem amigos e protegidos, sem que o político assuma mais do que um mínimo custo (a regulação não custa: paga o público). Estes amigos fazem doações ao partido, estendem a sua influência e têm poder mediático que o político agradece.⁴⁵²

Por tal motivo, sabendo-se o que despolitizar, urge compreender como efetivar tal contenção partidária. Noutras palavras, centrado na 2ª perspectiva dimensional, como neutralizar é a questão em realce.

Com base na premissa acima estabelecida, objeto da 1ª perspectiva dimensional, pela qual fora identificada que a neutralidade política é uma *“necesidad de alejar determinadas actividades y decisiones del âmbito de influencia de los partidos, y más concretamente, de los órganos del Estado en los que tiene lugar la lucha política”*⁴⁵³, impende o questionamento sobre a maneira pela qual pode e deve ser efetivado tal aparte no agir regulatório.

A despolitização, com fulcro na delimitação acima efetivada, restrita ao partidarismo, notadamente, à luta dos partidos⁴⁵⁴, reclama robustos e eficazes meios e instrumentos de concreção, a fim de não resvalar para a inocuidade teórica, seja por conta de sua não implementação factual, seja por força da fragilidade de tal instauração, instigadora de burlas.

⁴⁵² ORTIZ, Gaspar Ariño, 2005, op. cit., p. 10. Grifos do original. Mantida a grafia original.

⁴⁵³ MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit., p. 344.

⁴⁵⁴ Como leciona Aragão, os valores albergados pela Constituição serão “melhor protegidos e satisfeitos se a sua gestão [do regulador independente] for colocada a salvo das lutas partidárias” (ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2005, op. cit., p. 248. Acréscimos nossos).

Aqui entre nós, e que similarmente se reproduz alhures, antecipando investigação futura, “tanto o Governo quanto o Parlamento (...) têm forte poder sobre as agências reguladoras (...) para influenciar em suas decisões”⁴⁵⁵, cenário esse exigente da presença de severa estrutura cabalmente apta a impedir o sequestro político do regulador.

Sendo assim, a dificuldade (titânica, como sabido!) é conceber e viabilizar – orquestrar, numa palavra – a independência do regulador, ante sua articulação com o poder político rodeante, para que aquele “seja um instrumento de política governamental, e não um instrumento de política de um governo”⁴⁵⁶, diversamente do que se testemunha abundantemente. Portanto, buscar “uma burocracia menos ligada aos partidos políticos”⁴⁵⁷ é a demanda que se erige.

Novamente, a contradição busca encampar as discussões concernentes à neutralidade política⁴⁵⁸, pois é aparentemente incoerente que os partidos políticos, que formam os Governos, e que, conseqüentemente, conduzem os Estados, a despeito de seus interesses particulares, possam se manter voluntariamente distantes do ente regulador, numa altruísta omissão imunizadora deste às investidas daqueles.⁴⁵⁹

Sabe-se que o fim político desse tipo de agremiação é a ascensão ao Poder, por representação legítima de determinados grupos políticos, com os quais mantém vínculo sociológico, a corresponder os anseios destes na comunidade.⁴⁶⁰ Contudo, para a organização partidária essencialmente desatrelada a tal vínculo (a originar a já falada política ruim), “que visa,

⁴⁵⁵ ROSA, Paulo Moraes Santa. Captura das agências reguladoras: um fenômeno multidimensional. **Política Democrática – Revista de Política e Cultura**, Brasília, DF, ano 6, n. 20, p. 54, mar. 2008.

⁴⁵⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2000, op. cit., p. 87.

⁴⁵⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2003, op. cit., p. 208.

⁴⁵⁸ Na verdade, não apenas a contradição opõe resistência à despolitização, colacionando-se também a agudeza de Dignos Autores com que à ela, e, no fundo, à regulação estatal se referem, como já foi alvo de registro aqui, exemplificado pela lição dos pluricitados NUNES, Antônio Avelãs, 2014, op. cit. e CALVETE, Victor J., 2014, op. cit.

⁴⁵⁹ Noutra ótica, fazendo uma crítica à neutralidade política, lembra Peci, que “se os políticos se motivam por *rent seeking* [em linhas gerais, e pela perspectiva de ocorrência governamental, seria a tentativa de garantia de renda econômica para si ou para outrem, através da manipulação do ambiente social e/ou político, sem a criação de riqueza] e vontade de ser reeleitos, os burocratas também podem buscar ocupar cargos e obter rendas. A autonomia concedida às agências reguladoras pode diminuir o risco de influência por parte dos políticos, mas, por outro lado, também dificulta as precauções em caso de comportamento abusivo de seus funcionários, apontando para o risco de existência de “*agents*, sem *principal*” (PECI, Alketa, 1999, op. cit., p. 8. Grifos do original. Acréscimos nossos).

⁴⁶⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira, 1979, op. cit.

somente nos períodos eleitorais, através da indicação e registro de candidatos, à procura de cargos para manutenção no poder”⁴⁶¹, promover o sequestro político regulatório seria mais um recurso disponível para alcance de tal intento.

Logo, será efetivamente impossível (e não só contraditória) qualquer tentativa de contenção da influência partidária no ente independente, caso tal medida esteja vinculada exclusivamente à Ética do potencial cooptador.⁴⁶²

Ante a fragilidade do atrelamento da despolitização ao universo imperscrutável do subjetivismo, forçoso o existir mecanismos concretos e objetivos para implementação da neutralidade política do regulador.

Demais disso, outro obstáculo se apresenta, também de árduo enfrentamento, nesta etapa do como neutralizar, a saber, aquele relacionado à eficiência dos mecanismos obstadores à captura política do ator regulatório.

Ora, revela-se insipiente a crença de que a determinação de medidas combativas à politização regulatória, por si só, salvguarde sua essencial independência, cenário que sinalizaria a eficácia da neutralidade política, mas não necessariamente o seu desempenho satisfatório.

De fato, a neutralização política do regulador clama por meios consistentes de existência, aplicabilidade, controle e fiscalização, nos quais devem ser contemplados, dentre outros, as regras de conduta para a articulação entre o núcleo político do Poder e o ente regulador, a delimitação objetiva das competências regulatórias e o estabelecimento de garantias funcionais aos integrantes do exercício regulatório⁴⁶³, tudo isso almejando dissipar as sinuosas, aliciantes e impalpáveis brumas da subjugação regulatória, as quais se originam no incontrolável espaço do intento e da deliberação volitiva, sede das nefastas ações a serem combatidas.

Em breves palavras, urge existir critérios objetivos para o controle da exteriorização do imponderável!

Cabe ressaltar que tais ações podem se situar no âmbito externo do regulador, como igualmente na sua esfera íntima, já que, como mencionado

⁴⁶¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira, 1979, op. cit., p. 165.

⁴⁶² “É que se ressentem, alguns políticos, com a criação de agências de regulação setorial, da perda de poder decisório sobre esses nichos sensíveis, que, a seu ver, bem poderiam continuar a render-lhes dividendos políticos se continuassem a ser tratados sob critérios partidários” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2006, op. cit., p. 421).

⁴⁶³ Conforme ensino de MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2003, op. cit., JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit., DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 1999, op. cit., CUÉLLAR, Leila, 2001, op. cit., CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra, 1999, op. cit., entre outros.

anteriormente, a cooptação política pode ser operacionalizada, não só por força de influxos extrínsecos, mas igualmente por emanções internas, ou seja, oriundas do próprio ator da regulação estatal, já que tal captura pode se processar, entre outros, na fixação da política pública, na concreção da política regulatória ou na formação do regulador, hipóteses que não se excluem.

Nesta última, observa-se que os desempenhantes de função regulatória são, no mais das vezes, originários das indicações dos partidos políticos vinculados ao Governo, a causar uma posterior subserviência desses a seu benfeitor político, corrompendo as futuras decisões regulatórias, como noticiam episódios vários e de ocorrência geográfica indistinta, extensivo, inclusive, ao âmbito extrarregulação, como discorre Marcos Martins:

Nesse particular, vê-se a rotina partidária por disputa de cargos de direção nas agências reguladoras. Tal situação acaba causando morosidade na formação dos quadros dirigentes desses órgãos. E o que é pior, os partidos ficam comprometido com o governo, impondo aos dirigentes o que eles devem fazer ou não fazer sobre determinado fato, pessoa ou organismo. Dessa forma, inexistente independência decisória das agências. A contínua pressão do governo sobre as decisões das agências demonstra que elas não são tão independentes como visava o modelo que as criou.⁴⁶⁴

Em sendo assim, com fulcro na premissa de que, na regulação, “não há um objeto político a perseguir, [já que] a função é neutra”⁴⁶⁵, os Doutos têm se debruçado na catalogação e análise das medidas efetivadas pelos Estados Reguladores para consubstanciação da neutralidade política do regulador, muitas vezes amparados nas ações já implementadas na prática dos países, que se inserem nos outrora declinados meios consistentes de existência, aplicabilidade, controle e fiscalização.

Inobstante seja tão vasto e relevante esse elenco, restringe-se essa investigação, por decisão metodológica, à questão da forma de composição do ente regulador, sem qualquer prejuízo ao valor de todas as demais.⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ MARTINS, Marcos Antônio Madeira de Mattos. Direito Econômico e modernidade: a crise das agências reguladoras. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI; 18., 2009, São Paulo, SP. **Anais...** p. 4329. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2107.pdf>. Acesso em: 1 set. 2014.

⁴⁶⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2003, op. cit., p. 160. Acréscimos nossos.

⁴⁶⁶ Como dito alhures, esclareça-se, vigorosamente, que tal escolha não se fundamenta num juízo de que tal ponto seja suficiente para a garantia da despolitização, em desprezo às outras ações promotoras da neutralidade política. Tem-se aqui mera eleição metodológica.

Considerando que os dirigentes do ente regulador, majoritariamente, não são oriundos de seu quadro efetivo⁴⁶⁷, é por indicação política que tais cargos são preenchidos, designação que se fundamenta na *expertise* daqueles que são nomeados, pois, como preceitua Marques Neto:

... a capacidade técnica do regulador é também um requisito para a própria legitimação da regulação. (...) A *capacidade técnica* da agência deve ser perseguida em *dois momentos*. Primeiro, no *recrutamento de seus agentes* (não só dirigentes, mas também os seus funcionários), para os quais devem ser levados em consideração fatores de capacidade específica, conhecimento técnico e, eventualmente, experiência no setor regulado.⁴⁶⁸

Justamente por força desse episódio de recrutamento, a percepção de agraciamento do dirigente por quem o indicou pode se fazer exacerbadamente presente e ocasionar o indevido atrelamento das decisões regulatórias aos embates da arena político-partidária, quer pela dolosa troca de favores pessoais ou ideológicos, quer mesmo de forma inconsciente e distanciada de qualquer destinação corruptiva⁴⁶⁹. Em quaisquer das situações, ter-se-á instalada a captura política e desatendida será a finalidade regulatória!

Embora almeje ser independente e tecnicamente especializado, o regulador estatal pode ter comprometida sua qualidade essencial denominativa em razão da forma do atendimento do critério da superior e diferenciada formação prática e teórica exigível de seus dirigentes.⁴⁷⁰

Neste cenário de dirigentes estranhos ao quadro efetivo do ente independente para sua direção, Justen Filho, a partir da premissa que a neutralidade se expressa ante “a uma despolitização partidária da decisão”⁴⁷¹ a ser tomada pelo regulador, relaciona 2 balizas para conter o sequestro político

⁴⁶⁷ Acerca da rotineira origem externa dos dirigentes do ator da regulação, precisa se mostra a fala de Moura, ao afirmar que: “O insulamento da administração pública, enquanto atividade contínua e voltada à satisfação dos interesses públicos das pressões políticas do governo em exercício, cujos interesses são modificados de acordo com os partidos políticos no poder, é uma das grandes dificuldades da democracia moderna. Segundo aponta Garrido Falla, a necessária neutralidade administrativa somente pode ser obtida mediante a profissionalização da função pública com o acesso condicionado ao *merit system*” (MOURA, Emerson Affonso da Costa, 2010, op. cit., p. 79, nota 46. Grifos do original).

⁴⁶⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit., p. 62-63.

⁴⁶⁹ “Mas à parte de um tal patrocínio de cargos e respectivos oportunismo na progressão da carreira, também o empenhamento natural do funcionário em prol do sector de vida que lhe foi confiado, pode levar a que ele se identifique com os interesses que deve gerir” (ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2005, op. cit., p. 366).

⁴⁷⁰ CUÉLLAR, Leila, 2008, op. cit.

⁴⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit., p. 251.

deste, a saber, a composição colegiada da direção do ente regulador e a origem plural de nomeação.

O modelo colegiado da direção do regulador, diversamente do que se passa naquele de caráter unipessoal, prioriza a administração coletiva, no qual a tomada de decisão regulatória se fundamenta na vontade majoritária dos membros do corpo dirigente.⁴⁷²

E, em sendo de ordem coletiva, a indicação, bem como o controle dela, dos integrantes do ente independente poderia ser atribuída a distintas origens, e não apenas centralizada em única fonte de nomeação, mas sempre resguardadas as condições de elevada técnica desses futuros dirigentes.⁴⁷³

Tal Mestre pátrio sinaliza que, sem a presença de instrumentos de freios e contrapesos internos, decorrentes da forma de composição da direção do ator regulatório, impossível que a decisão dele seja neutra e voltada para o cumprimento eficiente de seu mister⁴⁷⁴, entendimento esse que é compartilhando pelos Sábios Moreira e Maçãs⁴⁷⁵ e Marques Neto⁴⁷⁶.

Dessarte, aliando o modelo colegiado, o qual se apresenta mais adequado, ante o controle recíproco, interno e prévio à tomada de decisão regulatória, à origem plúrima das nomeações, tem-se a possibilidade de efetivar a despolitização sem perda da tecnicidade semelhantemente valorosa.

Assim, além de outras medidas igualmente válidas, mas aqui não cogitadas, a opção pela composição colegiada dos membros dirigentes do regulador, cuja nomeação advenha das mais variadas forças políticas e sociais, e não exclusivamente do Governo e/ou Parlamento, revela-se oportunizadora de equilíbrio regulatório interno, afeto, primordialmente, as suas decisões, na tentativa de obstar que o ente independente se afaste da finalidade que o essencializa, em razão de uma lesiva politização.

⁴⁷² JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit.

⁴⁷³ “A situação pode apresentar soluções ainda interessantes se parte dos dirigentes da agência foi indicada por partidos minoritários, órgãos de classes ou representativos da sociedade civil” (*Idem, Ibidem*, p. 363).

⁴⁷⁴ *Idem*, 2014, op. cit.

⁴⁷⁵ “A colegialidade permite o pluralismo na composição destas entidades, o que favorece a troca de experiências e o confronto entre saberes diferentes” (MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda, 2003, op. cit., p. 26).

⁴⁷⁶ “Cremos ser ainda necessário pensarmos em ampliar os mecanismos de representação plural nos órgãos de direção das Agências. (...) Isso porque constitui garantia da independência e da neutralidade das Agências a existência de uma pluralidade de visões e posturas políticas no seu seio” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit., p. 136).

Utilizando-se desse duplo instrumento, de paralela aplicação, é possível reprimir (comedir, ao menos!) a contaminação política, para fins de promoção da despolitização partidária.

Há de se questionar a validade dessas medidas e da conclusão pela contenção partidária, pois, como se tentou evidenciar opacamente, espinhoso é o mister de assegurar que o fundamento teórico da neutralidade política do ente independente seja constatável na prática regulatória, e não mais um discurso esvaziado de concreção, não raro ante as incertezas que o tangenciam (das quais se aproveitam os inescrupulosos de todo jaez!), como as que foram vistas, pertinentemente ao conteúdo dessa despolitização, desmembradas nos aspectos atinentes ao que, do elemento Política, deve ser rechaçado na ação regulatória e o modo da articulação de tal aparte.

Considerando-se, a um, a impossibilidade de dissociar a Técnica da Política na regulação⁴⁷⁷, mesmo sendo preciso neutralizar o político, a dois, que tal despolitização é afastar o mau partidarismo, exclusivamente, do ambiente regulador⁴⁷⁸, e, a três, que uma das formas de consumir tal neutralização se processa pela múltipla fonte de nomeação dos integrantes do ente regulador, cuja direção seja de composição coletiva⁴⁷⁹, questões, de modo algum, isentas de rigorosas críticas⁴⁸⁰, investigar a aplicação dessas ponderações, já que adotadas elas são em variados cenários internacionais, com as peculiaridades que caracterizam os múltiplos Estados Reguladores, releva-se crucial e valioso.

E, dentre tais palcos, os estadunidense e francês se mostram particularmente atrativos ao estudo referenciado, pelo que a eles se dedicará.

⁴⁷⁷ “Ora, seria uma ingenuidade supor que as decisões das agências seriam fundadas exclusivamente em critérios técnico-científicos. Mais precisamente, não é correto afirmar que as decisões adotadas pelas agências se fundam em critérios não políticos. É indefensável a tese da dissociação entre gestão técnica e decisão política” (JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit., p. 376).

⁴⁷⁸ “A politização das decisões se supera com a previsão de decisões *politicamente neutras*, abrindo-se um espaço desvinculado do partidarismo, dos embates eleitorais e da sutil corrupção política” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2006, op. cit., p. 408. Grifos do original).

⁴⁷⁹ “Há, entretanto, alguns aspectos das agências reguladoras, tais como os requisitos técnicos de nomeação dos seus dirigentes e a sua composição colegiada, que são vantagens comparativas em relação à Administração centralizada” (ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2005, op. cit., p. 367, nota 81).

⁴⁸⁰ “As invocadas características “técnicas”, “pactuadas” e “neutras” da regulação económica constituem veículos convenientes para o desgraduar das imposições de interesse público” (CALVETE, Victor J., 2014, op. cit., p. 6. Grifos do original).

5.3 A despolitização nos cenários norte-americano e francês

A par da necessidade de conhecer o desenvolvimento prático das considerações anteriores, pertinentes à neutralidade política enquanto contenção partidária e à exigência de direção colegiada do ente regulador, cuja indicação dos integrantes seja de ordem plúrima, eis que, então, apresenta-se nesta pesquisa o momento de realização de um estudo juscomparado.

Ao longo desta investigação, foram colacionados Autores forasteiros, para respaldo ou destrato da temática regulação estatal, o que não representa um estudo de natureza comparativa, pois esta exige, entre outros, delimitação geográfica e temática e contemporaneidade dos sistemas ou institutos jurídicos observados⁴⁸¹, o que se intenta empreender nesta oportunidade.

Objeto de celeumas e questionamentos vários, o Direito Comparado, ou a Comparação de Direitos, como preferem alguns, constitui “fonte inegável de enriquecimento cultural, com notória utilidade para o melhor conhecimento do direito nacional e para o seu aperfeiçoamento”⁴⁸², ferramenta cujo desprezo ocasiona prejuízo de monta, em face da contribuição por ele ofertada para o burilamento dos Direitos nacionais, não apenas acerca das escolhas jurídicas tomadas e concretizadas, mas também sobre a validação ou não delas pela experiencição em seus locais de origem, inobstante suas peculiaridades.

É inegável o valor do Direito Comparado, na formação e atuação do jurista e para o existir do próprio Direito, pelo descortinar de outras realidades jurídicas, inobstante suas distâncias geográficas, oferecendo oportunidade de identificação de orientações, diretrizes, posicionamentos e construções jurídicas eleitas nos ordenamentos alienígenas, pois:

...melhor compreender nosso próprio direito. Paradoxo? Somente para aquele que desconhece a força do hábito. De tanto estudar apenas o Direito Nacional, o jurista acaba se tornando prisioneiro do seu próprio direito. As árvores se escondem na floresta. O jurista não

⁴⁸¹ Salvo o entendimento de que o estudo de Direito Comparado pode ser vertical (baseado na análise de sistemas e institutos jurídicos passados, o que, *contrario sensu*, é aqui considerado como História Comparada) ou horizontal (estribado no exame de sistemas e institutos jurídicos vigentes). O estudo desse e de outros aspectos afetos ao Direito Comparado pode ser realizado com o valoroso auxílio do Mestre Ivo Dantas e seu **Novo Direito Constitucional Comparado**. Introdução. Teoria e metodologia. 3. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2010, obra indispensável à apreensão de tal ciência.

⁴⁸² CARDOSO, Gustavo Vitorino. O Direito Comparado na jurisdição constitucional. **Revista Direito GV**, São Paulo, ano 6, n. 2, p. 471, jul./dez. 2010.

mais enxerga as linhas essenciais que fazem a verdadeira originalidade do Sistema. Que então o especifica? Ele só pode responder por comparação.⁴⁸³

Dito isso, igualmente reclama justificação a escolha dos EUA e da França para o enfrentamento comparativo, já que a aleatoriedade não fundamenta a presença desses cenários nas páginas que seguem, mas sim a influência da regulação estatal nesses países que comandam tal eleição.

Como se alertou sucintamente, além de se enquadrarem nas teses de despolitização partidarista e de nomeação de origem variada para composição colegiada da direção do regulador, no tocante aos EUA, cabe a ele a vanguarda regulatória contemporânea⁴⁸⁴ e a estruturação mundialmente inspiradora dos entes reguladores independentes⁴⁸⁵, e, quanto a França, é nela que historicamente o Direito Administrativo brasileiro se ampara, fato atualmente mitigado pela importação do Direito das Agências norte-americano, sem olvidar a peculiar ausência de personalidade jurídica do regulador francês, o que instiga a curiosidade científica.

Outrossim, frise-se que as críticas postas à regulação e ao seu ator, mormente quanto à neutralidade política, as quais já se enfrentou aqui, também incidem nos cenários em tela, pelo que àquelas laudas se remete por economicidade metodológica.

Pertinentemente a *Home of the brave*, remontando ao já pontuado, tal país é hodiernamente pioneirona vivência regulatória estatal, como também em sua instrumentalização, mediante entes independentes.

Historicamente, os EUA, tal qual se passa com alguns outros países do *common law*, têm, por forma clássica de estruturação estatal, de um lado, o favorecimento da livre Economia, e, de outro, uma administração interna de rara interferência privada.⁴⁸⁶ Transcorrida a 1ª centúria daquela administração nacional, é no fecho do século 19, especificamente em 1887, com o surgimento

⁴⁸³ Apud CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A reserva de densificação normativa da lei para preservação do Princípio da Legalidade. In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio e CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra (Coor.). **Princípio da Legalidade: da Dogmática Jurídica à teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 230.

⁴⁸⁴ Mesmo que noutros países tal experiência já fosse conhecida, como já pontuado.

⁴⁸⁵ Inspiração que, no caso pátrio, foi nominada de agencificação, como já dito.

⁴⁸⁶ “At this time in our history [in the beginning] there was enthusiastic support for the free market system and the theory of limited government” (WARREN, Kenneth F., 1997, op. cit., p. 39. Acréscimos nossos).

da *Interstate Commerce Commission (ICC)*⁴⁸⁷⁻⁴⁸⁸, que se inaugurou nova forma, não só relativa à regulação, como à atividade administrativa em si mesma, já que a maior parte dela é desenvolvida no modelo de agências independentes, sejam elas reguladoras, sejam elas executivas⁴⁸⁹⁻⁴⁹⁰, como discorre Warren:

*No 'independent' regulatory agencies existed for about the first century of the republic because, to most citizens, just the thought of a governmental regulatory agency was repulsive. (...) Nevertheless, enough public sentiment against free market abuses emerged toward the late 1800s that the people turned to government for help. Government responded initially by creating the Interstate Commerce Commission in 1887, but this independent regulatory agency was only the first of many more to come in the twentieth century.*⁴⁹¹

Imprescindível destacar que o fundamento inicial da regulação norte-americana era a defesa da concorrência⁴⁹², mediante sua racional organização, considerando a então existência de competição predatória, a qual ocasionava desperdício de recursos, notadamente os advindos de subsídios públicos, e danos ao consumidor. Tal ideário se consolidou na Grande Depressão, na década de 30, e grassou espaços alargados até meados dos anos 60, período no qual surgiu o *Administrative Procedural Act (APA)*⁴⁹³. Todavia, por conta de fenômenos vários, entre eles, a captura regulatória, que dominaram o lapso subsequente à década de 60, tal ideário foi redefinido, até que, nos anos 80, com o Presidente Ronald Reagan, passou-se a transmutá-la em

⁴⁸⁷ Agência de regulação das ferrovias dos EUA, cujo exercício foi expandido para outros tipos de transportes, exceto aeronáutico, culminando com a assunção de funções além das regulatórias em 1940, até sua extinção, em 1995, ante a criação da *Surface Transportation Board (STB)*, no Governo Bill Clinton (PECI, Alketa, 2007, op. cit., e BINENBOJM, Gustavo, 2006, op. cit.).

⁴⁸⁸ Reforce-se, outra vez mais, a posição minoritária de Angel Manuel Moreno Molina, que aponta a criação do *Steamboat Inspection Service*, em 1837, para a navegação fluvial a vapor (apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2006, op. cit.). No mesmo sentido, "*La creación del primer ejemplo de agencia reguladora estadounidense (el Steamboat Inspection Service) se remonta a 1837*" (MAJONE, Giandomenico; LA SPINA, Antonio. *El Estado regulador. Gestión y Política Pública*, México, v. 2, n. 2, jul./dez. 1993. p. 220. Disponível em:

<http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/num_antiores/Vol.II_No.II_2dosem/MG_Vol.II_No.II_2dosem.pdf>. Acesso em 03 set. 2014).

⁴⁸⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2006, op. cit.

⁴⁹⁰ Sobre agências executiva e reguladora, remete-se ao item 3.3 desta pesquisa.

⁴⁹¹ WARREN, Kenneth F., 1997, op. cit., p. 40. Grifos do original.

⁴⁹² Como dito, a implantação da regulação nos EUA tangenciava a regulamentação, fragilizando o não intervencionismo estatal na Economia, diversamente do que se deu entre nós, já que se estribou na desestatização.

⁴⁹³ Lei geral de procedimento administrativo, criada para a órbita federal, em 1946, com regras de direito material e de âmbito processual (JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit.). Acerca do panorama criacional dela, ver WARREN, Kenneth F., 1997, op. cit.

desregulamentação ou *deregulation* dos setores regulados. E, desde a crise de 2008, busca-se o equilíbrio entre regulação forte e liberdade econômica⁴⁹⁴

Outrossim, vale destacar, *en passant*, o contributo de Estudiosos locais, tais como George J. Stigler, Marver H. Bernstein, Richard A. Posner, Sam Peltzman, Cass Robert Sunstein, etc, muitos já citados aqui, para a compreensão e desenvolvimento da regulação, tanto pela Escola de Chicago, como por outras escolas de pensamento.⁴⁹⁵

Restringindo tal análise, já indubitavelmente tímida, à questão dos entes reguladores, por submissão aos objetivos desta pesquisa, cumpre entender o instrumento da regulação estadunidense, a saber, a *independent regulatory agency*⁴⁹⁶ ou *commission*, que é:

(...) *each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include (a) the Congress, (b) the Courts of the United States, (c) the Governments of the territories of the United States and (d) the Government of the District of Columbia.*⁴⁹⁷

Sintetizando com habitual precisão, vaticina Di Pietro que, nos EUA, exceto os 3 Poderes do Estado, as demais autoridades públicas são agências, e na Administração Pública, salvo o Poder Executivo, todo o mais é *agency*⁴⁹⁸.

No esteio das lições extraídas nas páginas pregressas, e a par das mudanças havidas no curso das décadas, bem como ressalvadas as peculiaridades decorrentes dos respectivos regimes jurídicos, as *commissions* são o ente regulador norte-americano, pois têm por objeto o desempenho de atividade regulatória, com ênfase na regulação econômica; ostentam natureza pública administrativa, com personalidade jurídica própria; e se caracterizam

⁴⁹⁴ MENDES, Conrado Hübner, 2000, op. cit., MATTOS, Paulo (Coor.), 2004, op. cit. e ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2005, op. cit..

⁴⁹⁵ MATTOS, Paulo (Coor.), 2004, op. cit.

⁴⁹⁶ Esclareça-se que a nomenclatura *agency*, que, na etapa pré-regulação, sinalizava um modelo de representação privada, e não de ente regulador. A partir do século 19, o mesmo vocábulo passou a ser uma das opções de indicação nominativa do ator regulatório (JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit.).

⁴⁹⁷ Apud CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra, 1999, op. cit., p. 16.

⁴⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 1999, op. cit. No mesmo sentido: “*In modern America virtually nothing seems to be immune from the far-reaching grasp of governmental regulators*” (WARREN, Kenneth F., 1997, op. cit., p. 32).

pela independência, expressada pela autonomia funcional e despolitização de procedimentos, e especialização técnica.⁴⁹⁹

Referentemente à neutralidade política do regulador, fundamentada em justificativas históricas, doutrinárias e factuais, tais como a origem da regulação nos EUA e as capturas, com suas teorias e concreções, busca-se garantir ao exercício regulatório o alijamento de quaisquer interferências políticas, notadamente do Presidente, interferências essas oriundas de motivações partidárias indevidas⁵⁰⁰, pois apenas assim, distanciando as decisões regulatórias da pressão do mau partidarismo, salvaguardam-se a eficiência e a *expertise* dos procedimentos do regulador, como também a estabilidade institucional, ante a neutralização política da Administração.⁵⁰¹

E para obstar o sequestro político, cuida-se da composição e indicação dos membros da *agencies*, a partir da norma criacional ou do documento diretivo de cada ente.⁵⁰²

O regulador norte-americano assume formato colegiado, cujos membros são nomeados pelo Presidente, mediante ratificação do Senado, com mandatos e renovações de prazos vários, divergentes do presidencial, não podendo haver interrupção do mandato fora da previsão legal.⁵⁰³

Pertinentemente à indicação dos futuros integrantes do ente independente, os *commissioners* não podem pertencer a um mesmo partido

⁴⁹⁹ Além disso, é possível apresentar o seguinte quadro das características gerais da *agency*, dentre outras: (1) criação por *statute* (lei) ou *executive order* (norma advinda do Presidente), (2) afastamento orgânico dos Poderes de Estado, (3) exercício de competências normativas, executivas e quase-judiciais para o respectivo setor regulado, (4) participação na definição das políticas pública (*public policy*) para o respectivo setor regulado, (5) autonomia na contratação e gestão de pessoal, (6) sistema de financiamento controlado pelo Congresso Nacional, seja na percepção de verbas públicas ou privadas, (7) sujeição ao controle externo administrativo, legislativo e judicial (MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit.; ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2005, op. cit.; JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit.; CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra, 1999, op. cit.; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, 2006, op. cit.; PECL, Alketa, 2007, op. cit.; WARREN, Kenneth F., 1997, op. cit.; PROSSER, Tony, 2010, op. cit.; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 1999, op. cit.; MAJONE, Giandomenico; LA SPINA, Antonio. El Estado regulador. **Gestión y Política Pública**, México, v. 2, n. 2, jul./dez. 1993. p. 197-261. Disponível em: <http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/num_anteriores/Vol.II_No.II_2dosem/MG_Vol.II_No.II_2dosem.pdf>. Acesso em 16 set. 2014).

⁵⁰⁰ MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit.

⁵⁰¹ JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David (Ed.), 2004, op. cit.

⁵⁰² ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2005, op. cit.

⁵⁰³ MAJONE, Giandomenico; LA SPINA, Antonio. El Estado regulador. **Gestión y Política Pública**, México, v. 2, n. 2, jul./dez. 1993. p. 197-261. Disponível em: <http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/num_anteriores/Vol.II_No.II_2dosem/MG_Vol.II_No.II_2dosem.pdf>. Acesso em 16 set. 2014.

político, mormente se for o do Presidente, buscando-se uma combinação equilibrada entre os partidos políticos majoritários, o que resulta numa composição bipartidarista (por ser essa a tradição nacional, com a polarização partidária entre Democratas e Republicanos), visando à manutenção e ao equilíbrio de forças internamente⁵⁰⁴, como relatado abaixo:

*To prevent politics from interfering with the legislative and judicial judgements of these administrative experts, certain structural and procedural precautionary measures were taken by Congress in the creation of these agencies to help protect them from outside contaminative and disruptive political pressures. All independent regulatory commissions are multiheaded and usually consist of five to seven members, although there are exceptions to the general rule. All independent regulatory commissioners are appointed by the president with the consent of the Senate, but they cannot be removed except for cause (malfeasance, misfeasance, or nonfeasance). (...) Political reasons are inadequate grounds for removal. (...) One further check – the rule that no more the simple majority of a commission may consist of members of the same political party – has kept presidents from stacking independent commissions with appointments in their favor. The role partisan politics can play in commission decision making is thus minimized.*⁵⁰⁵

Dessarte, evidenciando-se que a compreensão e vivência estadunidenses do que seja neutralidade política perpassa pelo rechaço da influência partidarista no regulador, e que uma das formas pela qual tal despolitização é efetivada se dá pela composição colegiada e indicação plúrima dos membros, como visto alhures, resta à verificação o universo regulatório francês, nesse 2º e derradeiro momento de estudo comparado.

É sabida a relevância do Direito Administrativo da terra de *La Marseillaise* para a família romano-germânica e o sistema continental, notadamente o Direito brasileiro⁵⁰⁶, cujo foco, enquanto Administração Pública, é a centralização, a unidade e a organização hierárquica, por ser um Estado unitário, o que não obstaculizou o acesso da regulação, a qual sinaliza um pluralismo administrativo, ao longo da evolução do *Droit Administratif*,

⁵⁰⁴ MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit.

⁵⁰⁵ WARREN, Kenneth F., 1997, op. cit., p. 16-17.

⁵⁰⁶ Além da propalada influência francesa em nosso Direito Administrativo, ainda que atualmente haja a mitigação dessa ascendência por substituição de novo modelo referencial (justamente o dos EUA), visitar o ambiente francês de regulação é testemunhar a transmutação que o próprio *Droit Administratif* vem enfrentando, não apenas naquele país, mas como num todo, pois “há, indubitavelmente, um novo *Droit Administrativo* em emergência e que ainda está se definindo no torvelinho das transformações, que continuam a nos surpreender por serem incrivelmente céleres e profundas” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2006, op. cit., p. 223. Grifos do original).

fenômeno que fundamentava um pós-controle do Mercado, a fim de complementar o controle prévio promovido pelo Estado.⁵⁰⁷

Aprimorando a experiência havida em 1941, com a *Commission de Contrôle des Banques (CCB)*⁵⁰⁸, é na década de 70, precisamente em 1978, com a *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL)*⁵⁰⁹, que se inaugura a regulação francesa, ante o surgimento da 1ª AAI, embora, antes dela, existissem outros órgãos especializados igualmente dotados de certa autonomia, como, v.g., a CCB e o *Conseil d'État*⁵¹⁰ ou Conselho de Estado.⁵¹¹

Fulcrado no célebre estudo de François Gazier e Yves Cannac, intitulado *Étude sur les autorités administratives indépendantes*, publicado pelo *Conseil d'État*, em 1984, vislumbra-se as 3 etapas da regulação francesa, que seriam, a um, a do surgimento, entre 1941 até 1972, iniciada com o aparecimento da CCB; a dois, a de expansão, havida entre 1973 até 1978; e a atual fase de estabilização, a partir da CNIL, sinalizando a etapa das AAI's.⁵¹²

Além dos já citados, Claude-Albert Colliard, Gerard Timsit, Michel Genot, Jacques Chevallier, Marie-José Guédon, etc, figuram como teóricos franceses da regulação, sendo Michel Aglietta considerado o precursor de tais estudos, com sua *Régulation et crises du capitalisme*, de 1976.

O regulador francês, como se disse, é a *autorité administrative indépendante* (“*commissions que ont un pouvoir de réglementation autonome dans le domaine dans lequel elles ont vocation pour agir*”⁵¹³), cuja principal característica (e distinção!) é a ausência de personalidade jurídica, ou seja, órgão e não entidade personificada, fato que não lhe compromete a identificação como ator da regulação, já que a autoridade administrativa

⁵⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit.

⁵⁰⁸ *Autorité* responsável pelo desenho geral da regulamentação e organização da atividade bancária, substituída pela *Commission Bancaire*, em 1984 (MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit.).

⁵⁰⁹ Órgão de proteção social contra a Administração Pública, voltado para as aplicações da informática às informações de caráter pessoal (ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2005, op. cit.).

⁵¹⁰ “*Le Conseil d'État est le conseiller du Gouvernement pour la préparation des projets de loi, d'ordonnance et de certains décrets. Il traite également ses demandes d'avis et effectue à la demande du Gouvernement ou à sa propre initiative des études* (FRANCE. **Le Conseil d'État et la Juridiction Administrative**. Missions. Conseiller. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Missions/Conseiller>>. Acesso em: 21 set. 2014).

⁵¹¹ MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit.

⁵¹² *Idem, Ibidem*.

⁵¹³ DIECKHOFF, Évelyne. **Les autorités administratives indépendantes**. p. 4. Disponível em: <<http://www.enssib.fr/bibliotheque-numerique/documents/62448-les-autorites-administratives-independantes.pdf>>. Acesso em 23 set. 2014.

independente tem por objeto o desempenho de atividade regulatória, tanto na seara econômica, como na área social; ostenta natureza pública administrativa, ainda que seja mero órgão não integrante da estrutura hierárquica genérica; e se caracteriza pela independência, expressada pela autonomia funcional e despolitização de procedimentos, e especialização técnica, em que pese a heterogeneidade dos regimes jurídicos adotados por tais figuras.⁵¹⁴

O fato de a AAI ser destituída, pela lei criada, de personalidade jurídica lhe fundamenta a essencial independência, tendo em vista que a condição de órgão especial, sob a perspectiva estrutural do Estado francês, é o meio de distanciá-la das autoridades administrativas de hierarquia superior, isto é, sem submissão de controle hierárquico, bem como de pressões externas a Administração, pois, como lecionam Achille Mestre, Didier Linotte e Raphaël Rommi, no clássico *Services Publics et Droit Public Economique*:

*...il est sûr en tout cas que, privées de la personnalité morale, elles doivent être considérées comme des prolongements de l'État, même si la loi du 11 juin 1983 les définit comme des 'institutions administratives spécialisées de l'État...Ce qui n'interdit pas à certaines (la COB par exemple) d'ester en justice, ou de participer (elles sont plus nombreuses) à élaboration de règlements par l'État. Elles sont solvemment investies de pouvoir de prendre des décisions individuelles, elles sont en tout cas de instances de régulation, pour l'heure manquant d'homogénéité, mais efficaces et reconnues.*⁵¹⁵

A despolitização no cenário francês é percebida como aparte das lutas partidárias e, notadamente, as que se desenvolvem em certos setores governamentais, tendo sido este o fundamento causal das AAI's, em razão da desconfiança popular na classe política e na Administração Pública, ante os escândalos que assombravam a França no final da década de 60.⁵¹⁶

Para efetivação dessa neutralidade, através do equilíbrio de forças, os membros⁵¹⁷ das AAI's, que, majoritariamente, têm formato colegiado, "são

⁵¹⁴ Salvo peculiaridades, esse o perfil geral das AAI's: (1) independências orgânica e funcional, frente aos Poderes do Estado, (2) poder normativo, (3) dependência orçamentária, (4) gestão do pessoal, (5) sujeição a controle externo, (6) exercício de competências regulamentadora, sancionadora e de inspeção (MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit.; ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2005, op. cit.; JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit.; CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra, 1999, op. cit.; DIECKHOFF, Évelyne, 2014, op. cit.).

⁵¹⁵ Apud CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra, 1999, op. cit., p. 22.

⁵¹⁶ MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit.

⁵¹⁷ Obstada é a destituição infundada dos membros, antes do fim de seus mandatos, cujos prazos variam entre 3 a 9 anos, descoincidentes do mandato presidencial e da legislatura, sendo restrita a possibilidade de renovação de mandatos (*Idem, Ibidem*).

indicados através de processos variados e distintos, de acordo com a disciplina prevista no estatuto de cada entidade[*sic!*]⁵¹⁸, com plúrima origem de indicação, tais como as Altas Jurisdições estatais (Conselho de Estado, Tribunal de Contas e Tribunal de Cassação), os órgãos políticos do Estado (os Presidentes da República, do Senado e da Assembleia Nacional) e os profissionais e/ou representantes do respectivo setor regulado⁵¹⁹, panorama este que é apresentado, com seus pormenores, no texto abaixo transcrito:

*Les AAI françaises sont toutes des autorités collégiales, à l'exception du Médiateur de la République, du Médiateur du cinéma et du Défenseur des enfants. La composition des collèges des AAI constitue aux côtés de leurs pouvoirs l'un des paramètres dans lesquels s'exprime le plus la très grande adaptabilité de ces instances. En effet, selon son domaine d'intervention et ses missions, une AAI dispose d'un collège plus ou moins nombreux, composé selon des règles qui lui sont propres. (...) Les membres des AAI sont en général nommés par décret. Il s'agit souvent, lorsque ces membres occupent un emploi public permanent ou simplement pour marquer l'indépendance de l'autorité concernée, d'un décret du Président de la République. (...) Les modes de nomination sont toutefois marqués par une relative diversité. (...) Cependant, au-delà de l'autorité compétente pour procéder à la nomination des membres des AAI, il convient d'analyser la diversité des sources de désignation. En effet, dans de nombreux cas, l'autorité qui signe le décret ou l'arrêté de nomination ne fait qu'entériner certaines désignations effectuées par d'autres autorités ou des nominations de droit. Par conséquent, pour nombre de nominations au sein des collèges des AAI, le Président de la République et le Premier ministre ne sont pas en mesure d'effectuer un choix. (...) Enfin, confirmant la souplesse d'organisation des AAI, le législateur a doté certaines d'entre elles d'un **mode de désignation original**. (...) De façon générale, les personnes nommées doivent être choisies en raison des mandats (parlementaires) ou fonctions qu'elles exercent (au sein d'une juridiction ou d'une autorité définie), des catégories socio-professionnelles auxquelles elles appartiennent ou de compétences qu'elles détiennent. Cette condition peut être renforcée par une obligation de consultation des organisations représentatives.*⁵²⁰

Conquanto limitada, a análise do palco francês, sobre a neutralidade política de seus entes reguladores e algumas formas de efetivação dessa despolitização, sinaliza o acerto no foco partidarista que se destina à independência política, bem como a necessidade de adoção da forma colegiada e origem indicativa múltipla de membros deste colégio.

⁵¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit., p. 185.

⁵¹⁹ MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit., e DIECKHOFF, Évelyne, 2014, op. cit.

⁵²⁰ FRANCE. **Sénat**. Les autorités administratives indépendantes: évaluation d'un objet juridique non identifié. Tome 1: rapport. Disponível em: <<http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-14.html>>. Acesso em: 23 set. 2014. Grifos do original.

Na verdade, o que se pôde constatar é que, a despeito das profundas diferenças existentes entre os sistemas jurídicos norte-americano e francês, dos problemas que lhes são típicos e das discrepâncias entre os atores da regulação em cada país *sub examine*, sobreleva a convergência das escolhas atinentes à compreensão e realização prática da neutralização política em ambos os lugares.

Considerando que o valor da despolitização se assenta no óbice à influência política que desnatura o agir regulatório, seja tal contaminação de origem externa, esteja ela já internamente enraizada, a ensejar, em quaisquer das hipóteses, a nefasta captura política, o balizamento das perspectivas dimensionais da neutralização (o que e o decorrente como), através da contenção partidária e do equilíbrio de forças externas no âmbito do regulador, em razão da adoção do modelo colegiado e das variadas fontes indicadoras dos membros desses grupos, propicia uma mais bem eficiente medida garantidora da independência regulatória, lógica predominante em muitos Estados Reguladores, como se intentou demonstrar neste fugaz estudo comparativo dos ambientes estadunidense e francês, a despeito das críticas doutrinárias, dissensões fáticas e agruras sociopolíticas que tais medidas aglutinam.

Compartilhando os desafios franco-americanos, o Brasil igualmente persegue a efetivação da neutralidade política de seus reguladores estatais, por meio de uma unânime adesão ao formato colegiado, mas de uma incipiente e não tão concreta e pacífica diversidade de fonte indicativa de membros para o ente independente, situação meridianamente perceptível no regulador pátrio escolhido para averiguação, a saber, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Tudo isto é o que se verá nas linhas finais desta pesquisa.

5.4 O desenho da neutralização delimitada nos reguladores independentes nacionais, a partir da análise do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

Neste item de despedida, após a congênere análise empreendida sobre os palcos norte-americano e francês, debruça-se sobre o tratamento

dispensado à neutralização política do regulador estatal no cenário pátrio, tanto no seu aspecto teórico, quanto em sua concretude, com especificidade na aplicação de tal nuance da independência no CNJ.

Para tanto, crer-se inafastável o breve resgate de transatas lições, as quais são presentemente relevantes ao desenrolar desse estudo, notadamente aquelas relacionadas à dimensão da neutralidade política, em sua dupla perspectiva, e à forma de identificação de um ente regulador.

Discutiu-se aqui, enquanto problema de pesquisa, o que, particularmente, convencionou-se intitular de dimensão da neutralização política, em que se investiga o que seria a despolitização regulatória, tendo sido identificada a contenção partidária como representação dessa neutralidade, a ser concretizada, dentre outras formas, por meio da adoção de modelo colegiado para o ente regulador, cujos membros seriam indicados por variadas fontes sociopolíticas, a garantir o equilíbrio de forças.

Ademais, viu-se que, pela ausência de modelo homogêneo de ator da regulação, e respeitando a diversidade típica dos Estados Reguladores, o perfil geral dos entes independentes se calca na averiguação dos objeto (instrumento da regulação), natureza (administrativa estatal) e características (independência, mediante autonomia e despolitização, e especialização técnica), pois, embora revestido de peculiaridades e assumindo nomenclatura distinta, ter-se-á, como regulador, qualquer ente que ostente tais condições.

Dessarte, após a visitação das experiências alienígenas, que foram objeto de tímido estudo comparado, tem-se o momento de investigação doméstica da neutralidade e sua realização, esclarecendo que o foco no CNJ é metodologicamente sobrepensado, o qual se julga estribado nas robustas lições doutrinárias e nos destacados testemunhos factuais noticiados, concernentes à identificação de um instrumento da regulação.

Feitos tais esclarecimentos, na pretensão de relembrar conceitos e amortizar críticas, segue-se no esmiuçar da aplicação teórica e prática da despolitização entre nós.

Com fito na desestatização e no esteio das práticas britânicas do período thatcherista e das orientações do Conselho de Washington, em similar e coetâneo processo desenvolvido em grande parte doutros países da América Latina, o movimento reformista de Estado, empreendido na década de 90,

conduziu o Brasil à posição de Estado Regulador, com ênfase no controle de importantes setores econômicos e dos serviços públicos, na tentativa de reorganização estatal, ante os reclamos dos malogros institucionais, momento no qual eclode entre nós a figura das AR's, cujo *start* tem assento na ANEEL, como aludido transatamente.⁵²¹

Desde o estabelecimento da 1ª AR (a mencionada ANEEL), em 1996, intenta-se elaborar um arcabouço teórico, pelo qual seja possível embasar efetivamente o instrumental regulatório, e, nessa empresa, nenhuma discussão se mostrou mais acalorada (e ainda inapaziguável!) do que a correlata à identidade do ente regulador pátrio.

Alhures fora dito sobre o embate que se desdobra acerca de a AR ser espécie única ou não do ator da regulação nacional⁵²², questão fundamental que prescinde a qualquer outra ínsita ao mencionado arcabouço teórico do ente independente brasileiro. E, como alertado, filia-se aqui ao entendimento professado pelos Doutos⁵²³ que sustentam a multiplicidade de tipos de nossos reguladores estatais, para além das AR's, considerando que, repise-se!, o reconhecimento de um ente independente deve ter por critério, não seu *nomen iuris*, mas sim sua integração ao objeto, à natureza e às características de um instrumento da regulação, de balde o respeitável esforço dos que repudiam tal percepção.

A partir da dúvida de Sundfeld e Mendes⁵²⁴, consorciada ao relato histórico de incipiente regulação num Estado brasileiro pré-regulador⁵²⁵, é possível falar em regulador estatal para além da AR, o que não minimiza a importância desta no cenário interno.

E é nesse ambiente de hesitação que se insere o CNJ.

Com vistas ao aperfeiçoamento do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual, bem como atendendo aos reclamos do capital internacional para

⁵²¹ No tocante ao desenrolar dessas transformações, como também quanto às críticas apresentadas à instalação da regulação estatal no Brasil, remete-se aos itens 1.4 e 2.3 desta pesquisa.

⁵²² No já apontado item 2.3.

⁵²³ No rol de tais Mestres figuram, entre outros, JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit., CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra, 1999, op. cit., MOTTA, Paulo Roberto Ferreira, 2003, op. cit. e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit.

⁵²⁴ Conforme notas 271 e 275, respectivamente.

⁵²⁵ De acordo com a nota 157.

o fortalecimento institucional do Poder Judiciário, para concretizar a segurança jurídica compatível com o fluxo de recursos no país⁵²⁶, em 31 de dezembro de 2004, foi criado o CNJ, através da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que acresceu o art. 103-B a Constituição Federal vigente, tendo sido instalado em 14 de junho de 2005.⁵²⁷

Apresentando-se como uma figura híbrida, misto de conselho judicial e de magistratura⁵²⁸, o CNJ acumula as funções de administração judiciária, mas de repercussão fortemente disciplinar dos seus membros e auxiliares, propondo-se estancar a crise no Judiciário pátrio⁵²⁹.

Pertinentemente à função de administração judiciária, cabe lembrar que ela se espalha para além da prestação jurisdicional propriamente dita, já que igualmente alberga a atividade notarial e de registros⁵³⁰, cujo exercício é de caráter privado, “por delegação do Poder Público, à qual se soma a atribuição ao Judiciário da fiscalização dos serviços”⁵³¹

⁵²⁶ CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. Os valores recomendados pelo Banco Mundial para os judiciários nacionais. **Revista Cidadania e Justiça**, Brasília, DF, ano 7, n. 13, jan./jun. 2004. Disponível em: <http://www.amb.com.br/docs/publicacoes/outros/revista_cj_n7.pdf>. Acesso em: 29 set. 2014.

⁵²⁷ É de se assinalar a existência de conselho judicial brasileiro anteriormente ao CNJ. Desde 1968 já se pensava em um conselho judicial que regulasse, entre outras coisas, a atuação dos magistrados. Em 1975, surgiu o Conselho Nacional da Magistratura, para reclamações contra membros dos Tribunais e magistrados. Porém, em razão das críticas de desvirtuamento de atribuições e finalidades, foi tal conselho abolido pela atual Carta. Em 1992 ressurgiu a ideia de um novo conselho, dando azo ao atual CNJ (BAGATINI, Júlia. Conselho Nacional de Justiça: um controle administrativo do poder judiciário? **Âmbito Jurídico**, Rio Grande do Sul, ano XIV, n. 88, maio, 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9498>. Acesso em: 29 set. 2014).

⁵²⁸ Por conselho judicial deve ser considerado o órgão do Estado ou do Judiciário (há variáveis no mundo), cujo objetivo é assegurar a autonomia judiciária, perante os demais poderes do Estado, principalmente o Executivo, para o desenvolvimento da Justiça, por assumir a tarefa de administração dos serviços judiciais. Já o conselho de magistratura tem o condão de regular o ingresso na magistratura e as questões disciplinares decorrentes (BARRIOS, Maria Inmaculada Sánchez. **La elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial español y sus homólogos europeos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009).

⁵²⁹ Segundo Passos, diversamente do que ocorre noutros países, o aperfeiçoamento perseguido através do CNJ é fruto de crise, não meramente do Judiciário, mas sim do próprio Estado (PASSOS, José Joaquim Calmon. A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 5, mar./abr./maio, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-5-MAR%C7O-2006-CALMON%20PASSOS.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2014).

⁵³⁰ Entende-se por atividade notarial e de registro “a atividade peculiar e jurídica (não-material, como exigido para os que adotam o conceito restrito de serviço público) de atribuição de fé pública aos atos e interesses particulares, como ofício e função pública atribuída a profissionais oficiais com independência jurídica” (RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 47).

⁵³¹ *Idem, Ibidem*, p. 32.

Inspirado no *Consejo de Magistratura* espanhol, o CNJ é órgão interno do Judiciário⁵³², ainda que não seja composto exclusivamente por magistrados, fulcrado na Política Judiciária, na Gestão, Moralidade e Eficiência dos Serviços Judiciais e Prestação de Serviços ao Cidadão.

E, desde antes de sua instalação, ainda na época da Constituinte 198/1988, o CNJ vem enfrentando obstáculos variados, já que, de um lado, entende-se que ele e suas ações, nos moldes e diretrizes acima pontuados, aproximam o Judiciário da sociedade, enquanto intenta burilar e qualificar a prestação da atividade judiciária, com foco na transparência, agilidade e moralização⁵³³, e, doutra banda, levantam-se vozes que, apoiadas em fatos, apontam as falhas existentes no sistema adotado, falhas essas substanciais e de origem múltipla⁵³⁴.

⁵³² Atribui-se ao CNJ atividade de natureza administrativa, em face do Judiciário e toda sua estrutura, inclusive de pessoal, subdividindo-se em administrativas de caráter político, administrativo (*stricto sensu*), de ouvidoria, correcional, disciplinar, sancionatório, informativo e propositivo, para “contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade em benefício da Sociedade”, visando “ser um instrumento efetivo do Poder Judiciário” (BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Missão, Visão e Valores do CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj>>. Acesso em: 29 set. 2014).

⁵³³ “Nos países em que estão bem delineados os três poderes e cujo Executivo está monocraticamente concentrado nas mãos de um presidente que é, ao mesmo tempo, chefe de Estado e chefe de Governo, não se pode falar em controle externo para os demais poderes, pois se fiscalizam entre si, em mecanismo de freios e contrapesos.(...)Entretanto, mesmo que se adote o sistema de autocontrole ou de controle mútuo – sistema de freios e contrapesos – é inegável a necessidade de haver uma fiscalização da gestão administrativa e financeira” (CALMON, Eliana. CNJ e democratização do Poder Judiciário. **Revista Interesse Nacional**, São Paulo, ano 4, n. 16, jan./mar., 2012. Disponível em: <<http://interessenacional.uol.com.br/index.php/edicoes-revista/cnj-e-democratizacao-do-poder-judiciario/>>. Acesso em: 29 set. 2014).

⁵³⁴ “Inicialmente, refletamos a propósito da separação dos poderes. O CNJ é órgão de controle de um dos poderes do Estado. A Constituição diz que ele integra o Judiciário (art. 92, I-A). Porém, não possui funções jurisdicionais típicas (não julga conflitos de interesses nem produz coisa julgada); não é composto só por magistrados e todos os seus membros têm mandato certo. Os seus atos não têm natureza jurisdicional. É órgão judicial *sui generis*: um juiz que não julga, mas controla e ordena. Constatação de causar arrepios nas estátuas de Montesquieu. Em segundo lugar, consideremos a legalidade. O CNJ tem a Constituição como fonte primária. Criado por Emenda, foi instalado por meio de regulamento feito por ele mesmo (EC 45, art. 5º, § 2º). O seu funcionamento e algumas de suas competências têm como nascente normas regulamentares auto-imputadas. Mesmo sem lei, o CNJ fixa deveres aos membros do judiciário e órgãos subordinados (serventias, tabelionatos, etc.), além de os processar e punir. Há pessoas que são obrigadas “a fazer e deixar de fazer” não em virtude de lei, mas sim de ato administrativo. Rousseau não acreditaria. Por fim, o controle de constitucionalidade. Ao reputar que todos devem obediência à Constituição e que os poderes constituídos precisam aplicá-la imediatamente, o CNJ já declarou a inconstitucionalidade de leis de forma difusa. Há várias decisões a esse respeito. Nada obstante ser órgão judicial *sui generis* e não deter essa competência em qualquer norma (legal ou constitucional), fato é que o CNJ não se verga à legalidade. Eufemismos e boas intenções à parte, parece que, justamente nos momentos difíceis de respeito à Constituição, o CNJ se deixou cair em tentação. Resta agora saber quem não pode declarar a constitucionalidade de leis no sistema

Todavia, restringindo a análise aos interesses desse estudo, igualmente é questionado o enquadramento do CNJ como ente regulador, pois, em face da indefectível atividade de gestão, fiscalizadora e disciplinar, o CNJ tem sido elencado como tal, o que, como repetido a mancheias, causa ojeriza em parte dos Mestres locais, análise que exige retorno a temas já enfrentados.

Disse-se que o enquadramento como ente regulador se dá pela análise de seus objeto, natureza e características, os quais servem de diáfana moldura para sua identificação, ressalvadas todas as variações possíveis e existentes em cada ordenamento jurídico e suas próprias modulações internas.

Além disso, tem-se iterada evidência da peculiaridade reinante no ente regulador, por força da ausência de homogeneidade do perfil, questão reiteradamente destacada, já que a singularidade da figura não pode ensejar seu descredenciamento do elenco regulatório por mero fundamento nominativo ou por limitação restritiva ao perfilamento do plano geral da essencialidade de seus elementos tipificadores, tendo em vista a inexistência um modelo teórico de regulador estatal transnacionalmente manejado.

Ora, a par das atividades desenvolvidas pelo CNJ, de notável traço de administração gerencial, a qual se efetiva mediante regulação, consorciado ao fato de ser órgão (isto é, desprovido de personalidade jurídica) de natureza pública, e ante a independência, tanto na autodeterminação funcional, como no resguardo político dos interesses motivadores das suas ações, e tecnicidade predominantes, insustentável parece ser o rechaço a essência regulatória da atividade desenvolvida pelo conselho em tela, pensamento assinalado por Justen Filho, ao prefaciá-lo obra de Cuéllar:

Com base em inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 45, foram criados o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, duas entidades [*sic!*] compostas por representantes da sociedade e cuja organização se assemelha à das *autorités administratives indépendantes* francesas.⁵³⁵

brasileiro. O célebre *Marbury vs. Madison*, bem como tudo aquilo que se escreveu a respeito, estão a exigir a mais dolorosa releitura dos últimos tempos” (MOREIRA, Egon Bockmann. Conselho Nacional de Justiça: competências, contradições e perspectivas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 24, nov./dez./jan., 2011. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-24-NOVEMBRO-2010-EGON-BOCKMANN.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2014).

⁵³⁵ CUÉLLAR, Leila, 2008, op. cit., p. 11. Grifos do original. Acréscimos nossos.

Assim sendo, a disciplina da atividade judiciária, por administração dos serviços correlatos e da judicatura, empreendida pelo CNJ, é passível de enquadramento como mister regulatório.

Superada (mas não extirpada) a discussão relativa à inserção do conselho em foco no rol dos entes independentes brasileiros, cumpre averiguar o tratamento doutrinário e prático dispensado à neutralidade políticadeles.

No tocante à despolitização, enquanto aspecto da independência, igualmente se discute aqui sua dimensão, quanto ao que neutralizar da investida política na ação regulatória, e o consequente como fazê-lo.

Quanto ao que neutralizar, para obstar o enfado da repetição de justificativas e embates doutrinários, pontue-se o entendimento majoritário que se reúne em torno da defesa do regulador de sequestro político-partidário, que se expressa, dentre outras formas, por mandatos fixos e estabilidade no curso deles para os membros do regulador, como se colhe do ensino de Binенbojm:

A não-submissão das autoridades independentes à linha hierárquica da chefia da Administração tem sido normalmente justificada pela necessidade de dotar a regulação (...) de maior neutralidade, profissionalismo e qualificação técnica, objetivo que não se conseguiu atingir em um modelo unitário, onde a autoridade administrativa acabava por tornar-se diretamente *responsiva* à lógica político-eleitoral.⁵³⁶

A partir disso, pertinentemente ao modelo adotado, os entes independentes brasileiros (AR's e afins) são organizados em formato de colegiado, seja por um conselho diretor, seja por uma diretoria, ainda que existente a figura de um presidente (diretor ou conselheiro), em conformidade com a legislação criadora de cada regulador.⁵³⁷

No tocante à competência para indicação e designação dos membros do regulador, os entes brasileiros majoritariamente têm seus integrantes indicados e nomeados pelo Chefe do Executivo da respectiva

⁵³⁶ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 13, p. 6, mar./abr./maio, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>>. Acesso em: 3 out. 2014. Grifos do original.

⁵³⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 6, maio/jun./jul., 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-DINORA.pdf>>. Acesso em: 3 out. 2014.

esfera pública, e, em alguns casos, como no caso das AR's federais, é necessária prévia aprovação da Casa Legislativa competente (que, no ambiente nacional, revela-se, no mais das vezes, como chancela protocolar!), como acentua o extinto Mestre Souto.⁵³⁸

Desta feita, resta evidenciada a concentração de poder na formação do colegiado regulador, fato que pouco desperta a atenção da Doutrina pátria, tendo em vista o reduzido debate sobre “possibilidade de imposição de regras para assegurar a composição pluralista do órgão gestor”⁵³⁹.

Tal situação pode ocasionar a malsinada captura política, ante a carência de fatores para compensação de forças deliberantes partidariamente corrompidas, tanto para mitigar a contaminação da política pública, como para conter a maculação da política regulatória, pois, como já se pontou, o combate a esse mal é de natureza multidisciplinar e, objetivamente, exige a conjugação de múltiplos e distintos elementos concretos, a fim de criação de obstáculos a seu desenvolvimento e proliferação.⁵⁴⁰

Por tal razão, o enfrentamento da temática neutralidade política no CNJ, o ente regulador da atividade judiciária pátria, não obstante a ausência de personalidade jurídica e sua discrepância de uma AR, mostra-se como de importante reflexão, notadamente no que pertine ao modo de formação do colegiado que lhe dirige.⁵⁴¹

Cediço o entendimento de que a neutralização não se vincula ao absentismo político, mas sim à contenção partidarista, o Conselho em foco se utiliza da diversidade de indicação de membros para composição do seu colegiado, ainda que seus membros, à exceção do Presidente, sejam nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal.

Sendo assim, a estrutura da composição dos membros do CNJ, fundamentada na indicação de origem plúrima, opta por adotar o critério de equilíbrio de forças políticas e partidárias, tal qual se vislumbra no cenário

⁵³⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela, 2011, op. cit.

⁵³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit., p. 435.

⁵⁴⁰ Consoante item 4.3 deste estudo.

⁵⁴¹ Alerta-se, novamente, que o recorte aqui efetivado, pelo qual se debruça exclusivamente sobre o modelo colegiado e a forma de indicação de membros do regulador, não significa que sejam elas suficientes para a concretização da despolitização colimada, pois o estudo delas apenas representa uma opção metodológica.

franco-americano, nas indicações para composição das *commissions* e das *AAI's*. como visto no precedente item, pois, como reza o texto constitucional:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal;

II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;

III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;

IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

VI - um juiz federal de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;

XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;

XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

§ 1º. O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º. Os demais membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

§ 3º. Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.⁵⁴²

Tal formato privilegia a manifestação de variados grupos de interesses, a saber, o próprio Judiciário, a Advocacia, o povo, pelos seus Deputados Federais, e o Senado Federal, que também aprova os indicados, na (teórica) busca da excelência na atividade judiciária. E a presença de tão distintas vozes, como dito alhures, seria um meio pelo qual se intentaria harmonizar matizes infindos de valores e interesses, cujo resultado propiciaria certa limitação de móvel contrário ao objetivo regulatório.

Nesta trilha perpassa o entendimento do multicitado Justen Filho, que afirma ser tal medida “uma prática extremamente salutar, eis que introduz

⁵⁴² BRASIL, 2013, op. cit.

no âmbito interno da agência [e demais entes reguladores] instrumentos de controle de exercício do poder”⁵⁴³.

Ressalte-se, por oportuno, que tal posição (a de defesa da presença de múltiplas forças no âmbito de um regulador colegiado) não se assenta numa ingênua crença de que a perfeição utópica do ideário teórico em questão⁵⁴⁴, a saber, a neutralidade política do ente regulador independente, completar-se-ia por tal prática, exclusiva, pura e simplesmente, até mesmo por considerar que apologistas de tal modelo, como Justen Filho, questionam a si mesmos sobre a viabilidade prática da adoção de tal modelo em determinados reguladores⁵⁴⁵, como também é o caso de Alceu Galvão Junior⁵⁴⁶.

A busca, que se estampa ao longo desta pesquisa em encerramento, é a da definição dos contornos da despolitização do ente regulador, notadamente quanto ao conteúdo dela, a se concretizar através de modos variados, os quais, agregados entre si, possam obstar a captura política, para que, de fato, possa o instrumental da regulação ser independente.

Dimensionando a aludida neutralidade política, na sua feição partidarista ominosa, a que dá azo ao exclusivo atendimento dos caprichos eleitoreiros, o que, como demonstra a realidade dos fatos, aqui e alhures, provoca danos irreparáveis às instituições e teorias, reclamam o Estado e a sociedade a aglutinação de formas e remédios vários para que a perspectiva concrecional se faça satisfatoriamente eficiente, a robustecer a decantada independência regulatória.

⁵⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit., p. 436. Acréscimos nossos.

⁵⁴⁴ “Sonhar com autoridades [sic!] equilibradas, imparciais e tecnicamente preparadas, democráticas, comprometidas com os interesses gerais, respeitadoras do Direito etc., em nada garante que a realidade vá se ajustar aos sonhos” (SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: _____ (Coor.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 25. Acréscimos nossos).

⁵⁴⁵ *Idem, Ibidem*.

⁵⁴⁶ “A principal justificativa para as agências reguladoras [e demais reguladores] serem dirigidas por órgãos colegiados é a minimização dos riscos de captura (CONFORTO, 1998; OLIVEIRA et al., 2005). Ademais, a decisão colegiada contribui para maior diversidade de pensamento e estabilidade quando da ocorrência de mudanças no ambiente político externo (MARQUES NETO, 2005; JOURAVLEV, 2001; FOSTER, 2005), não obstante haver também desvantagens em relação ao aumento do tempo para tomada de decisões e maior custo administrativo (FARINA et al., 1997)” (GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro. Desafios para a regulação subnacional do saneamento básico no Brasil. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (Org.). **Desafios da regulação no Brasil**. Brasília, DF: ENAP, 2006. p. 292. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/ae2bbd00474593a19b70df3fbc4c6735/livro_desafios_regulacao.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 9 out. 2014. Acréscimos nossos).

E no rol das possibilidades de efetivação, optou-se por se destacar os aqui trabalhados formato colegiado do ente regulador e multiplicidade de fontes indicativas de membros desse colégio, por se evidenciar neles, jungidos a outros tantos aqui não especificados, por escolha metodológica, inobstante existentes, os recursos aptos a tal enfrentamento de inegável urgência.

Conforme alerta introitadamente feito, o móvel do exame que fundamenta essas laudas transcende para muito além de uma imperiosidade teórica, correlata à sustentabilidade da regulação estatal, especificamente considerando a despolitização do ente regulador e sua independência, aspectos que, de *per si*, são de monta considerável, mas também por ser uma necessidade existencial do próprio Estado.

Hodiernamente, aqui e alhures, por força do clamor por eficiência estatal, sendo este um dos fundamentos para o surgimento do Estado Regulador⁵⁴⁷, esforços têm sido envidados para a sua substancial conecção, nos quais se inclui o imperioso reforço (ou seria efetivação?) da moralidade na Administração Pública, seara em que o fortalecimento da neutralização política do ente regulador independente, com substrato no dimensionamento aqui inferido, também se insere.

O conspurcar da ação regulatória pela luta de partidos, a qual se originada fragilidade moral e da falta institucional de elementos objetivos para disciplina e controle dela, ocasiona as transatamente mencionadas falhas da regulação⁵⁴⁸, que promovem, consoante alertado outrora, o enfraquecimento da confiança pública, também chamada de *public confidence* ou *trust*, como pontuava John Locke, que nada mais é senão o sentimento racional do povo voltado às instituições públicas, através do qual se estabelece uma relação de segurança entre governantes e governados acerca da gestão pública e dos fins concretos dela⁵⁴⁹.

Ora, na ausência desse ambiente seguro e confiável, cuja justificação causal se assenta na terrível partitocracia, instala-se a desconfiança, a macular qualquer ideal democrático, sendo lamentavelmente impossível não se recordar do sentimento de desprezo e do desprestígio

⁵⁴⁷ Conforme se tentou evidenciar ao longo do capítulo inaugural deste estudo.

⁵⁴⁸ Item 4.3 desta pesquisa.

⁵⁴⁹ Apud ENTERRÍA, Eduardo García de, 2009, op. cit.

socialmente destinados à regulação e aos seus atores, os quais não decorrem de superlativa criatividade, mas sim de não rarafundada descrença popular.⁵⁵⁰

Considerando que a questão da (i)moralidade na Administração Pública e suas consequências é tristemente observada em palcos de indimensionalidade geográfica (outras terras, mesmos problemas!), é de oportuno rememorar o episódio britânico produtor do Relatório Nolan.

Em 25 de outubro de 1994, o então ocupante da *10 Downing Street*, o *Premier* John Major, anunciou na Câmara dos Comuns a criação da Comissão sobre Normas de Conduta para a Vida Pública, grupo que foi presidido pelo Lord Nolan, motivo pelo qual ficou conhecido como Comissão Nolan, para fins de análise e fixação de padrões de conduta de todos os ocupantes de cargos públicos, objetivando garantir altos padrões de decência na vida pública, condição que se mostrava indispensável para o momento histórico vivenciado pela sociedade e Estado Regulador britânicos.⁵⁵¹

Findo os trabalhos, em maio de 1995, a mencionada Comissão enfeixou os resultados num documento, que passou a ser chamado de Relatório Nolan, cujo título original é *Standards in Public Life*, no qual se inclui, dentre outros pontos, uma lista de recomendação de condutas a serem observadas pelos membros da Administração Pública, inclusive os dos QUANGOS⁵⁵² na qual estão contidos os célebres 07 princípios para a vida pública, que seriam Interesse público, Integridade, Objetividade, *Accountability*, Transparência, Honestidade e Liderança, a serem efetivados mediante a elaboração de códigos de conduta fundamentados nesses princípios, a fiscalização independente do cumprimento dos padrões comportamentais estabelecidos e a educação para promover a internalização dos padrões de conduta.⁵⁵³

E, ao apresentar o Relatório, esclareceu Lord Nolan que:

Our recommendations are therefore designed to maintain, and where necessary restore the standards of conduct in public life which the public are entitled to expect, and to promote a policy of openness

⁵⁵⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de, 2009, op. cit.

⁵⁵¹ NOLAN, Lord. **Standards in public life**: summary of the Nolan committee's first report on standards in public life. Londres: HMSO, 1995. Disponível em: <<http://37.128.129.237/wp-content/uploads/2012/11/1stInquiryReport.pdf>>. Acesso em: 3 out. 2014.

⁵⁵² O ente regulador inglês, conforme item 3.1.

⁵⁵³ NOLAN, Lord, 1995, op. cit.

*which will enable the public to see that their expectations are being met. Much remains to be done...*⁵⁵⁴

Neste esteio, ao cabo dessa pesquisa, no tocante ao panorama da neutralidade política dos entes reguladores independentes, consubstanciada na proteção do sequestro partidarista-eleitoral do móvel regulatório, a se efetivar mediante a conjugação de recursos vários, dentre os quais o formato colegiado e multiplicidade de origem na designação dos membros do regulador, a robustecer a independência regulatória, para que, tanto no plano teórico, como no factual, possa ser resguardada a essencialidade do ideário do Estado Regulador, é de se compartilhar o sentimento inglês, pois, de fato, há muito por fazer...

⁵⁵⁴ NOLAN, Lord, 1995, op. cit., p. 03.

6 CONCLUSÃO

Em sua condição *in fieri*, a regulação estatal, ao tempo em que se constrói, enfrenta diversos obstáculos, os quais, sejam de origem teórica, sejam de ordem prática, lançam dúvidas a sua validação e a sua própria existência, face às censuras oriundas de indistintas fontes, que se espraiem a seus diversos aspectos.

Apresentando-se como ideário pelo qual o Estado, assumindo posição de interveniente econômico indireto e de defensor dos valores socialmente indispensáveis à coletividade, exerce uma atividade de regramento social, à luz do equilíbrio entre os atores sociais e os legítimos interesses a eles correlatos, atividade essa a ser desempenhada por instrumentos dotados de *expertise* e independência.

Desta feita, neste Estado Regulador, os seus entes independentes, além do elevado preparo técnico, caracterizam-se pela sua não sujeição a forças hierárquicas externas, inclusive as que dão azo à influência política maléfica, cujo móvel delas conflitaria com o regulatório, findando por macular a contemporânea espécie de Organização Política embasada neste ideário.

Todavia, como não se lhe apontar as falhas, ao se deparar com a promíscua relação estabelecida entre Poder Político e reguladores? Como sustentar a validade dessa teoria que oportuniza espetáculos de cooptação política? Como apresentá-la como alternativa de eficiência estatal, quando os fatos evidenciam a repetição nefasta da inoperância rechaçada? Como perceber-se institucionalmente atendido nas expectativas socialmente postas, ao vislumbre de tantos desmandos?

A resposta a tais questionamentos tem por premissa única a informação primeva da incompletude da tese em análise, pois, de fato, as reprimendas e questionamentos têm lastro nos acontecimentos, não porque assim deve ser, mas em razão de assim se estar!

Explique-se!

No curso da aplicação da regulação estatal, em evidenciação factual se apresentam lacunas, desajustes e imprecisões teóricas, os quais reclamam corrigenda e redirecionamento, tarefa a que os Doutos têm se dedicado, objetivando aplacar incertezas e fortalecer o ideal regulatório.

A pesquisa finda tem o compromisso de, especificamente apresentando a celeuma relativa à neutralidade política do ente regulador independente, notadamente quanto a sua real dimensão, ofertar subsídios para o desenvolvimento do arcabouço regulatório, ante a divulgação do estágio atual dos debates doutrinários correlatos à temática, lições essas que se enfeixam nas conclusões a seguir apontadas.

Cumpre destacar, de pronto, a severíssima contenda doutrinária incidente na questão, o que consolida a importância do tema e das inferências a que se chegou.

Inobstante a ocorrência de desajustes, a adoção estatal do modelo regulador se mostra coerente com os fundamentos políticos, sociais, econômicos e jurídicos ensejadores de tal escolha, tendo em vista que a busca pela eficiência dos padrões da atuação do Estado, nos mais variados matizes, tanto na perspectiva econômica, como na repercussão social, não se adequa à hipertrofia de tal ente, tampouco a sua inércia, aprendizagem obtida por força dos malogros das experiências das transatas engenharias estatais, desde o seu surgimento, no mundo ocidental capitalista, no longínquo século 15.

Sendo assim, à luz da subsidiariedade que o capitaneia, a opção estatal pelo desenho regulatório se apresenta consentânea aos anseios gerais que lhe embasaram, acerto que se ratificou na tormentosa crise transnacional de 2008, já que o clamor por transformações se fundamenta na presença de um Estado Regulador de feição menos desregulamentar e mais regulatória, sob os auspícios de um pós-Consenso de Washington.

E, na assunção do desiderato regulador, reforçada pela póstera chancela mencionada, urgente se fez no Estado a presença de instrumental apto ao desempenho de tal mister, tendo em vista a impossibilidade de as estruturas tradicionais e burocráticas da Administração Pública executarem a tarefa em comento, que exige perfil gerencial ou policêntrico, razão pela qual surge o ente regulador independente, o qual deve pautar seu exercício na independência e tecnicidade colimadas, a despeito do modelo que ostente, da nomenclatura pela qual se apresente, das peculiaridades que o acompanhe.

Assim o é, pois, considerando a existência de múltiplos Estados Reguladores, em face de pormenores nacionais exigentes de tratamento diferenciado, igualmente plúrimos serão os atores regulatórios, cuja

identificação se fará pelo exame de sua natureza (administrativa estatal), objeto (desempenho da função regulatória) e características (independência e especialização técnica).

Este regulador, embora seja integrante e exercente do Poder Público de origem não eletiva, não pode ser acusado de democraticamente ilegítimo, em face das transformações vivenciadas pela Democracia, a qual, superada a restrita feição representativa, apresenta-se hodiernamente pela eficiência do procedimento de tomada de decisões políticas, que se expressa na efetivação de controle social pelo Estado, a par de sua responsividade política, para fins de uma atuação qualificada e concretizadora dos direitos fundamentais.

Outrossim, a pecha de déficit democrático na regulação estatal, e, conseqüentemente, no ente regulador, é espantada pela relação entre as políticas públicas e a regulatória, na qual se constata o macrobalizamento que o programa de ação governamental, expressão das metas e resultados que o Governo persegue na sua atuação, impõe à política regulatória, já que esta será responsável pela efetivação daquele programa nas áreas sob sua tutela. Com base no fato de que a elaboração das políticas públicas é reservada aos agentes políticos, ter-se-ia patente a legitimação do regulador, ante as diretrizes propostas pelos integrantes dos Poderes do Estado, considerando o alinhamento de todo plano de ação governamental às Políticas do Estado.

A despeito dessa condução política do agir regulatório, não é possível afirmar que sua independência esteja comprometida, notadamente quanto ao aspecto da neutralidade política, que reclama segregação no ente regulador de quaisquer ingerências políticas na sua atuação, sob pena de ocorrência da captura política, fenômeno pelo qual o agir regulatório resta comprometido pela conveniência política, que lhe é indevidamente superior, desvirtuando esse que, por refletir falha da estrutura regulatória, compromete a independência proclamada, mazela o ideário regulador e o próprio Estado, ocasionando, por fim, a quebra da confiança que a sociedade deve ter na atual espécie da Organização Política e suas instituições.

Na impossibilidade da plena desvinculação dos elementos político e técnico num ente de natureza estatal, como é o regulador, com fulcro na Teoria dos Poderes Neutrais, pela qual se vincula a espécie da Organização Política à realização do interesse público, a neutralização política do ente independente

propõe a imunização deste ator às variações do humor político, principalmente manifestadas em oportunidades eleitorais, nas quais se está em jogo a assunção ou manutenção do Poder pelos partidos políticos.

Por isso, repudiando a sugestão pelo apoliticismo, decorrente do menosprezo a Política, como também afastando um tecnicismo formador de um Conselho de Sábios, a produzir uma inapropriada visão de túnel, emerge da análise realizada a contenção partidária, como expressão da despolitização, tornando-se combatível na prática regulatória, não a manifestação política em si mesma, mas sim a influência partidarista no ente independente.

Em suma, no regulador estatal há de se manter seu inarredável atrelamento à *policy*, pedindo-se pelo seu aparte da *politics*.

A delimitação do conteúdo da neutralidade pelo partidarismo não significa desprezo aos partidos políticos, por força da imprescindibilidade de suas existências num Estado Democrático, enquanto espécie da formação social de indispensável papel na caracterização do Poder Político. A queixa repousa na perversa interface que pode existir entre *parties* e regulador, originária da chamada política ruim, contra o que se peleja.

É na luta de partidos para ascensão ao Poder, ou para manutenção nele, que se concentra a neutralização, pois, a depender da fragilidade moral institucionalmente não controlada, ter-se-ia a manipulação do regulador, por meios que variam ao infinito, muitos deles factualmente conhecidos.

Assim sendo, obstar a possibilidade desse sequestro político, enquanto mote da neutralização em tela, carece de ferramentas para sua satisfatória concreção, devendo-se, para tanto, levar em conta que o sentido dicionarizado da palavra neutralizar alberga dupla acepção, a saber, a influência externa e/ou interna de algo que precisa ser refreado, e, por isso, o contágio partidarista pode se manifestar na fixação da política pública a se voltar para a ambiência regulatória, na interferência externa na tomada das decisões pelo regulador estatal ou na contaminação internamente processada por conta da subjugação dos componentes do regulador.

Dessarte, sem olvidar a existência de outros recursos, cuja aplicação conjunta fortaleceria o intento preservativo em discussão, a utilização do modelo colegiado para o regulador estatal, no qual se multiplicam as vozes na direção da figura, e da pluralidade designativa dos indicados a integrar

talcolégio, o que assevera a diversidade interna de posições políticas e sociais, favorece o equilíbrio de forças, no tentante de compensar a imponderável vinculação pessoal dos integrantes do regulador independente e a escorregadia motivação desvirtuada.

Registre-se que esses dimensionamento e efetivação da neutralidade política do regulador independente são opções cotejadas mundo afora, tendo por ilustração os palcos francês e norte-americano.

Nos Estados Unidos da América, que carrega o *status* de ser o 1º Estado Regulador, em face do pioneirismo de sua experiência regulatória contemporânea, com a criação da *Interstate Commerce Commission*, em 1887, a despeito de todas as transformações que a regulação lá enfrentou, a despolitização da *independent regulatory agency* ou *commission* é percebida na mesma concepção de afastamento partidário, e se manifesta pela indicação bipartidarista dos membros integrantes do colegiado regulador.

Já na França, de recente adesão ao ideal da regulação estatal, o que se deu apenas em 1978, com a *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*, a *autorité administrative indépendante*, mesmo não se revestindo de personalidade jurídica, intenta também libertar-se do jugo partidário, e, para tanto, recorre à variedade na origem da indicação, utilizando, assim, de indistintos atores sociais, a saber, das áreas política, jurídica, profissional, econômica e popular, para a formação do colegiado regulatório.

Reportando tudo isso ao cenário local, tem-se que a catalogação do Brasil nessa fase estatal regulatória se dá a partir do momento histórico a que se denomina Reforma do Estado, implementada nos idos de 1995, pelo Governo Fernando Henrique Cardoso, e sob a condução do então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser-Pereira, etapa em que a publicização e a desestatização grassaram no país, num fenômeno diverso do que se evidenciou nos cenários ádvenos, em que a presença estatal foi marcadamente testemunhada.

Em que pese isso, identifica-se episódios de regulação no Brasil antes desse marco temporal, ainda que de rudimentar delimitação e pontual ocorrência, fato que, conseqüentemente, produziu o aparecimento de entes reguladores anteriores e diversos daqueles que decorreram diretamente da reforma mencionada, que são as agências reguladoras, de profunda e

declarada inspiração estadunidense, que são construídas sob o formato de autarquia especial, mesmo sendo possível sua adequação a outra figura jurídica, com atuação setorial ou multisetorial, para áreas sociais e econômicas, distribuídas entre as esferas políticas brasileiras.

Incontestavelmente, a agência reguladora demarca a inserção pátria no panorama de Estado Regulador, o que se principia com a Agência Nacional de Energia Elétrica, em 1996, não podendo, contudo, ser apontada como representante exclusiva do ente regulador brasileiro, tendo em vista que inúmeras figuras igualmente ostentam natureza, objeto e características de regulador independente, a despeito de suas peculiares feições, ocasionando, assim, a multiplicidade de espécies de reguladores estatais brasileiros.

E, neste rol, anote-se a presença do Conselho Nacional de Justiça, órgão regulador da atividade judiciária pátria, criado em 2004, com feições de conselho de magistratura e judicial, de similaridade inconteste com a francesa *autorité administrative indépendante*, inclusive por ser igualmente desprovido de personalidade jurídica.

O Conselho Nacional de Justiça, no esteio do pátrio dimensionamento da despolitização, também sustentador do afastamento da influência partidária, forma seu colegiado, utilizando-se de membros indicados pelos vários setores da sociedade e o Estado, o que lhe possibilita o amíúde falado equilíbrio interno de forças, amortizando possíveis contaminações políticas, tal qual se dá no cenário francês.

Enfim, o tratamento que deve ser dispensado à neutralidade política do regulador estatal, mediante a proposta delimitatória da ingerência partidária, a ser concretizada, não isoladamente, pela escolha do modelo colegiado para que tal ente se autocompense das pressões políticas, ante a diversidade de forças sociais que o compõe, fulcrado nas ilações obtidas pelo exame a que se propôs, reforça a inicialmente dita condição *in fieri* da tese regulatória, destacando, enfaticamente, a necessidade de amadurecimento dela, o que se produzirá com a revisitação de seus detalhamentos teóricos, pela experiencição prática de seus ditames e pelo refazimento de suas diretrizes, como aqui se dispôs a fazer, contribuindo com a sedimentação da independência regulatória.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco. (Coor.). **Princípio da Legalidade**: da Dogmática Jurídica à teoria do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALBUQUERQUE, Kélvia. A visão da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (Org.). **Desafios da regulação no Brasil**. Brasília, DF: ENAP, 2006. p. 83-104. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/ae2bbd00474593a19b70df3fbc4c6735/livro_desafios_regulacao.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 18 jan. 2014.

ALMEIDA, Fernanda Andrade. Neuroética e justiça social: um debate ético em torno dos avanços da Neurociência. **Revista de Sociologia Jurídica**, n. 9, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/antigo/rev09fernandaalmeida.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2014.

ALMEIDA, Vasco. Os limites de uma teoria económica do Estado. **Interações: Sociedade e as Novas Modernidades**, Coimbra, n. 2, p. 43-68, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.interacoes-ismt.com/index.php/revista/article/view/31/32>>. Acesso em: 24 jan. 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A legitimação democrática das agências reguladoras. In: BINENBOJM, Gustavo (Coor.). **Agências reguladoras e Democracia**: direitos fundamentais, Democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 1-20.

_____. Agências reguladoras: algumas perplexidades e desmistificações. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, ano 1, n. 8, p. 7-19. ago. 2006.

_____. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da Teoria dos Ordenamentos Setoriais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 13, abr./mai. 2002. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-ALEXANDRE%20ARAG%C3O.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da Economia: conceito e características contemporâneas. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coor.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1032-1067.

BAGATINI, Júlia. Conselho Nacional de Justiça: um controle administrativo do poder judiciário? **Âmbito Jurídico**, Rio Grande do Sul, ano XIV, n. 88, maio, 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9498>. Acesso em: 29 set. 2014.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding regulation**. Theory, strategy, and practice. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=8DfXlgIlaqUC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=true>>. Acesso em: 11 fev. 2014.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Teoria geral dos partidos políticos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 16, n. 64, p. 127-166, out./dez. 1979. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181114/000365433.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

BARRIOS, Maria Inmaculada Sánchez. **La elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial español y sus homólogos europeos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (Coor.). **Agências reguladoras e Democracia**: direitos fundamentais, Democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 59-87.

BASTIAT, Frédéric. **Frédéric Bastiat**. Tradução de Ronaldo da Silva Legey. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/files/literature/Fr%C3%A9d%C3%A9ric%20Bastiat.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2014.

BATISTA, Mariana. Mensurando a independência das agências regulatórias brasileiras. **PPP – Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, DF, IPEA, n. 36, jan./jul. 2011. p. 213-252. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/227/222>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

BERCOVICI, Gilberto. Desenvolvimento, Estado e Administração Pública. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coor.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 667-680.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>>. Acesso em: 3 out. 2014.

_____. Agências reguladoras independentes e Democracia no Brasil. In: _____ (Coor.). **Agências reguladoras e Democracia: direitos fundamentais, Democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 89-110.

_____. (Coor.). **Agências reguladoras e Democracia: direitos fundamentais, Democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, Democracia e constitucionalização**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Entre a Política e a *expertise*: a repartição de competências entre o Governo e a ANATEL na Lei Geral de Telecomunicações. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 16, nov./dez./jan. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 11. ed. v. 1. Brasília, DF: Editora UNB, 1998. Disponível em: <http://www.pgcsiamspe.org/Mario_Porto/02-DicionarioDePolitica.pdf.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Missão, Visão e Valores do CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj>>. Acesso em: 29 set. 2014.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_28.11.2013/CON1988.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2014.

_____. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Câmara da Reforma do Estado da Presidência da República. Brasília, DF: 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 1 mar. 2014.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Cadernos MARE da Reforma do Estado**. Brasília, DF: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. v. 1. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno01.PDF>. Acesso em: 2 mar. 2014.

_____. **Da Administração Pública burocrática à gerencial**. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. Entre o Estado e o Mercado: o público não-estatal. In: _____; _____ (Org.). **O Público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999. p. 15-48. Disponível em: <<http://bresserpereira.org.br/papers/1998/84PublicoNaoEstataRefEst.p.pg.pdf>>. Acesso em 3 mar. 2014.

_____; _____ (Org.). **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999. Disponível em: <<http://bresserpereira.org.br/papers/1998/84PublicoNaoEstataRefEst.p.pg.pdf>>. Acesso em 3 mar. 2014.

CALIL, Lais. O poder normativo das agências reguladoras em face dos Princípios da Legalidade e da Separação dos Poderes. In: BINENBOJM, Gustavo (Coor.). **Agências reguladoras e Democracia**: direitos fundamentais, Democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 111-176.

CALMON, Eliana. CNJ e democratização do Poder Judiciário. **Revista Interesse Nacional**, São Paulo, ano 4, n. 16, jan./mar., 2012. Disponível em: <<http://interessenacional.uol.com.br/index.php/edicoes-revista/cnj-e-democratizacao-do-poder-judiciario/>>. Acesso em: 29 set. 2014.

CALVETE, Victor J. **Entidades administrativas independentes: smoke & mirrors**. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1008&context=victor_calvete>. Acesso em 24 mar. 2014.

CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. Os valores recomendados pelo Banco Mundial para os judiciários nacionais. **Revista Cidadania e Justiça**, Brasília, DF, ano 7, n. 13, jan./jun. 2004. Disponível em: <http://www.amb.com.br/docs/publicacoes/outros/revista_cj_n7.pdf>. Acesso em: 29 set. 2014.

CARDOSO, Gustavo Vitorino. O Direito Comparado na jurisdição constitucional. **Revista Direito GV**, São Paulo, ano 6, n. 2, p. 469-492, jul./dez. 2010.

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coor.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e poder normativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 9, fev./mar./abr., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-JOSE%20CARVALHO.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

CAVALCANTI, Artur Osmar Novaes Bezerra. Legalidade e a regulação pelas agências no Direito brasileiro. **Revista da Esmafe**, Recife, n. 16, p. 135-158, dez. 2007. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/revista_esmafe/documentos/REVISTA16/FormatoFinal/RevistaN16escaneada.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2014.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Agências reguladoras no Direito Administrativo brasileiro**. Recife: tese para professor titular de Direito Administrativo pela UFPE, 1999.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores autônomos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, FGV, v. 219, p. 253-270, jan./mar. 2000.

_____. Considerações sobre incentivos fiscais e globalização. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). **Incentivos fiscais**: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal. São Paulo: MP Editora, 2006. p. 169-192.

_____. A reserva de densificação normativa da lei para preservação do Princípio da Legalidade. In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio e CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra (Coord.). **Princípio da Legalidade**: da Dogmática Jurídica à teoria do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 221-234.

_____. Reflexões sobre o papel do Estado frente à atividade econômica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 20, p. 67-75, 1997.

CLARK, Giovani. A regulação e a Constituição brasileira de 1988. **Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico**, vol. 3, n. 1, p. 123-145, 2011. Disponível em: <<http://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/a-regulac3a7c3a3o-e-a-constituic3a7c3a3o-brasileira-de-1988.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

COIMBRA, Márcio Chalegre. O direito regulatório brasileiro, histórico do Direito da regulação e as agências reguladoras. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. II, n. 6, ago. 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5619>. Acesso em: 28 fev. 2014.

COMPARATO, Fábio, Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/141607/mod_resource/content/1/COMPARATO_Ensaio_sobre_o_juizo_de_constitucionalidade_de_politicas_publicas.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2014.

CRUZ, Verônica. Estado e regulação: fundamentos teóricos. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). **Regulação e agências reguladoras**. Governança e análise de impacto regulatório. Brasília, DF: Anvisa, 2009. p. 53-86. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/divulga/public/Regulacao.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2014.

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

_____. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DANTAS, Ivo. **Novo Direito Constitucional Comparado**. Introdução. Teoria e metodologia. 3. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. **Teoria do Estado– Direito Constitucional I**. Belo Horizonte: Del Rey, 1989.

_____. **Teoria do Estado contemporâneo**. 2. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Dasso Júnior, Aragon Érico. Estado Regulador, regulação e agências reguladoras: uma contribuição teórica a partir do caso brasileiro. **Revista Derecho y Economía**, La Molina, 2012. Disponível em: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2012/Estado_regulador_Aragon_Dasso_Junior.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2014.

DIECKHOFF, Évelyne. **Les autorités administratives indépendantes**. Disponível em: <<http://www.enssib.fr/bibliotheque-numerique/documents/62448-les-autorites-administratives-independantes.pdf>>. Acesso em 23 set. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito regulatório – temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

_____. Limites da função reguladora das agências diante do Princípio da Legalidade. In: _____. **Direito regulatório – temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 19-50.

_____. **Parcerias na Administração Pública**. Concessão, permissão. franquia, terceirização e outras formas. 3. ed. São Paulo: Atlas.1999.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **Democracia, jueces y control de la administración**. 6. ed. Madrid: Editorial Civitas, 2009.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. A intervenção do Estado sobre a Economia e a crise de 2008. **Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório**, São Paulo, n. 2, p. 139-174, 2010.

FARIAS, Déborah Barros Leal. Reflexos da Teoria Neoliberal e do Consenso de Washington. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 15, n. 59, p. 70-85, abr./jun. 2007.

FERNANDES, Luciana Medeiros. Confrontação entre o Princípio da Legalidade e Princípio Democrático na reforma do Estado. In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco. (Coor.). **Princípio da Legalidade: da Dogmática Jurídica à teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 257-281.

_____. O “Estado da crise”. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, Recife, n. 3, p. 120-170, 2010. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/download/26/28>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/AgenciasReguladoras.PDF>>. Acesso em: 17 fev. 2014.

_____. Como regular agências reguladoras? **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 22, p. 7-23, jul./set. 2008.

FERRER, Juan De La Cruz. Teoría de la regulación y Derecho Público. In: VALDIVIA, Diego Zegarra (Ed.). **Regulación, instituciones y competencia en sectores estratégicos**. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2008. p. 75-162. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.asierregulacion.org%2Fasierregulacion%2F%3Fwpfb_dl%3D769&ei=jjz6UsCpENHekQf8zIDICA&usg=AFQjCNH-mCZTBGYiUref8udolJBt_VeVmg&cad=rja>. Acesso em: 24 jan. 2014.

FIANI, Ronaldo. **Teoria da regulação econômica: estado atual e perspectivas futuras**. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/teoria_da_regulacao_economica.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2014.

FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. Uma contribuição para o conceito de regulação do serviço público no Brasil. **Marco Regulatório**, Porto Alegre, AGERGS, n. 1, 1999. Disponível em: <<http://www.agergs.rs.gov.br/site/download.php?arquivo=imagens/publicacoes/publicacao1.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2014.

FRANCE. **Le Conseil d'État et la Juridiction Administrative**. Missions. Conseiller. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Missions/Conseiller>>. Acesso em: 21 set. 2014.

_____. **Sénat**. Les autorités administratives indépendantes: évaluation d'un objet juridique non identifié. Tome 1: rapport. Disponível em: <<http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-14.html>>. Acesso em: 23 set. 2014.

FREITAS, Juarez. Novo modelo de direito da regulação e desafios pós-crise global. GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; XIMENES, Marfisa Maria de Aguiar Ferreira (Ed.). **Regulação**. Normatização da prestação de serviços de água e esgoto. vol. 2. Fortaleza: Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, 2009. p. 15-34. Disponível em: <http://www.agenersa.rj.gov.br/agenersa_site/documentos/Livro_Normatizacao_VolII.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2014.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **PPP – Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, DF, IPEA, n. 21, jun., 2000. p. 211-259. Disponível em: <<http://www.en.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal**. Uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado Social. Curitiba: tese de doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná, 2009. Disponível em: <http://www.livrosgratis.com.br/arquivos_livros/cp143688.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2014.

GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro. Desafios para a regulação subnacional do saneamento básico no Brasil. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (Org.). **Desafios da regulação no Brasil**. Brasília, DF: ENAP, 2006. p.275-307. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/ae2bbd00474593a19b70df3fbc4c6735/livro_desafios_regulacao.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 9 out. 2014.

GILARDI, Fabrizio. **Delegation in the Regulatory State**: independent regulatory agencies in Western Europe. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2008.

_____. The formal independence of regulators: a comparison of 17 countries and 7 sector. **Swiss Political Science Review**. v. 11, n. 4, 2005. p. 139-167. Disponível em: <<http://www.fabriziogilardi.org/resources/papers/Gilardi-SPSR-2005.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras: a “metamorfose” do Estado e da Democracia. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências Reguladoras e Democracia**: direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 21-57.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**. Tomo 1: Parte general. 1. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013. Disponível em: <<http://www.gordillo.com/tomo1.html>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

_____. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**. Tomo 2: La defensa del usuario y del administrado. 9. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009. Disponível em: <<http://www.gordillo.com/tomo2.html>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 6, maio/jun./jul., 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-DINORA.pdf>>. Acesso em: 3 out. 2014.

JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David (Ed.). **The politics of regulation**. Institutions and regulatory reforms for the age of governance. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=1TmMDMIDgj8C&pg=PA243&lpg=PA243&dq=The+Politics+of+Regulation+Jordana+J.+and+Levi-Faur,+D.&source=bl&ots=XbBYdwFjFO&sig=sUvOaU1ILLNAhCpMmVaAfvNTJ>>

RA&hl=pt-BR&sa=X&ei=I5_mU6-9MK3nsATXyYGCg&ved=0CCEQ6AEwAA#v=onepage&q=The%20Politics%20of%20Regulation%20Jordana%20J.%20and%20Levi-Faur%2C%20D.&f=false>. Acesso em: 9 ago. 2014.

JUST, Gustavo. O Princípio da Legalidade administrativa: o problema da interpretação e os ideais do Direito Público. In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco. (Coor.). **Princípio da Legalidade**: da Dogmática Jurídica à teoria do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 235-248.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Agências reguladoras e Democracia**: existe um déficit democrático na “regulação independente”? Disponível em: <<http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf62.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**. Um estudo acerca da patogênese do mundo burguês. Tradução de Luciana Villas-Boas Castelo Branco. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 1999.

LA SPINA, Antonio. **Lo Stato Regolatore**. p. 191- 205. Disponível em: <<http://portale.unipa.it/persona/docenti/c/salvatore.costantino/.content/documenti/--LO-STATO-REGOLATORE.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2014.

LEVI-FAUR, David. The odyssey of the Regulatory State. Episode one: the rescue of the Welfare State. **Jerusalem Papers in Regulation & Governance**, n. 39, nov. 2011. Disponível em: <<http://regulation.huji.ac.il/papers/jp39.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2014.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional**. São Paulo: Atlas. 2013.

LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. O enraizamento da regulação de qualidade: fazer as perguntas difíceis é a resposta. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (Org.). **Desafios da regulação no Brasil**. Brasília, DF: ENAP, 2006. p. 17-37. Disponível em:

<http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/ae2bbd00474593a19b70df3fbc4c6735/livro_desafios_regulacao.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 18 jan. 2014.

LOUREIRO, Caio de Souza. A competência normativa das agências reguladoras sob o enfoque da Separação de Poderes. In: VALDIVIA, Diego Zagarra (Ed.). **Regulación, instituciones y competencia en sectores estratégicos**. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2008. p. 413-479.

Disponível em:

<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.asierregulacion.org%2Fasierregulacion%2F%3Fwpfb_dl%3D769&ei=jjz6UsCpENHekQf8zIDICA&usg=AFQjCNH-mCZTBGYiUref8udolJBt_VeVmg&cad=rja>. Acesso em: 11 fev. 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MACHADO, Santiago Muñoz. Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica. In: MACHADO, Santiago Muñoz; PARDO, José Esteve (Dir.). **Derecho de la regulación económica**. Vol. I: Fundamentos e instituciones de la regulación. 1. ed. Madrid: Lustel, 2009. p. 15-243.

MACHADO, Santiago Muñoz; PARDO, José Esteve (Dir.). **Derecho de la regulación económica**. Vol. I: Fundamentos e instituciones de la regulación. 1. ed. Madrid: Lustel, 2009.

MAJONE, Giandomenico. Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, ano 50, n.1, p. 5-36, jan./mar. 1999. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2707>. Acesso em: 7 fev. 2014.

_____. **Evidencia, argumentacion y persuasion en la formulacion de políticas**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. reimpr. México: FCE, 2005. Disponível em: <<http://www.actiweb.es/uvm-map/archivo3.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

_____. The Regulatory State and its legitimacy problems. **Political Science Series**, Vienna, Institute for Advanced Studies (IHS), n. 56, jul. 1998. Disponível em: <http://www.ihs.ac.at/vienna/publication.php?tool_e_action=download_file&id=362>. Acesso em: 8 fev. 2014.

MAJONE, Giandomenico. The transformations of the Regulatory State. **Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione**, set. 2010. Disponível em: <http://www.osservatorioair.it/wp-content/uploads/2010/10/Paper_Majone_RegulatoryState_sept2010.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2014.

MAJONE, Giandomenico; LA SPINA, Antonio. El Estado regulador. **Gestión y Política Pública**, México, v. 2, n. 2, jul./dez. 1993. p. 197-261. Disponível em: <http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/num_anteriores/Vol.II_No.II_2dosem/MG_Vol.II_No.II_2dosem.pdf>. Acesso em 03 set. 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes**. Fundamentos e seu regime jurídico. 1. ed. 1. reimpr.. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 72-98.

_____. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTÍNEZ, María Salvador. **Autoridades independientes**: Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España. Barcelona: Ariel, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). **Incentivos fiscais**: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal. São Paulo: MP Editora, 2006.

MARTINS, Marcos Antônio Madeira de Mattos. Direito Econômico e modernidade: a crise das agências reguladoras. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI; 18., 2009, São Paulo, SP. **Anais...** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2107.pdf>. Acesso em: 1 set. 2014. p. 4313-4337.

MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e Democracia**: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004.

MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 545-565, jul./ago. 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coor.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 99-139.

MICHAELIS moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2009. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=neutralizar>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

MODESTO, Paulo. **Reforma do marco legal do Terceiro Setor no Brasil**. Disponível em: <<http://bresserpereira.org.br/Terceiros/Autores/Modesto,Paulo/terceirosetorreforma.PDF>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

MONCADA, Luís Solano Cabral de. **Direito Econômico**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. Conselho Nacional de Justiça: competências, contradições e perspectivas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 24, nov./dez./jan., 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-24-NOVEMBRO-2010-EGON-BOCKMANN.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2014.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. **Autoridades reguladoras independentes**. Estudo e projecto de lei-quadro. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A regulação sob a perspectiva da nova Hermenêutica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 12, nov./dez./jan. 2008. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-12-NOVEMBRO-2007-DIOGO%20DE%20FIGUEIREDO.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Administração Pública gerencial**.

Disponível em:

<http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1998/revdireito1998B/est_adminpublica.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2014.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Forense, 2009.

_____. **Direito regulatório**: a alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003. Disponível em:

<http://books.google.com.br/books?id=hG7uv0cehAoC&pg=PR4&lpg=PR4&dq=%22Paulo+Roberto+Ferreira+motta%22.+Ag%C3%A4ncias+Reguladoras+.+Barueri:+Manole,+2003&source=bl&ots=DkFNcM2qSF&sig=mXFI2mGWMzGJTzBZXnl7f_qCPuk&hl=pt-BR&sa=X&ei=_AcMU_2jPle40QHvp4DYDw&ved=0CC0Q6AEwAQ#v=onepage&q=%22Paulo%20Roberto%20Ferreira%20motta%22.%20Ag%C3%A4ncias%20Reguladoras%20.%20Barueri%3A%20Manole%2C%202003&f=false>.

Acesso em: 24 fev. 2014.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Agências, *expertise* e profissionalismo: o paradigma da técnica na Administração Pública. **Revista de Direito**

Administrativo, Rio de Janeiro, v. 254, p. 67-94, maio/ago. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8075/6863>>.

Acesso em: 27 jun. 2014.

MUÑOZ, Guillermo. Os entes reguladores como instrumento de controle dos serviços públicos no Direito Comparado. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 140-158.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública, Legalidade e pós-positivismo. In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco. (Coord.). **Princípio da Legalidade**: da Dogmática Jurídica à teoria do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 203-220.

NOLAN, Lord. **Standards in public life**: summary of the Nolan committee's first report on standards in public life. Londres: HMSO, 1995. Disponível em: <<http://37.128.129.237/wp-content/uploads/2012/11/1stInquiryReport.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2014.

NUNES, António Avelãs. **O Estado Capitalista em tempos de globalização**. Disponível em: <<http://www.odiarrio.info/b2-img/estadocapitalistaANunes.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2014.

OLIVEIRA, José Carlos de; PEREZ FILHO, Augusto M.; WOOD, Stephen Q. Agências reguladoras e o fenômeno da captura. **Pensar**, Fortaleza, UNIFOR, v. 17, n. 1, jan./jun. 2012. p. 195-209. Disponível em: <ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/download/2278/pdf>. Acesso em 14 jul. 2014.

ORTEGA, Ricardo Rivero. Nociones generales sobre el Derecho Administrativo Económico. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 15-33.

ORTIZ, Gaspar Ariño. Regulación monopólica y regulación competitiva. In: VALDIVIA, Diego Zagarra (Ed.). **Regulación, instituciones y competencia en sectores estratégicos**. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2008. p. 11-45. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.asierregulacion.org%2Fasierregulacion%2F%3Fwpfb_dl%3D769&ei=jjz6UsCpENHekQf8zIDICA&usg=AFQjCNH-mCZTBGYiUref8udolJBt_VeVmg&cad=rja>. Acesso em: 27 jun. 2014.

_____. Sucessos e fracassos da regulação. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 3, ago./set./out. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-GASPAR%20ARINO%20ORTIZ.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

ORTIZ, Gaspar Ariño; DE LA CUÉTERA, Juan Miguel. Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos. **Cuadernos de Derecho Público**, Madrid, n. 9, p. 9-26, jan./abr. 2000. Disponível em: <[http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=viewFile&path\[\]=561&path\[\]=616](http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=viewFile&path[]=561&path[]=616)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à Juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PASSOS, José Joaquim Calmon. A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 5, mar./abr./maio, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-5-MAR%C7O-2006-CALMON%20PASSOS.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2014.

PECI, Alketa. Novo marco regulatório para o Brasil da pós-privatização: o papel das agências reguladoras em questão. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 33, n. 4, p. 121-135, jul./ago. 1999. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/EnANPAD/enanpad_1999/AP/1999_AP13.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2014.

_____. Regulação comparativa: uma (des)construção dos modelos regulatórios. In: _____ (Org.). **Regulação no Brasil: desenho, governança, avaliação**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 73-92.

_____. (Org.). **Regulação no Brasil: desenho, governança, avaliação**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREZ, Marcos Augusto. As vicissitudes da regulação econômica estatal: reflexão sobre as lições do Direito norte-americano em comparação com o Direito brasileiro. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coor.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1068-1081.

PIROTTA, Fernanda de Abreu. **O fenômeno da captura nas agências reguladoras**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19678-19679-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

PÓ, Marcos Vinícius. **O jogo regulatório brasileiro: a estabilidade contratual para além da autonomia das agências**. São Paulo: tese de doutorado em Administração Pública e Governo pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo (FGV), 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4651/72050100744.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

PRADO, Mariana Mota. Accountability mismatch: as agências reguladoras independentes e o Governo Lula. In: BINENBOJM, Gustavo (Coor.). **Agências reguladoras e Democracia: direitos fundamentais, Democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 225-251.

PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (Org.). **Desafios da regulação no Brasil**. Brasília, DF: ENAP, 2006. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/ae2bbd00474593a19b70df3fbc4c6735/livro_desafios_regulacao.pdf?MOD=AJPERES. Acesso em: 18 jan. 2014.

PROSSER, Tony. **The regulatory enterprise**: Government, regulation and legitimacy. New York: Oxford University Press, 2010.
PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard (Ed.). **Democracy, accountability and representation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. Disponível em: <http://partipirate.re/doc/tresors/Democracy-Accountability-and-Representation.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2014.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. O setor público. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 101-188.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil. _____ (Org.). **Regulação e agências reguladoras**. Governança e análise de impacto regulatório. Brasília, DF: Anvisa, 2009. p. 125-159. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/divulga/public/Regulacao.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2014.

_____ (Org.). **Regulação e agências reguladoras**. Governança e análise de impacto regulatório. Brasília, DF: Anvisa, 2009. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/divulga/public/Regulacao.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2014.

RAMOS, Murilo César. Agências reguladoras: a reconciliação com a Política. **Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación**, v. VII, n. 5, p. 17-39, maio/ago. 2005. Disponível em: <http://www2.eptic.com.br/arquivos/Revistas/VII,n.2,2005/MuriloCesarRamos.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2014.

REZENDE, Flávio da Cunha. **Por que falham as reformas administrativas?** Rio de Janeiro: FGV, 2004.

RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIK, Dani. Is there a New Washington Consensus? **Project Syndicate**, 2008. Disponível em: <<http://www.project-syndicate.org/commentary/is-there-a-new-washington-consensus-#hv6fUwYLuHbkgdOl.99>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

ROSA, Paulo Moraes Santa. Captura das agências reguladoras: um fenômeno multidimensional. **Política Democrática – Revista de Política e Cultura**, Brasília, DF, ano 6, n. 20, mar. 2008.

RUTLEDGE, Ivan C. Regulating business by independent commission, by Marver H. Bernstein. **Indiana Law Journal**, Indiana, Indiana University School of Law, v. 31, iss. 1, jan. 1955, article 10. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2679&context=ilj>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica** (princípios e fundamentos jurídicos). 2. ed, rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

SAMPAIO, Paulo Soares. A independência real das agências reguladoras no Brasil. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, DF, v. 5, n. 1, p. 135-174, 2013. Disponível em: <http://www.pe-et.com.br/arquivos/d_artigo_brasil_1370216320.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2014.

SANDRONI, Paulo (Org.). **Novíssimo dicionário de Economia**. 2. ed. São Paulo: Best Seller, 1999. Disponível em: <<http://introducaoaeconomia.files.wordpress.com/2010/03/dicionario-de-economia-sandroni.pdf>>. Acesso em: 9 jan. 2014.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 216, p. 124-162, abr./jun. 1999.

_____. Agências reguladoras e entidades similares. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1135-1160.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização**. Privatizações, concessões, terceirizações e regulação. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Função regulatória. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 11, fev. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-MARCOS-JURUENA.pdf>. Acesso em: 5 maio 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: _____ (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17-38.

_____. Serviços públicos e regulação estatal. In: _____ (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17-38.

_____. (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

TAVARES, André Ramos. O Direito Administrativo no Estado Mínimo. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 81-98.

VALDIVIA, Diego Zegarra (Ed.). **Regulación, instituciones y competencia en sectores estratégicos**. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2008.

Disponível em:

<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.asierregulacion.org%2Fasierregulacion%2F%3Fwpfb_dl%3D769&ei=jjz6UsCpENHekQf8zIDICA&usg=AFQjCNH-mCZTBGYiUref8udolJBt_VeVmg&cad=rja>. Acesso em: 24 jan. 2014.

WARREN, Kenneth F. **Administrative Law in the political system**. 3. ed. New Jersey: Prentice Hall, 1997.

VILARINHO, Paulo Ferreira. A percepção da captura política da saúde suplementar no Brasil. **CADERNOS EBAPE. BR**, Rio de Janeiro, FGV, v. 8, n. 4, dez. 2010. p. 694-709. Disponível em:

<http://app.ebape.fgv.br/cadernosebape/asp/dsp_texto_completo.asp?cd_pi=897411>. Acesso em: 13 jul. 2014.

WILLEMAN, Flávio de Araújo. O Princípio de Generalidade e o direito ao recebimento de serviços públicos ainda não prestados em caráter geral. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 227, p. 111-130, jan./mar. 2002.