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

ADRIANA SOARES DE MOURA CARNEIRO

A VULNERABILIDADE DO ATUAL ESTADO DA ARTE DA NEUTRALIDADE POLÍTICA DOS ENTES REGULADORES INDEPENDENTES BRASILEIROS: os desafios na (possível) construção de uma moldura jurídica efetivadora da contenção partidarista

Recife
2020

ADRIANA SOARES DE MOURA CARNEIRO

A VULNERABILIDADE DO ATUAL ESTADO DA ARTE DA NEUTRALIDADE POLÍTICA DOS ENTES REGULADORES INDEPENDENTES BRASILEIROS: os desafios na (possível) construção de uma moldura jurídica efetivadora da contenção partidarista

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como parte dos requisitos parciais para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Transformações do Direito Público.
Linha de Pesquisa: Estado e Regulação.

Orientador: Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior.

Recife
2020

Catalogação na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

C289v Carneiro, Adriana Soares de Moura.
A vulnerabilidade do atual estado da arte da neutralidade política dos entes reguladores independentes brasileiros: os desafios na (possível) construção de uma moldura jurídica efetivadora da contenção partidarista / Adriana Soares de Moura Carneiro. – Recife, 2020.
234 f.

Orientador: Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2020.

Inclui referências.

1. Direito Constitucional – Brasil. 2. Direito Administrativo. 3. Direito Econômico. 4. Estado. 5. Regulação. 6. Política. I. Nobre Júnior, Edilson Pereira (Orientador). II. Título.

342.81 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ 2020-09)

ADRIANA SOARES DE MOURA CARNEIRO

A VULNERABILIDADE DO ATUAL ESTADO DA ARTE DA NEUTRALIDADE POLÍTICA DOS ENTES REGULADORES INDEPENDENTES BRASILEIROS: os desafios na (possível) construção de uma moldura jurídica efetivadora da contenção partidarista

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como parte dos requisitos parciais para obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovada em: 10/02/2020.

BANCA EXAMINADORA

_____

Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Junior (Orientador)

(Universidade Federal de Pernambuco)

_____

Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavlcanti (Examinador interno)

(Universidade Federal de Pernambuco)

_____

Prof. Dr. Walber Moura Agra (Examinador interno)

(Universidade Federal de Pernambuco)

_____

Profa. Dra. Caroline de Fatima da Silva Torres Lobato (Examinadora externa)

(Universidade Católica de Pernambuco)

_____

Prof. Dr. Geilson Salomão Leite (Examinador externo)

(Universidade Federal da Paraiba)

_____

Prof. Dr. Gustavo Ramos Carneiro Leão (Examinador externo)

(Universidade Católica de Pernambuco)

Dedicada*

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.

(*igual a da dissertação, porque, neste sentido, nada em mim mudou)

AGRADECIMENTOS

A Deus, porque, em todas as vezes que por Teu nome clamei, comigo Tu estavas. E gratíssima a Ti, principalmente, por todas as outras vezes que sequer a Ti roguei, porque Te antecipastes os meus possíveis clamores. Tu és Amor, Providência e Misericórdia infindas! Louvado seja o Altíssimo, e os fiéis executores da ação divina, dentre os quais, Jesus, Auta de Souza e Agostinho!

Ao meu Pai Vitor (*in memoriam*), a minha mãe Laudicéia e a minha irmã Cristina, por todo amor que me dedicam, e que não tenho como agradecer suficiente e adequadamente. Rogo a Deus que lhes abençoe sempre, e que eu possa ser um reflexo tímido dos grandiosos exemplos que vocês são para mim (persistência, dedicação, amor, ética e retidão). Amo-os infindamente!

Ao Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Junior, por me ter aceito como orientanda e por desempenhar a docência com tanto zelo, generosidade, dedicação, gentileza e disponibilidade.

Aos Parentes e Amigos, de ambos os planos, pelos apoio e boas vibrações nesta trajetória, e, principalmente, pela compreensão por tanta ausência.

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

Aos docentes (nas pessoas dos Profs. Drs. Francisco Queiroz, Luciana Grassano, Ivo Dantas e Marcos Nóbrega), administrativo (nas pessoas de Maria do Carmo Aquino e Elizabeth Tavares) e colegas discentes do PPGD/UFPE.

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

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

Derrotando o mal

"A Hidra de Lerna é um monstro gerado pela deusa Hera, para provar o grande Héracles. Criada sobre um plátano, junto da fonte Amimone, perto do pântano de Lerna, na Argólida, a Hidra é figurada como uma serpente descomunal, de muitas cabeças (...), e cujo hálito pestilento a tudo destruía (...). Para conseguir exterminar mais esse monstro, o herói contou com a ajuda preciosa de seu sobrinho Iolau, porque, à medida que Héracles ia cortando as cabeças da Hidra, onde houvera uma, renasciam duas. Iolau (...) com grandes tições ia cauterizando as feridas, impedindo, assim, o renascimento das cabeças cortadas. A cabeça do meio era imortal, mas o filho de Alcmena a cortou assim mesmo: enterrou-a e colocou-lhe por cima um enorme rochedo. (...)"

(BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia grega**. v. 1. Petrópolis: Vozes, 1986. p. 243-244.)

"**932**. Por que, neste mundo, a influência dos maus geralmente sobrepuja a dos bons? Por fraqueza dos bons. Os maus são intrigantes e audaciosos; os bons são tímidos. Quando estes o quiserem, haverão de preponderar."

(KARDEC, Allan. **O Livro dos Espíritos**. Tradução de Evandro Noleto Bezerra. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 2006. p. 508.)

RESUMO

Considerando a adesão brasileira ao modelo de regulação estatal, a independência regulatória exige afastamento do ente regulador nacional das pressões políticas existentes, salvaguardando-lhe neutralidade e técnica. Entrementes, grassa na ambiência regulatória pátria a captura política, através da qual o regulador brasileiro sofre a investida do mau partidarismo. E essa influência ruim desvirtua a finalidade e a tomada de decisão regulatórias, por visar ao atendimento de interesses estranhos, inadmissáveis e desalinhados à lógica da coisa pública, da Ética e da Democracia. Nesse cenário, a ocorrência do sequestro político expõe a vulnerabilidade da despolitização do regulador brasileiro. Revisitando os conceitos basilares do ideário de Estado regulador, esta pesquisa bibliográfica busca o aperfeiçoamento do atual estado da arte da neutralização política regulatória no Brasil, para, consequentemente, obstacular ou minimizar a manifestação da captura política. E, nesse sentir, investiga-se a possibilidade de existência de uma moldura jurídica promotora do distanciamento da política ruim na regulação. Para tanto, alguns pontos merecem análise, dentre eles: a necessidade de melhoria regulatória, com ênfase em objetividade das ações e eficiência dos resultados; a existência de vários formatos de entes reguladores brasileiros; a relevância das estratégias de neutralidade política do regulador, para fins de prevenção ao sequestro politico dele; a diversidade de mecanismos existentes para a cooptação partidarista do regulador; a presença da corrupção no palco público; a recente existência de lei geral das agências reguladoras; a experiência portuguesa no enfrentamento da captura política. Não obstante a habitual dissensão teórica e o caráter *in fieri* da temática, conclui-se pela possibilidade de existência de moldura legal mínima e não hermética, apta a estabelecer um arranjo despolitizador, no propósito de conter, e não impedir integralmente, a captura política do regulador nacional. Desta feita, identifica-se que o robustecimento da neutralidade política reclama uma mescla de ações em torno da melhoria da governança pública em si mesma, o que redundará numa melhoria regulatória.

Palavras-chave: Estado regulador brasileiro. Neutralidade política. Melhoria regulatória. Estratégias para despolitização. Prevenção da captura política. Moldura jurídica mínima.

ABSTRACT

Considering Brazil's adherence to the state regulation model, regulatory independence requires the Brazilian regulatory entity to be removed from existing political pressures, safeguarding its neutrality and technique. Meanwhile, political capture predominates in the Brazilian regulatory environment, through which the Brazilian regulator suffers the onslaught of bad partisanship. And this bad influence undermines regulatory purpose and decision-making by aiming at meeting foreign interests, inadmissible and out of line with the logic of public affairs, ethics and democracy. In this scenario, the occurrence of political kidnapping exposes the vulnerability of the depoliticization of the Brazilian regulator. Revisiting the basic concepts of the idea of the regulatory state, this bibliographical research seeks to improve the current state of the art of regulatory political neutralization in Brazil, to consequently hinder or minimize the manifestation of political capture. And, in this sense, it is investigated the possibility of existence of a legal framework that promotes the distancing of the bad policy in the regulation. Therefore, some points deserve analysis, among them: the need for regulatory improvement, with emphasis on objectivity of actions and efficiency of results; the existence of various formats of Brazilian regulators; the relevance of the regulator's strategies of political neutrality to prevent his political kidnapping; the diversity of existing mechanisms for the party's co-optation of the regulator; the corruption on the Brazilian public stage; the recent existence of general law of Brazilian regulatory agencies; the Portuguese experience against political capture. Notwithstanding the usual theoretical dissent and the character *in fieri* of the theme, it is concluded that there is a possibility of a minimal and non-hermetic legal framework, capable of establishing a depoliticizing arrangement, in order to contain, not completely prevent, the political capture of national regulator. This time, it is identified that the strengthening of political neutrality requires for a mix of actions around the improvement of public governance in itself, which will result in a regulatory improvement.

Keywords: Brazilian regulatory state. Political neutrality. Regulatory improvement. Strategies for depoliticization. Political capture’s prevention. Minimum legal framework.

RESUMEN

Considerando la adhesión de Brasil al modelo de regulación estatal, la independencia regulatoria requiere que la entidad reguladora brasileña sea aislada de las presiones políticas existentes, salvaguardando su neutralidad y técnica. Mientras tanto, la captura política abunda en el ambiente regulatorio de Brasil, a través del cual el regulador brasileño sufre la avalancha de mal partidismo. Y esta mala influencia socava el propósito regulatorio y la toma de decisiones al tratar de satisfacer intereses extranjeros, inadmisibles y fuera de línea con la lógica de los asuntos públicos, de la ética y de la democracia. En este escenario, la ocurrencia de secuestros políticos expone la vulnerabilidad de la despolitización del regulador brasileño. Repasando los conceptos básicos de la idea del estado regulador, esta investigación bibliográfica busca mejorar el estado actual del arte de la neutralización política reguladora en Brasil, para en consecuencia obstaculizar o minimizar la manifestación de la captura política. Y, en este sentido, se investiga la posibilidad de existencia de un marco legal que promueva el distanciamiento de la mala política en la regulación. Por lo tanto, algunos puntos merecen un análisis, entre ellos: la necesidad de una mejora regulatoria, con énfasis en la objetividad de las acciones y la eficiencia de los resultados; la existencia de varios formatos de reguladores brasileños; la relevancia de las estrategias de neutralidad política del regulador para evitar su secuestro político; la diversidad de mecanismos existentes para la cooptación del regulador por parte del partido; la presencia de corrupción en el escenario público; la existencia reciente en Brasil de ley general de agencias reguladoras; la experiencia portuguesa al enfrentar la captura política. A pesar del desacuerdo teórico habitual y el carácter *in fieri* de la temática, se concluye que existe la posibilidad de un marco legal mínimo y no hermético, capaz de establecer un acuerdo despolitizante, para contener y no prevenir en su totalidad, la captura política de regulador brasileño. Esta vez, se identifica que el fortalecimiento de la neutralidad política requiere una combinación de acciones en torno a la mejora de la gobernanza pública en sí misma, lo que dará como resultado una mejora regulatoria.

Palabras clave: Estado regulador brasileño. Neutralidad política. Mejora regulatoria. Estrategias para la despolitización. Prevención de la captura política. Marco legal mínimo.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro 1 . Identificação das estratégias para despolitização regulatória utilizadas no Brasil, a partir do confronto com o elenco de David A. Moss e Daniel Carpenter..... 96

Quadro 2 . Categorias e mecanismos de captura regulatória, de Barry M. Mitnick..... 126

Quadro 3 . Identificação das categorias e mecanismos utilizados para captura política do regulador brasileiro, a partir do confronto com o elenco de Barry M. Mitnick..... 128

Quadro 4 . Confronto entre as garantias da independência política do regulador nacional e as práticas domésticas de partidarização regulatória..... 141

Quadro 5 . Exemplos de danos oriundos da cooptação partidarista brasileira, a partir do confronto com as práticas de partidarização regulatória domésticas..... 143

Quadro 6 . Confronto entre as estratégias para despolitização regulatória, de David A. Moss e Daniel Carpenter, e as garantias de independência constantes na lei-quadro das entidades reguladoras portuguesas..... 158

Quadro 7 . Análise das estratégias para despolitização regulatória previstas na Lei nº 13.848/2019, a partir do confronto com o elenco de David A. Moss e Daniel Carpenter e o cenário atual da objetividade dessas estratégias no Brasil..... 179

Quadro 8 . Análise das garantias da independência política do regulador nacional previstas na Lei nº 13.848/2019, a partir do confronto com as práticas domésticas de partidarização regulatória do cenário atual..... 187

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AAI	Autoridade Administrativa Independente
AAI's	*Autorités Administratives Indépendantes*
AIR	Análise de Impacto Regulatório
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
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	*Administrative Procedural Act*
AR	Agência Reguladora
ARI	Agência Reguladora Independente
ARPE	Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco
ARSAL	Agência Reguladora e Fiscalizadora dos Serviços Públicos de Salvador
Art.	Artigo
BACEN	Banco Central do Brasil
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CEDIPRE	Centro de Estudos de Direito Público e Regulação
cf.	Confira
CMN	Conselho Monetário Nacional
CNSP	Conselho Nacional de Seguros Privados
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
et al.	E outro
etc.	*Et cetera* (e as outras coisas)
e.g.	*Exempli gratia* (por exemplo)
FHC	Fernando Henrique Cardoso
EUA	Estados Unidos da América
ICC	*Interstate Commerce Comission*

i.e.	Isto é
i.e.	*Id est* (isto é)
IPC	Índice de Percepção da Corrupção
IRAs	*Independent Regulatory Agencies*
IRB	Instituto de Resseguros do Brasil
MARE	Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado
MoU	*Memorandum of Understanding*
nº	Número
NDPB's	*Non-Departamental Public Bodies*
NPM	*New Public Management*
Op. cit.	*Opus citatum* (obra citada)
OS	Organização Social
OSCIP	Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
PC do B	Partido Comunista do Brasil
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
PT	Partido dos Trabalhadores
QUANGOS	*Quasi Autonomous Non Governamental Organisations*
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SNDC	Sistema Nacional de Defesa do Consumidor
STB	*Surface Transportation Board*
SUS	Sistema Único de Saúde
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
TCU	Tribunal de Contas da União
v.g.	*verbi gratia* (por exemplo)

SUMÁRIO

1 **INTRODUÇÃO**..... 14

2 **REGULAÇÃO ESTATAL EM PERSPECTIVA**..... 21
2.1 Os ideários da regulação estatal da Economia e do Estado regulador..... 22
2.2 As particularidades do Estado regulador brasileiro..... 34
2.3 O universo conceitual do ente regulador independente..... 44
2.4 O desenho do regulador estatal doméstico..... 51

3 **(DES)POLITIZAÇÃO DO ENTE REGULADOR INDEPENDENTE**.. 59
3.1 O panorama da neutralidade política do regulador estatal..... 60
3.2 As estratégias para efetivação da despolitização..... 73
3.3 Os contornos da neutralidade política no regulador pátrio..... 86

4 **CAPTURANDO A CAPTURA POLÍTICA REGULATÓRIA**..... 101
4.1 As nuances da cooptação política..... 102
4.2 Os mecanismos para o sequestro político do regulador..... 112
4.3 As práticas brasileiras de captura política regulatória..... 123

5 **DESPOLITIZAÇÃO REGULATÓRIA ANTIFRÁGIL E À MODA DA CASA?**..... 136
5.1 O frágil *versus* o antifrágil na neutralidade política brasileira..... 137
5.2 As propostas ádvenas para despolitização regulatória: o exemplo português..... 152
5.3 Entre *intermezzo* ou prelúdio, um breve reavivar temático..... 167
5.4 Um arranjo anticaptura política tupiniquim?..... 174

6 **CONCLUSÃO**..... 200

REFERÊNCIAS..... 212

1 **INTRODUÇÃO**

Impossível negar à regulação estatal sua condição *in fieri* (isto é, em construção, em andamento, em formação), já que constante é o refazimento de suas diretrizes teóricas, em razão do cotejo dessas com a experiência, para fins de aperfeiçoamento do ideário em si mesmo.

Esse caráter transformativo se verifica, por exemplo, na neutralidade política regulatória, enquanto um dos aspectos caracterizadores dos entes reguladores independentes.

A despolitização do ente regulador é de imensurável valor para a sustentação da regulação estatal, ante a necessidade de o agir regulatório se distanciar de indevida interferência externa, advinda de interesses políticos de duvidosa motivação.

Com a sua concreção, tem-se a adequada separação das nefastas influências políticas que margeiam o ente regulador, salvaguardando-lhe a tomada de decisão. E, aliada a outros fatores igualmente relevantes, a neutralização política do regulador propicia à eficiência regulatória colimada.

Do contrário, levanta-se o malogro da captura política regulatória.

A sujeição indevida do agir do regulador às vontades e interesses do setor político, para desvirtuar ou promiscuir o desiderato regulatório, é um dos indicativos de falência da teoria da regulação estatal.

Enquanto espécie de risco regulatório, a cooptação política é um cerceamento da atividade regulatória promovido pelos interesses das forças políticas, para que as decisões do regulador satisfaçam ao mau partidarismo.

A indevida coalizão de interesses denuncia o esvaziamento da decantada independência e reclama combate, já que a ocorrência dela demonstra o déficit de controle das atividades reguladas e a baixa qualidade do exercício regulatório.

Nos diversos Estados reguladores (diversos, tanto por serem múltiplos, como por serem diferentes entre si), o problema da inexequibilidade da despolitização regulatória se reveste de contornos igualmente variados, ora ostentando grau menos severo, ora atingindo níveis insustentáveis.

Neste sentir, o caso brasileiro é de atenção emergencial ao tema, em razão dos incontáveis episódios vivenciados, os quais testemunham a

vulnerabilidade do atual estado da arte da neutralidade política regulatória dos entes reguladores independentes pátrios.

Ora, para despolitizar a ação regulatória e impedir o atrelamento dela a interesses políticos que lhe sejam estranhos, é preciso revisitar suas balizas de delimitação, objetividade e efetivação. Apenas desse modo seria possível minimizar a fragilidade que dá azo a situações astutamente usufruída pelos oportunistas de várias ordens, mediante cooptação política.

Assim, desvincular o ente regulador de questiúnculas políticas exige o estabelecimento de medidas imunizadoras do ente independente, a fim de evitar a inocuidade teórica, ocasionada pela implementação factual ilusória.

Por isso, aqui e alhures, têm-se presentes discussões relativas à concretização da neutralidade política, considerando que o escorreito desempenho das atividades designadas ao ente independente prescinde da materialização satisfatória e eficiente da estrutura teórica da despolitização.

Desta feita, em face de uma aplicabilidade prática assaz fragilizada no cenário regulatório nacional, um possível burilamento da despolitização do ente regulador brasileiro é o que se intenta pesquisar aqui.

À vista disso, para ser politicamente neutro, o regulador deve se imunizar contra a captura política, apartando-se do mau partidarismo e de *political outcomes* objetivadores de mesquinhas e indevidas vantagens políticas/eleitorais. E, para tanto, mister se faz que a materialização da contenção partidária no ambiente regulatório doméstico seja lastreada nos ditames da eficiência e racionalidade, utilizando-se de robustos e eficientes mecanismos garantidores da imparcialidade política ansiada.

E nesta investigação o questionamento que se erige é o da transformação do conteúdo teórico despolitizante em constatação factual de óbice concreto aos tentames de malbaratamento dos fins regulatórios no Estado brasileiro.

Noutras palavras, a procelosa trilha pela qual transita o problema desta pesquisa é a de identificação da possibilidade de construção de uma moldura jurídica neutralizadora das influências oriundas do mau partidarismo, para efetivar a despolitização dos entes reguladores independentes brasileiros.

Esse exame se justifica pelas danosas consequências da mencionada fragilização da neutralidade política do regulador brasileiro, de repercussões acadêmica e social.

Por um lado, a captura política, oriunda do enfraquecimento constatável da arquitetura despolitizante, esvazia a proposta regulatória. Sabe-se que a teoria regulatória estatal de per si e a adoção do modelo pelo Estado brasileiro são envoltas em acirrado e legítimo embate teórico, a questionar a validade, coerência e serventia da escolha do ideário. E a ocorrência dessa falha da regulação desestabiliza o modelo de Estado adotado pelo Brasil.

Doutra banda, a politização regulatória promove a quebra da confiança pública, ante os incontáveis eventos de cooptação política existentes e seus respectivos danos. Para a sociedade, o desempenhante da regulação estatal é apenas outro elemento de corrupção e ineficiência, num cenário administrativo já saturado de figuras similares. Esse contexto infausto aprofunda a descrença social.

Dessarte, a partir da premissa de manutenção da escolha do modelo regulatório para o Estado brasileiro, as justificações apresentadas demonstram a utilidade da busca pela garantia de efetiva atuação politicamente neutra do regulador nacional, mediante uma possível moldura jurídica assecuratória dessa concreta despolitização.

Para o mister de concretizar a despolitização da práxis regulatória, a presente pesquisa tem por objetivo principal examinar a viabilidade da existência de regras objetivas para promoção da despolitização do ente independente brasileiro, pertinentemente à contenção da influência partidarista maculadora da independência regulatória.

Outrossim, este estudo também objetiva revisitar o universo conteudista da neutralidade política do ente regulador independente, analisar o perfil do Estado regulador pátrio, investigar as espécies de entes reguladores independentes brasileiros, averiguar a cooptação política e suas formas de manifestação, detectar a influência da partidocracia no ente regulador local, identificar no cenário internacional a possível existência de medidas objetivas de concreção da neutralidade partidária no regulador estatal, verificar a adequação de uma moldura jurídica de contenção partidarista às peculiaridades de cada ente independente doméstico.

E nesse caminho apreciativo e investigador, a pesquisa em desenvolvimento considera certas hipóteses, tais como a impossibilidade de construção de padrão hermético para a contenção partidária no regulador independente brasileiro, a viabilidade de elaboração de uma moldura mínima fixadora de medidas e diretrizes de neutralização política, a necessidade de adequação das medidas despolitizantes às peculiaridades das espécies de entes reguladores locais, a diversidade de formas de manifestação do sequestro político no ente independente pátrio, a existência de múltiplos e co-existentes instrumentos de resguardo da má influência partidarista no regulador estatal nacional.

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 Regulação estatal em perspectiva, é revisitado o ideário da regulação estatal, a partir de determinados aspectos e nuances com os recortes escolhidos, estudo que se faz ao longo dos 4 itens que o compõe.

O capítulo em tela faz uma análise da interação Economia, Estado e regulação, remontando aos fundamentos dessa relação e se estendendo à prospecção das exigências de remodelação do ideário regulador (item 2.1), ao tempo em que também se debruça sobre as peculiaridades do modelo regulador adotado pelo Estado brasileiro e o processo de acertos e descompassos dessa implementação (item 2.2). Na sequência, investiga o ator regulatório, com foco nos fundamentos doutrinários e históricos de seu aparecimento e nos influxos para sua expansão e desenvolvimento, motivo pelo qual são variados os perfis institucionais (item 2.3), além das reflexões mais específicas ao ente regulador independente brasileiro, notadamente nos aspectos causais e de diversidade de arranjos locais (item 2.4).

No capítulo 3, que se chamou (Des)politização do ente regular independente, esmiúça-se a temática da neutralidade política do ator da regulação estatal, enquanto aspecto da essencial independência, suas

repercussões e consequências, investigação que é empreendida por meio dos 3 itens que o formam.

Nele, são estudados os contornos da despolitização, para identificação do conteúdo material a ser efetivamente apartado pela neutralização, considerando o valor da Política e dos partidos políticos para a Democracia e também a importância da *expertise* para o exercício regulatório (item 3.1). No mesmo capítulo, é visto o elenco das práticas ádvenas assecuratórias do aparte político na ambiência regulatória, com foco específico na objetividade e eficiência das medidas determinantes da neutralização regulatória (item 3.2). E na derradeira parte do capítulo, foca-se na análise do regulador doméstico, a fim de reconhecer o grau de influência da *bad politics* nas racionalidade e efetivação regulatórias no Brasil (item 3.3).

Na sequência, chega-se ao capítulo 4, denominado Capturando a captura política regulatória, enquanto sequela da ausência da neutralidade política do regulador, mediante o transcurso de seus 3 itens constituintes.

A fim de reforçar a necessidade da despolitização, ante a constatação dos danos decorrentes da captura política do regulador, são vistos a origem, o desenvolvimento e as transmutações da cooptação em si, como também das teorias a ela correlatas (item 4.1). Outrossim, observa-se o rol de mecanismos utilizados para a manifestação partidarista na ação regulatória, objetivando reconhecer a dimensão instrumental desse sequestro político (item 4.2), inclusive averiguando a presença e efeitos nefastos de tais armadilhas no cenário regulatório brasileiro (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 com a problematização eleita no capítulo 5, nomeado Despolitização regulatória antifrágil e à moda da casa?, que se desdobra nos 4 derradeiros itens da pesquisa.

No mencionado capítulo, identifica-se a possibilidade de robustecimento da neutralidade política regulatória nacional, a partir das experiência de politização regulatória noticiadas, sem se olvidar que o palco doméstico de partidarização regulatória sofre o reforço da corrupção (item 5.1). Segue o capítulo na averiguação dos quadros teórico, legal e efetivo da despolitização vivenciada no ambiente português, com o fito de apreender o

exercício despolitizante do regulador, com base no esforço aperfeiçoativo Estado regulador lusitano (item 5.2). Após a brevíssima retomada de todo levantamento temático empreendido ao longo do trabalho, num momento de pseudo conclusão (item 5.3), tem-se a análise da possibilidade ou não de existência de meios e instrumentos de concreção da neutralidade política regulatória, e, mais detidamente, acerca da viabilidade de elaboração de uma moldura jurídica estabelecedora de regras gerais atinentes à contenção do mau partidarismo nos entes reguladores independentes brasileiros (item 5.4).

Registre-se que, na construção da investigação acima detalhada, relativa ao exame de viabilidade da existência de regras objetivas para promoção da despolitização do ente independente brasileiro, pertinentemente à contenção da influência partidarista maculadora da independência regulatória, esta pesquisa se classifica como aplicada (quanto a sua natureza, por ser uma proposta de solução de um problema específico), qualitativa (quanto à forma de abordagem do problema, por ser uma interpretação do fenômeno em estudo, com atribuição de significados a ele e aos temas correlatos), exploratória (quanto aos seus objetivos, por explicitar o problema, construindo hipóteses para a resolução dele, e por efetivar um levantamento bibliográfico) e bibliográfica (quanto aos procedimentos técnicos, por se fundamentar em material já publicado, de formatos, tipos, autores e nacionalidades diversos).

Além disso, o presente estudo emprega, conjuntamente, os métodos dialético e fenomenológico, em razão da natureza qualitativa desta pesquisa, o que amplia as alternativas de análise e resolução do problema aqui destacado.

Enquanto pesquisa bibliográfica, a revisão de literatura objetiva a revisão teórica e determinar o estado da arte da neutralidade política do ente regulador independente brasileiro.

Para o levantamento bibliográfico, são consultadas diversas fontes, de formato físico e virtual, de indistinta nacionalidade, dentre elas, livros, artigos, revistas, *sites*, bibliotecas virtuais, ferramentas de busca da internet.

E a revisão bibliográfica é feita mediante confecção de fichamentos do material analisado e pertinente ao assunto em tela, tudo devidamente documentado, como também as reflexões dele oriundas, organizados para composição do trabalho ora em construção, o que se justifica em face da necessidade de verificação das hipóteses apontadas em torno do

fortalecimento do atual estado arte da neutralidade política do ente regulador brasileiro, mediante a possível construção de uma moldura jurídica impeditiva do clientelismo político no exercício regulatório.

Enfim, sabe-se que hercúleo é o mister de concretizar a despolitização regulatória no Brasil, considerando-se a existência de múltiplos vetores que se apresentam neste contexto, tais como o ordenamento jurídico local, a estrutura regulatória estatal adotada, o desenho institucional dos entes reguladores, as peculiaridades de cada ator da regulação, os diversos métodos de captura política, as variadas práticas cooptadoras existentes, etc.

Mesmo assim, atentando-se aos mais comezinhos preceitos jurídicos e metodológicos, pretende-se pelo estudo ora a principiar-se colaborar no aclaramento dessa problemática de monta capital, que é o fortalecimento do estado da arte da neutralidade político do regulador doméstico, ante a identificação da viabilidade de construção de um desenho jurídico segregador do mau partidarismo na ação regulatória pátria.

Fustigar a mácula da captura política ao ideário de Estado Regulador brasileiro, garantindo ao *player* estatal da regulação local a despolitização colimada, é tarefa para a qual os estudiosos de variadas estirpes são conclamados a contribuir, a fim de auxiliar nas necessárias transformações a que a regulação estatal urge vivenciar.

Para alterar o atual cenário de sequestro partidarista, amiúde testemunhado, há de se orquestrar medidas efetivadoras de neutralização do regulador brasileiro, ante o poder político que indevidamente o controla.

Eis a demanda investigativa que se erige nas linhas que seguem.

2 **REGULAÇÃO ESTATAL EM PERSPECTIVA**

Considerando que esta pesquisa se debruça sobre um aspecto da regulação estatal, a saber, a neutralidade política do ente regulador independente, crer-se necessário remontar ao todo, ainda que brevemente[1], para fixação e aclaramento de temas basilares ao deslinde do presente estudo.

Sendo assim, neste capítulo, analisa-se o ideário da regulação estatal[2] e o do Estado regulador[3-4], tanto em suas balizas iniciais, como também na identificação do hodierno arranjo que tais teorias ostentam, o qual se delinea por força dos acertos e malogros de suas aplicações.

Ato contínuo, dedica-se à investigação dos contornos regulatórios adotados pelo Estado brasileiro, com foco nas especificidades que caracterizam tal assunção, notadamente as decorrentes do confronto entre a teoria do modelo implantado e a realidade vivenciada no cenário doméstico.

Na sequência, são esquadrinhados os elementos essenciais do regulador estatal, alertando-se para a carência de homogeneidade em seu perfil, em face das variações nacionais e respectivos contornos institucionais adotados, sinalizando a inexistência de modelo teórico único[5].

E, por fim, descortina-se o regulador pátrio, em suas variadas apresentações[6], cuja existência é mais um ponto da já natural dissensão que caracteriza os estudos sobre regulação[7].

---

[1] A despeito da proposta descrita, hercúlea, ou mesmo impossível, seria a tarefa de pontuar todas variações temáticas envolvidas na questão, em razão da profusão delas. Por tal motivo, alerta-se para o aspecto instrumentalizador das colações a serem efetivadas, aqui e ao longo desta pesquisa, em atenção aos objetivos do presente estudo.

[2] A par dos estudos existentes, tem-se notícia que a regulação pode ser da espécie estatal, pública não-estatal (desenvolvida por entidades sociais, mediante delegação do Poder Público) ou autorregulação (oriunda do próprio Mercado). Entretanto, aborda-se aqui exclusivamente aquela cuja titularidade do exercício se assenta no Estado.

[3] Como será visto, esclarece-se que a expressão Estado regulador se refere ao modelo de Estado hodierno, na sequência das transformações vivenciadas nos Estados capitalistas ocidentais, que são o absolutista, o liberal e o do bem-estar social, ressalvada toda a dissonância existe na doutrina com relação a tal catalogação.

[4] É controverso o Estado regulador, tanto pelo reconhecimento de sua existência, como pela denominação em si mesma. A despeito disso, ratifica-se sua presença, aderindo-se à terminologia de Giandomenico Majone, em *The Rise of the Regulatory State in Europe*, como alhures será mais bem explicitado.

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

[6] Como se verá, o regulador brasileiro não se restringe às agências reguladoras, ante a presença de outros entes de mesmo propósito, inclusive prévios à criação daquelas.

[7] No estudo da regulação, é assaz rotineira a contenda doutrinária, face às múltiplas opiniões a evidenciar sua condição *in fieri* (em construção), como é o caso, *v.g.*, desta temática.

2.1 **Os ideários da regulação estatal da Economia e do Estado regulador**

Numa constatação inicial e generalista, percebe-se que a complexidade dos fatos e dos acontecimentos, desde que impactantes nas relações sociais, tendem a exigir alguma forma de controle, objetivando a organização e o bom êxito delas.

Para tal regramento, dentre outros fatores, é comum que haja a conjunção de forças distintas e multi-originárias, sejam elas provenientes do âmbito interno ou externo do objeto do disciplinamento, sejam elas derivadas ou não da interdisciplinaridade de saberes de variadas áreas do conhecimento.

É o que se passa, por exemplo, com a Economia, que é alvo dessa ordenação, notadamente através da regulação, com vistas ao equilíbrio do próprio setor e da sociedade, o que pode ser realizado pelo Mercado ou por outros atores exógenos.[8]

Eis, então, que surge a regulação estatal.

Considerando, por um lado, a relevância do sistema econômico na vida social, para promoção do equilíbrio entre as necessidades ilimitadas da coletividade e a escassez dos recursos disponíveis para o atendimento delas, e, doutra banda, a ocorrência de disfunções econômicas, dos mais variados matizes e que obstam a realização da justiça social[9], a regulação estatal se apresenta como ferramenta do Estado para correção e adequação da funcionalidade da Economia.

Assim o é porque, nessa interface entre o Direito, Estado e a Economia, sem olvidar a contribuição de outras áreas do conhecimento,

---

[8] Acerca das espécies de regulação, no tocante à titularidade do exercício regulatório, que transcende aos limites desta pesquisa, remete-se aos estudos de 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; 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.

[9] SOUZA, Mariângela Alice Pieruccini et al. **A importância da economia no cotidiano: uma revisão sobre as principais noções e conceitos econômicos**. Disponível em: http://cac-php.unioeste.br/eventos/xseminarioccsa/anais2011/Economia/A_IMPORTANCIA_DA_ECONOMIA_NO_COTIDIANO_UMA_REVISAO_SOBRE_AS_PRINCIPAIS_NOCOES_E_CONCEITOS_ECONOMICOS.pdf. Acesso em: 5 maio 2017.

igualmente relevantes, substitui-se a influência da mão invisível do Mercado[10], representativa da autorregulação, pela presença da mão estatal, confiscadora ou ablativa.[11]

Com esta espécie de regulação, a disciplina que o Estado intenta estabelecer é uma forma de intervenção na Economia, ainda que efetivada de modo indireto[12]. Esse regramento, fundamentado num conjunto de ações estatais, visa à implementação de políticas de Governo, que minimizem a lesividade da atividade econômica sobre interesses socialmente legítimos.

Por isso, entende-se por regulação estatal:

> ...a criação de normas jurídicas que vão disciplinar o exercício de certas atividades, um especial modo de acesso a certos bens ou o exercício de certas atividades comerciais. Em certas áreas da economia no sentido de intervenção estatal nessas mesmas áreas. Disciplina legal de certos sectores *versus* a pura e simples ordenação do mercado.[13]

Ocorre que, desde seu surgimento e até os dias presentes, predomina fortemente o impasse doutrinário nesse tipo de heterorregulação, o que se evidencia ante a profusão de tantas e variadas teorias, inclusive defendendo o rechaço de sua aplicação[14].

Nesse sentido, sabe-se da possibilidade de catalogação de dois grupos acerca desta regulação: os favoráveis a ela (em razão da presença das

---

[10] Conforme Adam Smith, tem-se presente certa coordenação invisível da consistência dos planos individuais numa sociedade, em favor de um sistema de Mercado. Para tanto, o interesse individual seria conduzido por uma mão invisível, de forma que o resultado da ação do indíviduo, ainda que não planejado, corresponda ao interesse da sociedade (SMITH, Adam. **An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**. Project Gutenberg EBook. Disponível em: http://www.gutenberg.org/files/3300/3300-h/3300-h.htm#link2HCH0031. Acesso em: 5 maio 2017).

[11] SANCHES, José Luís Saldanha. Regulação: história breve de um conceito. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 60, p. 5-22, 2000.

[12] Por intervenção estatal deve ser compreendida toda atuação daquele ente no domínio econômico, área de titularidade do setor privado, extrapolando a esfera do público, o que pode ocorrer de forma direta (por absorção ou participação, assumindo o Estado a feição de agente econômico) ou indireta (mediante indução ou direção, na qual o Estado desenvolve a atividade de ordenador da Economia) (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012).

[13] SANCHES, José Luís Saldanha, 2000, op. cit., p. 5. Grifos do original.

[14] "Hostilidade à intervenção do Estado em nome de uma defesa dos direitos individuais ameaçados pela sua omnimpotência, especialmente em matéria de direitos de propriedade..." (*Idem, Ibidem*, p. 6. Mantida a grafia original).

falhas de Mercado[15])[16] e os que a ela se opõem (sustentando o liberalismo econômico[17] e a presença das falhas de Governo[18])[19].

A despeito disso, é de meridiana aceitação o racicíonio da necessidade dessa atuação estatal, em razão da primazia da atenção à comunidade e da salvaguarda da eficiência do Mercado, apesar das mazelas decorrentes da intervenção em tela.

De fato, reconhece-se que a regulação estatal não se isenta de falhas na sua aplicação, notadamente pela presença do mesmo elemento ensejador de sua criação, que é a ineficiência de resultados e o desperdício de recursos.[20] Além disso, tem-se o problema da corrupção, por conta da ampliação das relações entre Estado e regulados[21], cenário no qual se revela a malsinada captura, e, em particular, a de jaez político, que são temáticas a serem enfrentadas mais adiante neste estudo.

Ainda assim, malgrado a existência dessas divergências, incongruências, imperfeições e incompletudes nos fundamentos teóricos e nos aspectos concrecionais desse fenômeno ordenador, viu-se, não apenas o

---

[15] 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, sendo o Estado chamado a intervir no domínio econômico, regulando-o e corrigindo-lhe as falhas, na defesa do interesse público (PELTZMAN, Sam. A teoria econômica da regulação depois de uma década de desregulação. *In*: MATTOS, Paulo (Coor.). **Regulação econômica e Democracia**: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 81-127).

[16] Listando aqui John Maynard Keynes e seu pensamento monetarista e os autores da Análise Normativa da Regulação/Escola de Interesse Público (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).

[17] Teoria que defende a livre iniciativa e a concorrência, sem mescla de dirigismo estatal e da pressão de grupos sociais, na defesa da propriedade e da ampla liberdade individual (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: 6 maio 2017).

[18] Disfunções decorrentes da alocação estatal de bens e recursos, cujos resultados são ineficientes, por múltiplos fatores, inclusive a captura (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: 6 maio 2017).

[19] Contam-se neste grupo Adam Smith, e seu liberalismo clássico, e os defensores da Teoria Econômica da Regulação ou Neoclássica e os da Teoria da Escolha Pública (ROSE-ACKERMAN, Susan. Análise econômica progressista do direito – e o novo direito administrativo. *In*: MATTOS, Paulo (Coor.). **Regulação econômica e Democracia**: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 243–280).

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

[21] SANCHES, José Luís Saldanha, 2000, op. cit.

desenvolvimento e a aplicação do ideário da regulação estatal, mas também sua incorporação na estrutura interna do Estado. Daí, provocou-se neste ente um novo arranjo, etapa na qual passou a ser identificado como Estado regulador.

Cumpre frisar que o cenário hodierno de Estado regulador é fruto das transformações que a espécie atual de Organização Política[22] tem suportado desde o seu surgimento, no século XV, mutações essas originadas de incontáveis crises.

E esse Estado[23], que se iniciou absolutista, e na sequência se assumiu liberal, e depois se apresentou como de bem-estar social[24], tudo em razão de modificações de natureza interdisciplinar (conjugando as ordens jurídica, política, filosófica, econômica e social), autoimpôs-se uma novel disposição organizativa, superando o ativismo econômico e adotando uma competência normativa para disciplina da atuação dos particulares, inclusive dos agentes econômicos.

Eis, então, o Estado regulador!

Conforme fora antecipado, atribui-se a Giandomenico Majone e a sua obra *The Rise of the Regulatory State in Europe* o termo Estado regulador, enquanto o modelo pelo qual o ente estatal transmuta sua forma de controle da Economia, abandonando o intervencionismo direto, para focar sua disciplina do Mercado na competência regulatória.

---

[22] Conforme Bobbio, o Estado 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” (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. Disponível em: https://mpassosbr.files.wordpress.com/2013/03/dicionario_de_politica.pdf. Acesso em: 6 maio 2017).

[23] A margem da controvérsia acerca do que seja Estado, esclarece-se que é adotada a ideia de organização de um povo, localizado estavelmente sobre um território, sob o comando de um único poder, surgido na Idade Moderna (DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado** – Direito Constitucional I. Belo Horizonte: Del Rey, 1989).

[24] O histórico das modificações vivenciadas pelo Estado aqui meramente apontado se restringe aos Estados ocidentais capitalistas, e não são de catalogação uniforme pela doutrina, tampouco se revelam estanques. Demais disso, em respeito ao objeto deste estudo, para fins de aprofundamento do tema, remete-se a DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado contemporâneo**. 2. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013; BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, 1998, op. cit; 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; SANDRONI, Paulo (Org.), 1999, op. cit.

Assim, adotando um processo dinâmico de regramento do Mercado, através da dicção de regras de cunho normatizador e fiscalizador, o Estado regulador se embasa na independência, *accountability* e eficiência, em atenção aos valores de conteúdo social e político e ao equilíbrio financeiro do setor.[25]

Em síntese, firma-se que, "se os mercados 'falhavam', dizia a teoria, uma regulação moderada, baseada em análises de custo e benefício, daria conta do recado"[26].

Não sem embate se apresenta o desenho regulador do Estado. Diante da assunção estatal da função de regulação de certas nuances da Economia, para além de incorporar mais um simples mister, tem-se um efetivo poder incorporado, a se somar a outras atribuições pré-existentes, tais como a produção/prestação de bens/serviços públicos, a obtenção de receita tributária, a defesa da soberania e a redistribuição de riquezas.[27]

Nessa trilha, há os que neguem enfaticamente a existência de um Estado regulador[28] ou os que, mesmo aceitando sua existência, criticam a adoção desse modelo[29].

Debalde, entretanto, essa contraposição ao Estado regulador, tendo em vista que:

> Não há muito tempo o termo "estado regulador" era considerado um neologismo de origem americana e de relevância duvidosa para o contexto europeu. (...) O neologismo de ontem é cada vez mais utilizado hoje, não só pelos estudiosos, mas também pelos políticos e

---

[25] 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: 7 maio 2017.

[26] POSNER, Eric A.; WAYL, E. Glen. **Mercados radicais**: reinventando o capitalismo e a democracia para uma sociedade justa. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2019. p. 24. Grifos do original.

[27] SANCHES, José Luís Saldanha, 2000, op. cit.

[28] Argumentando que a ênfase atualmente adquirida pela regulação estatal não pode ser confundinda com a natureza da espécie de Organização Política em vigor (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. 15-33).

[29] Suscitando o enfraquecimento do Estado, ante a supressão de seus poderes, em razão da 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 (NUNES, António Avelãs. **O Estado Capitalista em tempos de globalização**. Disponível em: http://www.odiario.info/b2-img/estadocapitalistaANunes.pdf. Acesso em: 7 maio 2017).

> pelos meios de comunicação, é uma clara indicação da importância que as políticas reguladoras alcançaram nos últimos anos.[30]

Nada obstante a sedimentação da regulação estatal e do Estado regulador, tais temáticas estão em constante ebulição, por serem ideários em formação, *in fieri*. E essa instabilidade exige a constante revisitação de seus fundamentos para a reorganização de seus alicerces.

Aliás, esse era o entendimento majoneano, ao alertar que o modelo por ele evocado dependia de "análises sistêmicas das conseqüências políticas, jurídicas e institucionais"[31], as quais indicariam a necessidade de adaptações de seu arcabouço primário, para concreção da finalidade a que se destina.

E essa verificação consequencial tem se mostrado inafastável.

No tocante à regulação estatal, como já antecipado, a *práxis* demonstrou que, como suscitado pelos detratores desse arranjo teórico, a regulação produziu o efeito mais combatido e o menos almejado, que é a ineficiência social dos resultados, o que pode transformar o exercício regulatório numa forma sofisticada de as empresas obterem do Estado vantagens legais de natureza econômica mais duradouras, pura e simplesmente, sem qualquer repercussão positiva para o interesse público.[32]

Desta feita, esse fenômeno anglo-americano, que se embasa na outrora mencionada necessidade ordinária de controle de fatos socialmente relevantes, mas que igualmente reside na excepcionalidade da atividade intervencionista do Estado na Economia, só se legitima quando o produto decorrente da regulação estatal se revela qualitativamente superior àquele que adviria de uma atividade não regulada.

---

[30] No original: "*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*." (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: 7 maio 2017. Grifos do original).

[31] 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, jan./mar. 1999. p. 6. Disponível em: http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2707. Acesso em: 7 maio 2017. Mantida a grafia original.

[32] SANCHES, José Luís Saldanha, 2000, op. cit.

Contrario sensu, em não havendo resultado satisfatoriamente eficiente do ajustamento econômico pelo Estado, frente aos interesses sociais, inexistente a razão de ser da regulação estatal!

Ante problemas como aumento de preço em setor regulado, restrição a novas empresas entrantes no setor regulado, proliferação de monopólios não-concorrenciais, cooptação econômica e política do regulador estatal, dentre tantos outros, inegável a constatação de fragilidade de concreção do ideário regulatório em tela, notadamente na sua governança.

Decorrente do movimento *new public management*[33], a ideia de governança regulatória pode ser compreendida como o conjunto de mecanismos e procedimentos que visam garantir especialização, despolitização, eficiência, legitimidade, transparência e responsabilização na atuação do ente regulador, com vistas a uma maior participação da sociedade civil na formulação das políticas públicas, tudo isso sob a égide de um novo perfil para a administração e gestão públicas.[34]

E, diante das falhas de governança regulatória, isto é, diante das imperfeições e distorções dos procedimentos regulatórios em si mesmos, principalmente no tocante à atuação do ator da regulação estatal, que é o ente regulador independente, os debates atuais sobre essa forma de heterorregulação (e mesmo sobre o Estado regulador) se posicionam na defesa da melhoria regulatória.

Imperioso frisar que, ao lado dessa posição em favor da *better regulation*, coexiste com intensidade não desprezável o entendimento em favor da desregulação, discurso que não é produto dos tempos atuais, já que contabiliza defensores ao longo das últimas décadas, inclusive coevos aos primórdios da própria regulação estatal.

---

[33] "Como vários especialistas apontam, a nova gestão pública (NPM [na sigla em inglês]) refere-se à introdução de métodos de gestão do setor privado para o setor público com doutrinas como gestão profissional prática, padrões explícitos e medidas de desempenho e proximidade com o cliente". No original: "*As several leading scholars have pointed out, new public management (NPM) refers to the introduction of private sector management methods to the public sector with doctrines such as hands-on professional management, explicit standards and measures of performance, and closeness to the customer*" (BOWORNWATHANA, Bidhya. Putting new public management to good use: Autonomous public organizations in Thailand. *In*: POLLITT, Christopher; TALBOT, Colin (Ed.). **Unbundled government**: a critical analysis of the global trend to agencies, quangos and contractualisation. Londres: Routledge, 2004. p. 259. Acréscimos nossos).

[34] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal**: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Defendendo a não assunção pelo Estado da tarefa de controle econômico, para permitir que o Mercado se autorregulasse mediante competição[35], os apoiadores hodiernos da *deregulation* entendem que, diante das falhas da regulação estatal, restou evidenciada a impropriedade da atuação do Estado na ordenação da Economia.[36]

Entrementes, mais razoável parece ser a percepção de transmutação da regulação estatal. Longe de se aplaudir o retorno da maciça presença estatal na Economia, os problemas de concretude do ideário em tela sinalizam a necessidade de fortalecimento institucional do Estado regulador, com fulcro na melhoria regulatória. E nesse esquadro também não se insere como alternativa válida uma ampla desintervenção, até porque "onde houve demasiada desregulação, isso foi causa de graves problemas"[37].

Em sendo assim, não se trata de mais regulação estatal ou a ausência dela, e sim em melhor regulação estatal, pois a proposta na *better regulation* é enfatizar a qualidade da regulação estatal, e não a intensidade. Isso provocaria uma reforma regulatória direcionada para a excelência de seus resultados.

De fato, o debate que atualmente predomina neste campo se assenta com mais ênfase nas questões de eficiência e qualidade do agir administrativo e estatal, e não na extensividade, rigidez e ortodoxia de suas atuações. Intenta-se é promover o equilíbrio entre a eficácia administrativa e o bom funcionamento da gestão pública, a fim de minimizar o excesso de controle e o consequente travamento burocrático da atividade administrativa.[38]

Tal equilíbrio é de premente tratamento nos dias atuais, já que o "problema da racionalidade administrativa emerge como condição necessária

---

[35] 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: 8 maio 2017.

[36] NUNES, António Avelãs, 2014, op. cit.

[37] No original: "*Where there has been too much deregulation, this has caused severe problems*." (TALBOT, Colin. The agency idea. *In*: POLLITT, Christopher; TALBOT, Colin (Ed.). **Unbundled government**: a critical analysis of the global trend to agencies, quangos and contractualisation. Londres: Routledge, 2004. p. 13).

[38] GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Revista Direito do Estado**, n. 71, 2016. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle. Acesso em: 9 maio 2017.

para compatibilizar o crescimento dos gastos (e da administração pública) em contextos de recuros – políticos, financeiros e econômicos – escassos"[39].

Na verdade, as reformas administrativas e estatais empreendidas no contexto do gerencialismo e da regulação falharam, face à expansão dos gastos dos governos para além das funções clássicas[40], produzindo funções expandidas[41]. Eis, então, o deslocamento dos Leviatãs.[42]

Volvendo à questão da regulação da Economia pelo Estado, agora centrada numa agenda de qualidade e austeridade regulatórias[43], a ideia de aperfeiçoamento da regulação estatal se manifesta em expressões, tais como *smart regulation* e *regulatory quality and performance*, além da já mencionada *better regulation*. Elas se concentram na perspectiva de direcionar o exercício regulatório estatal para obtenção de superior desempenho e melhor interface entre Estado, Mercado e sociedade.[44]

Nesse sentir, busca-se um perfil regulatório mais flexível, menos incisivo e mais eficiente, com foco na transparência e atuação social. Tal resultado seria obtido através de medidas, como, por exemplo, ênfase no planejamento das políticas regulatórias, avaliação por índices de qualidade regulatória, regulação por incentivos, incremento na participação popular, soluções regulatórias de natureza consensual, implantação da análise do impacto regulatório e verificação do perfil institucional dos entes reguladores independentes, ponto que mais particularmente interessa a esta pesquisa.[45]

---

[39] REZENDE, Flávio da Cunha. **Os leviatãs estão fora do lugar**: democracia, globalização e transformações no papel do Estado 1990-2010. Recife: Editora UFPE, 2016. p. 43.

[40] "As funções clássicas correspondem idealmente ao conjunto de funções que estariam mais próximas do papel tradicional (mínimo) do Estado, i.e., aquela voltada exclusivamente para a produção dos chamados bens públicos (*public goods*) em que os mercados não podem se organizar tecnicamente para produzir." (*Idem, Ibidem*, p. 69. Grifos do original).

[41] "Por outro lado, as funções expandidas correspondem à intervenção do Estado em funções que vão além, que ultrapassam, as fronteiras do Estado mínimo, e, que correspondem, a intervenção do Estado nas esferas social e econômica." (*Idem, Ibidem*, p. 69).

[42] Para compreensão da teoria dos Leviatãs estão fora do lugar ou novo keynesianismo, remete-se à instigante obra promotora de tal raciocínio, já referenciada.

[43] Na verdade, com foco na experiência estadunidense, a discussão sobre o equilíbrio do custo-benefício entre a eficiência governamental e controle jurídico/burocrático, no âmbito do regulador estatal, já era noticiada desde o Governo Clinton, no limite da impertinência e irrelevância da discricionariedade administrativa (MASHAW, Jerry L. Reinventando o governo e reforma regulatória: estudos sobre a desconsideração e o abuso do direito administrativo. *In*: MATTOS, Paulo (Coor.). **Regulação econômica e Democracia**: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 281-299).

[44] BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding regulation**. Theory, strategy, and practice. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

[45] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, 2015, op. cit.

Quanto à análise do arranjo do ente regulador, visa-se a um "diagnóstico da qualidade e apresentação das propostas de melhoria da regulação, evitando que a atuação estatal seja capturada pelos grupos econômicos regulados [ou poder político] em detrimento (...) dos cidadãos"[46].

Destarte, a nova agenda da regulação estatal preconiza um fazer melhor e mais bem desenvolvido, pois:

> Nessas novas conversas sobre regulação, tornou-se aceito não só que a regulação é necessária para o funcionamento de uma economia de mercado, mas que a supervisão regulatória continua a ser essencial para o funcionamento dos serviços públicos, especialmente aqueles que envolvem elementos naturalmente monopolísticos, como redes. Uma ênfase inicial na regulação econômica que deveria "desaparecer" ao longo do tempo tem sido substituído por uma percepção de que há uma necessidade contínua de supervisão regulatória e um imperativo para adicionar objetivos ambientais e de sustentabilidade aos objetivos anteriores, principalmente econômicos e sociais.[47]

E se nessa fase pós-Consenso de Washington[48], a despeito de todo o impacto da crise transmundial de 2007-2009, ainda se sustentam as ideias da regulação estatal e de Estado regulador.[49]

---

[46] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança regulatória e o desenho institucional das agências reguladoras brasileiras. **Revista Direito do Estado**, n. 165, 2016. p. 2. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/governanca-regulatoria-e-o-desenho-institucional-das-agencias-reguladoras-brasileiras-. Acesso em: 12 maio 2017. Acréscimos nossos.

[47] No original: "*In these newer conversations about regulation, it has become accepted, not only that regulation is necessary for the functioning of a market economy, but that regulatory oversight remains essential in the running of public services, especially those involving naturally monopolistic elements, such as networks. An initial emphasis on economic regulation that was supposed to 'wither away' over time has been replaced by a realization that there is a continuing need for regulatory oversight and an imperative to add environmental and sustainability objectives to the earlier, primarily economic and social, objectives*." (BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin, 2013, op. cit. p. 9-10. Grifos do original).

[48] O Consenso, termo criado por John Williamson, é 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 1990. 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, 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. Grifos do original). Tais políticas são as 10 áreas do Consenso, a saber, 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. Pós-Consenso de Washington é a fase subsequente à crise econômica internacional ocorrida no início da presente centúria.

Todavia, como já apontado, tais desenhos se pretendem renovados, ante a necessidade de um reforço de sua atividade regulatória, num tamanho ótimo (nem mínimo, tampouco gigante, mais de qualidade), mais atuante e presente, que enfrenta a inflação, atento ao progresso socioeconômico, principalmente nos países em desenvolvimento.[50]

Por tudo, nesse "Estado da crise"[51], clama-se por novos rumos regulatórios, fulcrados em 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.

Entende-se que não é o momento de desmantelar o Estado regulador, mas sim de o reformar, buscando o incremento na responsabilização dos agentes envolvidos e dos próprios desenhos regulatórios.[52]

No novo Estado regulador, melhor dizendo, no Estado regulador aperfeiçoado pelas próprias experiências, inclusive seus fracassos, constata-se que o ente estatal se fulcra na operacionalidade para garantia dos resultados colimados, pelo que, redefinindo suas balizas, passa a partilhar as suas responsabilidades com regulados e usuários, o que redunda numa regulação mais responsiva e transparente.

E vai mais além, ao se considerar que:

> Esse novo modelo institucional eleva, assim, a regulação como instrumento de garantia, de realização de valores do interesse público, ou seja, a ação regulatória deve garantir a proteção dos utilizadores e do eficiente funcionamento do mercado. (...) Esse dever de desenvolver uma atividade regulatória, justa, racional e eficiente, faz emergir um direito subjetivo à regulação pública, ao funcionamento correto e confiável dos sistemas regulados. Nesse supedâneo, o Estado Administrativo deve responder por eventuais falhas na regulação, *regulatory failures*, tanto pelos prejuízos

---

[49] Sabe-se que, no último quadrimestre de 2008, a crise imobiliária estadunidense, advinda do mercado de hipotecas imobiliárias de categoria *subprime*, solapou o cenário internacional. Viu-se que a concorrência e a regulação não se revelaram eficientes na promoção de equilíbrio econômico, notadamente financeiro.

[50] 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: 13 maio 2017.

[51] 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: 13 maio 2017.

[52] MACHADO, Santiago Muñoz. Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica. *In*: MACHADO, Santiago Muñoz; PARDO, José Esteve (Dir.). **Derecho de la regulación económica**: Fundamentos e instituciones de la regulación. 1. ed. Madrid: Iustel, 2009. v. 1. p. 15-243.

> causados pelos comportamentos que adota (*action*), quanto pelas suas omissões no desempenho da sua responsabilidade de regulação (*inaction*).[53]

Tem-se, então, um *renew deal* de ênfase regulatória, inclusive com o estabelecimento de critérios objetivos para a responsabilização dos reguladores e seus membros, em razão da remodelagem da regulação estatal e do Estado regulador, o qual assume "novos e mais robustos poderes regulatórios e de intervenção disciplinadora"[54].

Por todo o aqui brevemente exposto, de declarado panorama revisional, mas com projeção nalguns aspectos e reflexões das circunstâncias e desenhos atualmente vivenciados, constata-se o imprescindível contributo da crise, como fenômeno promotor das modificações dos ideários da regulação estatal e do Estado regulador, por força da conjunção dos influxos de matizes econômico, político, teórico e social que os capitaneia.

Com foco nas perspectivas causais de seu próprio existir, a regulação estatal é fenômeno exigente de adequação para validação do seu mister ordenador da sociedade, em prol do interesse público, já que sua concretização se revelou assaz ineficiente ou insuficiente. E tal necessidade de reajustamento é extensiva ao modelo estatal que a alberga, sustenta e efetiva.

Afinal, no momento em que o Estado decidiu regular certos setores econômicos, modificando o comportamento desses agentes em favor do interesse coletivo, assumiu também o dever de não prejudicar essa interação Mercado-sociedade e ser eficiente no mister colimado, o que acaba ocorrendo diante do excesso ou fraquezas de sua regulação. Aí, "encontrar o equilíbrio não é tarefa fácil, mas deve ser o fim desejado pelo regulador"[55].

É, em suma, uma nova regulação estatal e um novo Estado regulador para os novos tempos!

---

[53] OLIVEIRA, Paulo Augusto de. O Estado regulador e garantidor em tempos de crise e o direito administrativo da regulação. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 1, p. 178, 2016. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/104322. Acesso em: 15 maio 2017. Grifos do original.

[54] *Idem, Ibidem*, p.173.

[55] SADDY, André. Descrédito da Regulação Estatal, Autorregulação Privada e Concurso de Fontes. **Revista Direito do Estado**, n. 269, 2016. p. 1. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/andre-saddy/descredito-da-regulacao-estatal-autorregulacao-privada-e-concurso-de-fontes. Acesso em: 15 maio 2017.

Considerando isso, a necessidade desses novos arranjos para a contemporaneidade, urge tracejar outras sucintas linhas acerca da ambiência regulatória no cenário nacional, e do próprio Estado regulador brasileiro, no comparativo entre o que foi idealizado e o efetivamente vivenciado, experiências essas que se revestem de particularidades, em face dos contornos doutrinários, históricos e factuais especialíssimos que lhes tipificam.

Eis o objeto do tópico vindouro!

2.2 **As particularidades do Estado regulador brasileiro**

Nos anos 1990, o Brasil vivenciou uma ruptura na sua tradicional atuação na Economia, a transmutar, inclusive, o próprio desenho de Estado.

Explique-se!

Por quase toda vida republicana[56], o modelo histórico nacional é de intervenção direta na Economia, o qual se caracteriza pela gestão exclusiva de tarefas, tornando o Estado único fomentador e empreendedor dos serviços catalogados como públicos, notadamente os integrantes do monopólio estatal ou natural (*v.g.,* serviços atrelados ao petróleo, à energia elétrica, à telefonia, à água, aos transportes e às comunicações).[57]

E, alegando um fim não lucrativo, e para garantia da universalidade do acesso às atividades tuteladas, segregou-se tal rol da interferência do Mercado, em nome das segurança econômica e imparcialidade negocial.

Ocorre que, como se deu noutras plagas, o intervencionismo estatal revelou suas mazelas, pois o amplo elenco de serviços prestados pelo Estado, de discutível e crescente seleção, onerava em demasia o cidadão, em face do gigantismo da máquina estatal. Além disso, ofertava-se à sociedade ineficiência e baixa qualidade de tais serviços, além de desenfreada corrupção,

---

[56] Até a implantação do perfil regulatório, o Brasil transitou entre os modelos de administração pública patrimonialista (Brasil Império e início republicano) e o burocrático (na fase de Estado prestador), sendo assaz tímida a experiência liberal, senão inexpressiva (FRANÇA, Vladimir da Rocha. O mito do Estado liberal brasileiro. **Revista Direito do Estado**, n. 44, 2015. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/vladimir-da-rocha-franca/o-mito-do-estado-liberal-brasileiro. Acesso em: 15 maio 2017).

[57] 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.

lastimável cenário de cabal e vasta constatação empírica, em especial nos anos 1980, momento do ápice da desestabilização pública local.

Sendo assim, ante a escassez de recursos financiadores do desenvolvimento e o consequente desatendimento das necessidades sociais, e sob a égide de uma nova Carta Política, a estampar a primazia dos direitos fundamentais, rejeita-se tal postura estatal engessante, burocrática e autocentrada, conduzindo-se o Brasil para um atuar equilibrado entre a promoção econômica e social.[58]

Desta feita, no esteio das transformações econômicas, jurídicas e teóricas que varreram o mundo[59], o Brasil igualmente promoveu alterações em sua forma de governança, incorporando o ideário regulatório, com fulcro no ajuste fiscal, mudança institucional e implemento de *performance*:

> 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.[60]

---

[58] 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: 16 maio 2017.

[59] Dentre elas, podem ser contabilizadas a multi-aludida ineficiência estatal e os correlatos crise fiscal e endividamento público interno e externo, além das 2 crises do petróleo da década de 1970, o esgotamento teórico do keynesianismo, mundialização, formação da Comunidade Europeia, fragilidade do próprio Capitalismo (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). Por amor ao debate, no tocante ao mencionado esgotamento teórico do keynesianismo, cabe destacar a existência de posição contrária, que afirma "não se verifica[r] na realidade observada que a globalização e democracia produziram um 'desmantelamento do *welfare state*' ou mesmo uma tendência de cortar gastos nestas importantes áreas, mesmo em países dotados de instituições políticas menos institucionalizadas. Pelo contrário, as evidências analisadas permitem compreender que vivemos uma forma modificada de *keynesianismo* em que o Estado continua a ocupar espaço privilegiado numa suposta ordem liberal." (REZENDE, Flávio da Cunha, 2016, op. cit., p. 245. Grifos do original. Acréscimos nossos.).

[60] 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.

Cumpre rememorar que a tese da regulação estatal da Economia aqui adotada foi efetivada à luz das experiências britânica, pelo Programa *Next Steps*, e estadunidense, através do Programa *National Performance Review*, ambas focadas em reformas políticas e administrativas, o que ensejou (e ainda promove) acaloradas contendas acerca de sua validação, como se verá.

À margem desse impasse, para aplicação da tese regulatória no panorama nacional, fazia-se mister construir ambiente estruturalmente favorável à efetividade do intento. Deu-se, então, a Reforma do Estado[61], organizando os contornos do aparelho estatal, para garantir respaldo jurídico e institucional ao projeto colimado.

Para tal empreitada, exigente de sólido arcabouço teórico e eficazes mecanismos e instrumentos, a setorização[62], a desestatização[63] e a publicização[64] foram eleitas como fundamentos para concretização do novo modelo de atuação estatal.[65]

---

[61] Iniciada em 1995, no Governo 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, com escopo nas orientações fixadas no Consenso de Washington, filiando-se ao ideário regulatório e ao desenho majoneano de Estado (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: 18 maio 2017.)

[62] 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, positiva seria a segmentação do conjunto da sociedade, do que emergem o núcleo estratégico (1º setor), as atividades privativas ou exclusivas do Estado (2º setor), serviços não exclusivos (3º setor) e o Mercado (4º setor) (*Idem, Ibidem*).

[63] "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" (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização**. Privatizações, concessões, terceirizações e regulação. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 30).

[64] Enquanto nuance da desestatização, compreende-se por publicização a descentralização de certas atividades, de características específicas de atividades públicas não-estatais, a serem destinadas às então neófitas figuras das organizações sociais (OS) e das organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) e entes afins (BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. Entre o Estado e o Mercado: o público não-estatal. *In* BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. (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 18 maio 2017).

[65] 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.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno01.pdf. Acesso em: 18 maio 2017.

Demais disso, viu-se necessária a transmutação do tipo de administração pública, pois, ao considerar que este novo Estado assume o dever institucional de regular o desenvolvimento socioeconômico, mediante intervenção indireta na Economia, insustentável é a continuidade do perfil burocrático da estrutura administrativa, o qual se filiava coerentemente ao modelo estatal anterior. Por tal razão, tem-se a gerencialidade no seu atuar.[66]

Acolhendo a tese da regulação econômica promovida pelo Estado, 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 desempenho de tal mister, 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 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".[67]

---

[66] "A administração burocrática clássica, baseada nos princípios da administração do exército prussiano, foi implantada nos principais países europeus no final do século passado [século XIX]; nos Estados Unidos, no começo deste século [século XX]; 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" (BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Da Administração Pública burocrática à gerencial**. p. 4-6. Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.admpublicaburocraticaagerencial.pdff. Acesso em: 19 maio 2017. Mantida a grafia original. Acréscimos nossos).

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

Tão relevante para o novo rearranjo estatal local é a agência reguladora, que se pode afirmar que o Estado regulador brasileiro se instaura com a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), em 1996.

Em que pese se credite à Reforma do Estado a implantação da regulação no país, pode-se observar a existência de episódio regulatório no país, bem anterior à reforma, inclusive com a existência de outras e antecedentes entidades desempenhantes de função regulatória, mesmo que distinta seja a natureza jurídica dessas.

Conquanto importantes para o rearranjo regulatório brasileiro, neste momento serão restritas as observações concernentes às agências reguladoras e aos entes reguladores independentes nacionais, o que se faz sobrepensado, em razão da existência de item exclusivamente dedicado a tais figuras.

De nítido viés revisitacional, estas são as comezinhas elucidações referentes à genealogia da inclusão da tese regulatória da Economia no Brasil e da própria reengenharia do Estado.

Como sói acontecer com a temática regulação estatal da Economia, a experiência brasileira de Estado regulador é palco de enérgica dissensão entre os estudiosos, tanto pela análise dos fundamentos causais de sua implantação, como pela verificação dos resultados advindos de sua vivência.

Por óbvio, muitas das críticas feitas à implementação da regulação econômica pelo Estado brasileiro derivam daquelas correlatas ao enfrentamento do ideário em si mesmo, as quais se fundam, de uma maneira geral, na chamada precarização da atuação estatal[68], e que já foram mencionadas alhures, pelo que se remete ao item anterior.

Além disso, outra celeuma é o objetivo da instauração do *regulatory State* local, no comparativo com as ditas matrizes regulatórias estatais.

Sabe-se que a regulação estatal da Economia tem origem moderna e sistêmica nas experiências inglesa e estadunidense, modelos que espargiram

[68] 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 (NUNES, António Avelãs, 2014, op. cit).

para todo o mundo ocidental, e nos inspiraram, sem se olvidar o contributo histórico alemão.[69]

Ocorre que, a despeito do relativo sucesso dos alhures mencionados programas britânico e estadunidense de regulação econômica pelo Estado[70], o que se viu foi a incapacidade de se replicar aqui o êxito estrangeiro. Isso desfavoreceu a implementação pátria dos modelos copiados, até por assim ser.

Esclareça-se, de logo, que aqui não se tem uma oposição ao fenômeno da recepção de direitos para aperfeiçoamento dos sistemas jurídicos existentes, notadamente para melhoria dos direitos nacionais, a partir do exame comparativo das diversas estruturas jurídicas contemporâneas[71].

Na verdade, a recepção externa só se torna nefasta quando confundida com a mera imitação de direitos, já que, naquela, exige-se a verificação das causas originantes do modelo, dos efeitos decorrentes de sua aplicação, como também "do processo de aculturação jurídica que eles fatalmente provocam"[72], enquanto que a imitação seria a reprodução de um modelo jurídico, sem o exame acima pontuado[73].

Noutras palavras, o procedimento da recepção, diversamente da mera imitação ou cópia de modelos, exige a compreensão de ambos os sistemas jurídicos estatais (o emitente e o receptor da experiência a ser transferida), percebendo a lógica jurídica que os norteia, suas peculiaridades e a validade das questões que sejam cabíveis ou adaptáveis.[74]

---

[69] Cf.: MARTÍNEZ, María Salvador. **Autoridades independientes**: Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España. Barcelona: Ariel, 2002; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[70] MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit.

[71] Entende-se por recepção externa de direitos "a aceitação, por um sistema jurídico (com as necessárias adaptações), de instituto oriundo de outro, seja da mesma família, ou não, o que se verifica na contemporaneidade de forma muito mais frequente, em razão da facilidade proporcionada pela globalização e, especialmente, pela facilidade com que os meios de comunicação revelam e disponibilizam inovações de qualquer natureza" (DANTAS, Ivo. Da repercussão geral como pressuposto específico e como filtro ou barreira de qualificação do recurso extraordinário. **ANIMA – Revista Eletrônica do curso de Direito da OPET**, Curitiba, n. 01, v. I, p. 336-382, 2009. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Ivo_Dantas_da_repercussao.pdf. Acesso em: 20 maio 2017. p. 12.

[72] DANTAS, Ivo. **Novo Direito Constitucional Comparado.** Introdução. Teoria e Metodologia. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Curitiba: Juruá, 2010. p. 188.

[73] TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Contribuição do Direito Comparado às fontes do Direito brasileiro. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 5, p. 59-77, 2006. Disponível em: http://www.redalyc.org/html/934/93400504/. Acesso em: 21 maio 2017.

[74] DANTAS, Ivo. **Novo Processo Constitucional Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

Nesse sentir, tem-se a principal queixa sobre a forma estatal de heterroregulação econômica existente no Brasil: a não observância dos critérios de validação da recepção de modelos jurídicos.

A dissonância fulcral entre os modelos regulatórios estatais originários e o adotado aqui reside na própria formatação daqueles Estados, seus sistemas jurídicos e suas respectivas administrações, pouco similares ao cenário brasileiro (para não dizer distintas!), provocando descompasso grave e consequências piores ainda[75].

Em síntese, tem-se a seguinte narrativa do conhecido cenário da passagem dos anos 1980 para os 1990:

> 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 (...) e, na maioria das vezes, o que se tem é um câmbio de monopólios, antes estatais, agora particulares, e, no mais das vezes, estrangeiros.[76]

Sendo assim, diante de problemas e incongruências vários, aqui elencados e outros tantos existentes, inclusive o que é objeto desse estudo (a captura política), há de se perceber fustigada a validade do Estado regulador brasileiro, como, de fato, constata-se na doutrina e na práxis.

Assim, a dúvida que se levanta é: afasta-se a regulação econômica estatal do Estado brasileiro, por imprestabilidade do ideário ao cenário pátrio, ou se adequa essa heterorregulação da Economia aos contornos do ordenamento jurídico nacional?

Pois bem! Apartandos os rechaçadores do sistema regulatório, pelos argumentos outrora expostos, o problema não se assenta no ideário em si mesmo (o que não significa que seja ele perfeito e conclusivo!), mas na sua forma de implantação aqui entre nós.

Reafirme-se: ante a ideia de equilibrar a livre iniciativa, a liberdade econômica e a propriedade privada com as diretrizes constitucionais dos

---

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

[76] MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003. p. 3.

direitos fundamentais e da justiça social, incontestavelmente legitimado está o Estado “a intervir tanto no domínio econômico como no domínio social, no intuito de impor ou induzir o comportamento dos administrados com vistas à concretização de objetivos de interesse público”[77].

E o modelo jurídico de regulação econômica pelo Estado é uma das possibilidades válidas para essa atuação e promoção, tendo em foco que:

> A regulação tem por objetivo último o equilíbrio de subsistemas jurídicos. A justificativa dessa função estatal está no fato de que, atualmente, um sistema jurídico unitário seria incapaz de lidar com a complexidade e a velocidade com que a sociedade e a economia se desenvolvem.[78]

Contudo, ao se apresentar como uma mera cópia de modelos anglo-americanos, o aclamado Estado regulador brasileiro compromete seu desenvolvimento, pela presença de mazela congênita essencial, a saber, deslocamento do ideário à realidade.

Ademais, cabe registrar que:

> No caso dos países em desenvolvimento, com uma frágil tradição do controle, a regulação ainda se constitui um problema decisivo. (...) Isto requer fundamentalmente uma mudança de cultura política e administrativa em torno dos princípios das reformas gerenciais. Criar instituições orientadas pelo desempenho aparece como um dos principais problemas de implementação dos novos modelos de governança.[79]

Assim, não se cogita excluir regulação estatal da Economia, pois o caso seria de adequação de seu arranjo teórico à realidade brasileira. E neste momento de correção de rumos, hão de ser consideradas as experiências vivenciadas desde a sua implantação, notadamente as representantivas de malogro do tentame.

Noutras palavras, se se intenta corrigir as deficiências originárias da precária transposição de modelo jurídico, por desatenção ao panorama local,

---

[77] FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reguladores vorazes. **Revista Direito do Estado**, n. 352, 2017. p. 1. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/vladimir-da-rocha-franca/reguladores-vorazes. Acesso em: 21 maio 2017.

[78] VÉRAS, Rafael. As falhas da regulação brasileira. **Revista Direito do Estado**, n. 90, 2016. p. 1. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Rafael-Veras/as-falhas-da-regulacao-brasileira. Acesso em: 24 maio 2017.

[79] REZENDE, Flávio da Cunha, 2016, op. cit., p. 170.

mais eficaz será esse reparo se contabilizados forem os defeitos já identificados no curso dessa nossa experiência como *regulatory State*.

Desta feita, é preciso enfrentar as falhas regulatórias brasileiras[80], cujo rol é vasto e composto por situações de, *v.g.*, limitação de pessoal, déficit estrutural no regulador, decisões regulatórias pontuais, emergenciais e não programáticas, ausência de avaliação dos efeitos e resultados da regulação, captura econômica e política[81], sendo esta última a mais particularmente relevante para esta pesquisa.

Indiferentemente da hipótese ensejadora da falha, sua ocorrência não apenas corrói o pilar de sustentação da regulação em comento, mas também atinge a própria Economia, que se ressente da tensão noticiada, ocasionando elevados níveis de insatisfação empresarial e retração de investimentos, os quais, por conta da inadequada concreção da tese regulatória, culminam no desarranjo institucional, social e financeiro.[82]

Em suma, o cenário posto é de (quase) rompimento do compromisso regulatório, cujo agravamento endossaria a ideia da Escola de Chicago, de que é melhor não regular.[83]

O afastamento desse perigo exige da regulação estatal brasileira a justaposição do argumento teórico ao sistema jurídico para que se destina. E, aliado a isso, imprescinde-se da ideia de governança regulatória, para salvaguardar uma indispensável *better regulation*, tudo com fulcro no que já foi mencionado no tópico antecessor.

Para tanto, é necessária uma nova agenda, consubstanciada no estabelecimento de diretrizes voltadas às políticas regulatórias, e particularmente para os implementadores dessas políticas públicas, com vistas à racionalidade do exercício regulatório estatal, tanto no prisma da produção

---

[80] 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) (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: 25 maio 2017).

[81] FREITAS, Rafael Véras de. **Expropriações regulatórias**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

[82] Na opinião dos mais céticos, ter-se-ia a comprovação de que vivemos o mito da existência de um Estado regulador no Brasil (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011).

[83] VÉRAS, Rafael, 2016, op. cit.

normativa estruturante da atividade, quanto na perspectiva da análise dos resultados decorrentes do mister regulatório.[84]

Nesse rearranjo inafastável, as nossas agências reguladoras, ou mais amplamente, os nossos entes reguladores independentes, são o ponto de capital e urgente aprimoramento, tanto na sua perspectiva de implantação, como pelos desdobramentos de suas atuações ao longo dos anos.

Consoante destacado anteriormente, nesse *renew deal* regulatório, em busca de uma nova e superior arquitetura do ideário e do modelo de Estado correspondente, o ente independente, seja nacional ou alienígena, assume diferenciada e nevrálgica posição, tendo em vista a necessidade de reforço institucional da figura, tudo com vistas à consecução da melhoria da regulação.

Por isso, em nome da responsividade, qualidade e transparência regulatórias, que perpassam também e acentuadamente pela atuação do ator da regulação estatal, uma de suas características, a saber, a neutralidade política, apresenta-se como o tema em torno do qual se traça essas linhas.

Em sendo assim, alerte-se, de pronto, que oportunamente se retornará a temática das falhas do regulador estatal, bem como a ideia de reajustamento do ente regulador independente pátrio, em atenção à arrumação proposta para este estudo.

Por fim, o nosso *regulatory State* precisa de “esforços e pesquisas jurídicas para a construção de conceitos de regulação que favoreçam a sua correta aplicação e o seu controle adequado em todo o país”[85], tudo voltado para uma governança regulatória mais eficiente, responsiva, preventiva, planejada e orientada para o cumprimento das finalidades públicas.

E tal transmutação, repita-se, exige um ente regulador independente mais fortalecido, figura sobremaneira crucial, requerendo mais acurada reflexão, 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

---

[84] SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Por um uso abrangente da análise de impacto regulatório no Brasil. **Revista Direito do Estado**, n. 126, 2016. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/natasha-salinas/por-um-uso-abrangente-da-analise-de-impacto-regulatorio-no-brasil. Acesso em: 28 maio 2017.

[85] GONÇALVES, Leonardo Gomes Ribeiro. Regulação, concessões e "oba-oba administrativo". **Revista Direito do Estado**, n. 342, 2017. p. 2. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/leonardogoncalves/regulacaoconcessoeseobaobaadministrativo. Acesso em: 30 maio 2017.

disciplinar a Economia, como para promover a participação social em todo o processo.

Desta feita, o póstero item se dedicará à revisitação da justificação teórica da existência do ente regulador independente.

2.3 **O universo conceitual do ente regulador independente**

Considerando que o problema desta pesquisa se vincula ao caráter neutral do ator da regulação estatal, crer-se indispensável a retomada dos conceitos fundamentadores do existir do ente regulador independente[86].

Aliás, esse é o incontestável objetivo deste capítulo: remontar ao todo, para verificação e balizamento dos pontos doutrinários fundamentais a este estudo, com vistas aos hodiernos debates que envolvem as respectivas temáticas, tudo em atenção aos limites e interesses aqui albergados.

Enquanto sujeito estatal descentralizado, o ente regulador é um tipo específico de ator público, responsável pelo desempenho independente e técnico do mister regulatório, já que criado para tal competência.[87]

Predomina o entendimento de que inexiste Estado regulador, se não houver respectivo ente regulador independente, pois a atividade desenvolvida num *regulatory State* imprescinde da atuação de um elemento independente (isto é, apartado da ingerência político-governamental central), que seja responsável pela implementação das práticas regulatórias eleitas pelo Poder Público, mas que agirá fulcrado em sua particular *expertise*.

Neste sentido[88]:

---

[86] Como se verá, há diversidade de nomenclaturas para o ente regulador independente, relacionadas a percepções conceptuais 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 tese.

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

[88] No mesmo entendimento: "As agências reguladoras independentes (ARIs) são a principal característica institucional do Estado regulador e constituem uma grande mudança institucional da regulação." (No original: "*Independent regulatory agencies (IRAs) are the main institutional characteristic of the regulatory state, and constitute a major institutional change in regulation.*" GILARDI, Fabrizio. **Delegation in the Regulatory State**: independent regulatory agencies in Western Europe. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2008. p. 21); "O

> 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.[89]

E é por conta desse atrelamento teórico-doutrinário que, numa perspectiva factual, identifica-se a presença contumaz do ente independente nos cenários estatais de regulação, a ratificar a posição acadêmica anteriormente exposta.

Assim, exemplificativamente, vê-se no Reino Unido a atuação das *quasi autonomous non governamental organisations* (*QUANGO's*) ou *non-departamental public bodies* (*NDPB's*); nos Estados Unidos da América (EUA), das *independent regulatory agencies* (ou *commissions*) ou simplesmente *agencies* (ou *commissions*); na França, das *autorités administratives indépendantes* (*AAI's*); na Espanha, das *autoridades independientes*; na Alemanha, das *funktionale selbstverwaltungsträgern*; na Itália, das *autorità indipendenti*; em Portugal, das autoridades administrativas independentes; na Suécia e Finlândia, das *ambetswerk*; na Argentina, dos *entes reguladores autónomos* ou *independientes*; no Canadá, das *régies*; no Brasil, das agências reguladoras, ou mais amplamente, dos entes reguladores independentes.

Nada obstante a disseminação do arranjo regulador de Estado mundo afora, decorrente do profundo vínculo existencial entre regulação estatal e seu instrumental independente, não há homogeneidade no perfil do ente regulador, situação que se deve às variações institucionais desautorizadoras de declaração de existência de um modelo teórico de ente independente transnacionalmente utilizado, mesmo que todas essas mutações remontem a um modelo inaugural comum.

---

fenômeno, emergente nas últimas experiências, de criação de Autoridades administrativas independentes, com ou sem personalidade jurídica, estabelecidas por lei para governar certas áreas da administração de forma significativa, de acordo com modelos organizacionais e funcionais completamente livres de qualquer relacionamento com a organização ministerial." (No original: "*Il fenomeno, emerso nell'esperienze più recente, delle c. d. autorità amministrative indipendenti, dotate o meno di personalità giuridica, costitute dalla legge per governare determinati settori di amministrazione in senso sostanziale, secondo moduli organizzativi e funzionali del tutto svincolati da qualsiasi relazione com l'organizzazzione ministeriale.*" 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: 3 jun. 2017).

[89] MAJONE, Giandomenico, 1999, op. cit., p. 19. Mantida a grafia original.

Explique-se!

Ainda que haja registros históricos de regulador independente na Inglaterra e na Alemanha mais antigos, mesmo que num arranjo rudimentar e pouco delineado[90], cabe aos EUA a autoria do modelo atual de ente independente, o que se efetivou com o surgimento da célebre *Interstate Commerce Commission* (*ICC*), em 1887[91].

Destinada à regulação das ferrovias, depois expandida para outros modais, exceto o aeronáutico[92], e oriunda do "sentimento público contrário aos abusos do mercado livre"[93], a clamar pelo socorro do Estado, a *ICC* introduziu no palco estadunidense o formato de regulação estatal econômica.[94]

E esse desenho ganhou adeptos mundiais, já que, como sabido, ele se projetou por diversos e incontáveis países, tanto no continente americano, como na Europa[95].

Nada obstante essa origem comum, como fora alhures mencionado, inexiste modelo teórico único relativo ao ente regulador, em decorrência das indispensáveis adaptações político-institucionais na construção de seus perfis locais, ainda que seja preservada a "concepção de que as competências regulatórias não podem ser mantidas na órbita das estruturas estatais tradicionais"[96], transmutações essas que se justificam, inclusive, pela validação

---

[90] MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit.

[91] 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.). No mesmo sentido, "a criação do primeiro exemplo de agência regulador estadunidense (o *Steamboat Inspection Service*) remonta a 1837". No original: "*La creación del primer ejemplo de agencia reguladora estadunidense (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_anteriores/Vol.II_No.II_2dosem/MG_Vol.II_No.II_2dosem.pdf. Acesso em: 17 jun. 2017).

[92] A *ICC* atingiu seu ápice em 1940, quando assumiu funções para além da regulação, tendo sido extinta, em 1995, em face da criação da *Surface Transportation Board* (*STB*), no Governo Bill Clinton (PECI, Alketa, 2007, op. cit., e BINENBOJM, Gustavo, 2006, op. cit.).

[93] No original: "*public sentiment against free market abuses.*" (WARREN, Kenneth F. **Administrative Law in the political system**. 3. ed. New Jersey: Prentice Hall, 1997. p. 40).

[94] *Idem*, *ibidem*.

[95] Neste sentir, destaca-se o papel da União Europeia na disseminação do ente regulador, e da regulação estatal, já que 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" (MOTTA, Paulo Roberto Ferreira, 2003, op. cit., p. 74).

[96] JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 51.

da recepção de modelos jurídicos, questão que fora vislumbrada em item preteritamente posto.

É de se contabilizar também como fundamento para tal diversidade, mesmo não sendo vertente observada nessa pesquisa, o objetivo criacional e a área de atuação do ente regulador, que podem se fundar no implemento da concorrência ou na salvaguarda da vida, mediante eliminação ou redução de riscos, isto é, regulação econômica ou regulação social, respectivamente. Tais variações implicam em organização, arranjos e estruturas diferenciadas e atreladas a cada uma das finalidades perseguidas.[97-98]

A despeito disso tudo, é possível identificar um regulador estatal, ante o esquadriamento de seus elementos caracterizadores essenciais, verificação essa assaz relevante para o que este estudo se propõe, e a ser realizada nos limites do interesse dele.

Para tanto, considerando um perfil amplíssimo da figura em tela, em razão da multicitada heterogeneidade de formatos, têm-se como elementos essenciais do ator da regulação seu objeto, sua natureza e suas características.

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.[99]

Em resumo, cabe-lhe o pleno e eficiente desempenho da atividade regulatória estatal.

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, a ser vista nas próximas linhas.

---

[97] LEVI-FAUR, David. Regulation and regulatory governance. *In*: LEVI-FAUR, David (Ed.). **Handbook on the politics of regulation**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

[98] Atualmente, há quem defenda um terceiro tipo de ente regulador, em razão da presença das *integrity regulatory agencies* (ou *pro-accountability regulation agencies*), que se vinculam às questões de normas de conduta e probidade na esfera pública, com a consequente responsividade dos respectivos agentes (*Idem, Ibidem*).

[99] MONCADA, Luís Solano Cabral de. **Direito Económico**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

E, ante essa natureza pública, ainda que apartada, exige-se do instrumental regulatório transparência[100] e imparcialidade[101] nos procedimentos e responsabilização (*accountability*) pelas decisões adotadas[102].

Sucintamente, é pública e administrativa a sua natureza, ainda que, como cediço, existam atores desprovidos de personalidade jurídica, como se passa na França, com as *autorités administratives indépendantes*, embora majoritariamente os demais Estados reguladores alberguem instrumentais dotados de personalidade jurídica[103].

Por fim, têm-se as características do ente independente, que são a independência[104] e a especialização técnica[105], por serem basilares à figura em destaque, de um lado, o distanciamento dela da administração central, com reforço, de outra banda, na especialização dos procedimentos e decisões, mas tudo em atenção às já mencionadas políticas públicas.

No tocante à característica da independência, sabe-se que, enquanto requisito inafastável, ela é tida como a ausência de sujeição à autoridade ou orientação de outra entidade político-administrativa, não se podendo olvidar a acentuada, ainda que não exclusiva, vinculação do sucesso regulatório a sua concretização.

A independência regulatória se efetiva pela combinação de autonomia e neutralidade política (ou despolitização). Por autonomia, entende-se a autodeterminação funcional ou orgânica, exercida no âmbito interno do

---

[100] Enquanto atributo típico da atividade pública contemporânea, a transparência no agir regulatório se revela no acesso e participação do cidadão no processo decisório, ante a clareza, publicidade e análise social (MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996).

[101] A imparcialidade redunda no equilíbrio dos interesses envolvidos, sem preferências ou prejuízos a quem quer que seja, focada no atendimento das políticas públicas, em coexistência com o interesse privado, para resguardo da credibilidade social do ente regulador (JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit.).

[102] 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 (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).

[103] MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit.

[104] Indubitavelmente, a independência é o traço mais enfático do regulador estatal, ínsito mesmo a seu encargo existencial, a ponto de ser adjetivado como independente.

[105] "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" (ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2002, op. cit., p. 11).

regulador, num processo de autogestão. E a neutralidade política é percebida como a necessidade de o ente independente se manter apartado da influência política, notadamente para a preservação das motivações de suas ações.[106]

Apenas na condição de independente, seja na perspectiva interna (orgânica e/ou funcional), seja na externa (desvinculação de interesses extrínsecos), mesmo que seus titulares sejam oriundos ou indicados do poder estatal ou do setor econômico, profissional ou social, pode-se assegurar eficiência regulatória, em face de não sujeição nas questões decisórias, financeiras, instrumentalizadoras e finalísticas.[107]

Já pela característica da tecnicidade regulatória, visa-se à eficiência das tomadas de decisão regulatória, decorrente do conhecimento e formação dos integrantes do ente independente, razão pela qual tal critério também é denominado de competência técnica regulatória.

Todavia, a *expertise* não pode representar absentismo da influência política no agir regulatório[108] e/ou ocasionar a visão de túnel[109] ou a transformação do regulador estatal num Colégio de Sábios[110].

Em suma, 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 não se fulcre em eventuais interesses políticos, notadamente os de menor propósito) e autodeterminação (imunizando a gestão regulatória contra a intervenção externa indevida), têm-se os caracteres do regulador estatal.

---

[106] Sobre tal aspecto caracterizador do ente independente, ou seja, acerca da despolitização do regulador ou neutralidade política regulatória, dedicar-se-á capítulo específico ao seu estudo mais aquilatado, conforme proposto no sumário, por ser a temática basilar desta pesquisa.

[107] MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda, 2003, op. cit.

[108] Não se pretende isolar o regulador do âmbito da Política, mas sim asseverar que, na tomada de decisão regulatória, esteja presente o elemento técnico, concomitantemente com o de jaez político.

[109] Enquanto consequência do autoritarismo tecnocrático, ter-se-ia 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" (JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit., p. 372).

[110] O problema aqui seria o afastamento do regulador aos anseios da coletividade, já que a conduta regulatória se estribaria com exclusividade em critérios técnicos, dissociada de visão macropolítica, e, por isso, alheia aos interesses gerais da sociedade (MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda, 2003, op. cit).

Perfunctoriamente, esboçou-se aqui o ambiente teórico do ente independente, a partir dos cortes metodológicos considerados adequados ao estudo em andamento.

A par da imprescindibilidade daquele ator para as novas arquiteturas estatais, verifica-se mutações várias no seu desenho, imprimindo-lhe particularidades e personalizações, tudo em razão da necessidade de adaptação jurídica e social ao palco de atuação, com fulcro no instituto da recepção de modelos jurídicos. Tal situação inviabiliza uma formatação padronizada e homogênea dos reguladores independentes nos múltiplos *regulatory States*, como já sinalizado.

Em consonância ao alhures pontuado, ante a presença de múltiplos Estados reguladores, em face de pormenores nacionais exigentes de tratamento diferenciado, igualmente plúrimos serão os seus respectivos atores ou instrumentais regulatórios.

Conquanto seja assim, possível é desnudar tais peculiaridades, particularmente nos itens de impacto meramente exterior ou de forma, para extrair a essencialidade de tal figura.

Eis, então, a identificação de sua moldura mínima causal, que se estrutura nos seus objeto, natureza e características.

Desta feita, reforce-se, em sua natureza administrativa estatal, seja na feição de órgão, seja como entidade, o ente independente, enquanto "modelo institucional adoptado para o controlo das prestações [regulatórias]"[111], 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"[112].

Sendo assim, em suas linhas características, a independência asseguraria a equidistância do ente regulador para com o Poder Público e regulados (tanto no aspecto da auto-organização, como no aparte da influência política malfazeja), ao tempo em a diretriz regulatória se consubstanciaria numa *expertise*, representativa da aplicação da melhor técnica, mas atrelada às políticas públicas governamentalmente estabelecidas.

---

[111] MONCADA, Luís Solano Cabral de, 2003, op. cit., p. 45. Acréscimos nossos.
[112] ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2011, op. cit., p. 1049.

Por óbvio, nada disso aqui exposto se apresenta dissociado de inflamado debate, acirrada controvérsia e intensa peleja teórica, o que não minimiza o valor da temática, tampouco das considerações tecidas.

Afinal, o irrelevante não merece discussão!

E a importância do tema não se assenta apenas na salvaguarda do prestígio regulatório, num cenário meramente teórico-doutrinário, mas sim na tentativa de impedimento das consequências factuais, coletivas e negativamente impactantes, quando da ocorrência de malogro na execução do ideário da regulação estatal.

Demais disso, é se ressaltar algo já assaz repetido aqui: nesse momento de redimensionamento do mister regulatório estatal, o aprimoramento do respectivo instrumental da regulação é o cerne dos debates teóricos sobre a necessidade de implementação de uma *better regulation*, inclusive no tocante ao fortalecimento de sua atuação. A questão da captura política, aqui estudada, é exemplo de fragilidade regulatória a ser urgentemente revisitada.

Assim, as divagações teóricas conflitantes, que predominam no estudo do ente regulador independente, sejam elas incidentes sobre suas causas, concreção ou efeitos, ratificam a importância de sua investigação, e propiciam, mesmo quando detratoras, o burilamento do instituto, como se intenta realizar, *hic et nunc*.

Entrementes, antecedendo a análise mais estrita do problema desta pesquisa, há de se continuar um pouco mais no intento revisional que norteia este capítulo, para se debruçar sobre o arranjo nacionalmente construído para o regulador estatal, segundo arrumação metodológica feita, em respeito aos objetivos e delimitação desta tese em andamento.

É o que se pretende realizar no próximo tópico, no encerramento deste capítulo.

2.4 **O desenho do regulador estatal doméstico**

Em sintonia com o exposto, considerando a mudança que incidiu sobre o Estado, a administração pública se viu instigada a se transmutar para

atender ao intuito regulatório que norteava o ente estatal. Dentre os vários instrumentos que surgiram, têm-se os entes reguladores independentes.[113]

E essa situação igualmente foi vivenciada entre nós, em meio aos rechaços e aplausos doutrinários que têm marcado a existência do regulador estatal independente no espaço juspolítico brasileiro.

Se, por um lado, o ente regulador se apresenta como o instrumento da intervenção indireta do Estado no domínio econômico, figura dotada de tecnicidade e independência para o intuito conciliatório entre a racionalidade econômica e os imperativos sociais, acumulam-se, de outra banda, as críticas concernentes a sua identificação, modelagem e validade.

Como pontuado, a presença efetiva da autoridade reguladora, sob a égide do *regulatory State,* remonta à chamada Reforma de Estado, havida em 1995. Por tal reforma, de conotação econômica, social, política e administrativa, utilizar-se da setorização e da desestatização (além da publicização), tem-se a inserção no cenário nacional do ente regulador.

Assim, foi na metade final da década de 1990 que surgiu a primeira agência reguladora (doravante mencionada pela abreviatura AR), a saber, 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.

Tema ainda polêmico entre nós é a possível sinonímia entre regulador independente estatal e AR, isto é, se exclusivamente uma AR é o ente regulador brasileiro.[114]

Por um lado, questiona-se 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 aproximariam do esboço típico dos entes independentes, mesmo não sendo AR.[115] E, de outra banda, há quem sustente que o ente regulador pátrio é apenas as AR's.[116-]

---

[113] Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2006, op. cit.; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit.

[114] Categorizar os entes reguladores exige esforço intelectual acentuado, por conta de suas notas peculiaríssimas. (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).

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

[116] O ente regulador brasileiro é unicamente a AR, e que as entidades aparentemente regulatórias e que são anteriores à reforma de Estado dos anos 1990 apenas integram a lista

É razoável considerar que, a despeito da anterioridade existencial face à reforma estatal, e mesmo se surgidos após ela sem o formato de AR, hão de ser catalogados como entes desempenhantes de mister regulatório inúmeras figuras, desde que tenham sido criadas para intervir em setores específicos e funcionem como reguladores. Sendo assim, tal condição (de regulador) não lhes pode ser negada, a despeito da rotulagem que ostentem.

Por isso, é possível identificar a "pré-existência de entidades administrativas dotadas de características próprias das agências"[117], sendo que as AR's ostentam a condição de reguladores brasileiros modernos, enquanto que os entes antigos ostentam funções próximas à ideia contemporânea de regulação, embora seja evidente a incompletude de seu formato[118].

Noutras palavras, igualmente argumentando em favor da amplitude do elenco do ente regulador nacional, pode-se afirmar que:

> É necessário fixar que autarquias com as mesmas funções [reguladoras] 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 (...) 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 – responsáveis pelo poder de polícia da moeda e pela regulação das instituições financeiras estabelecidas no Brasil.[119]

Filia-se a esse entendimento, por identificar a existência de regulador não agência, hoje e ontem, como se vê no relato histórico pátrio.

O Brasil, antes da implantação da tese regulatória já experienciou, desde os anos 1930, a intervenção indireta na Economia, com contornos

---

de entidades similares a regulador, já que naquelas são ausentes alguma de suas notas determinantes, como, por exemplo, a independência ou a competência regulatória, além de não se vislumbrar nelas a gama de caracteres para efetivo arrolamento como tal (ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2005, op. cit.).

[117] JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit., p. 329.

[118] "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" (*Idem*, *Ibidem*, p. 338. Acréscimos nossos).

[119] MOTTA, Paulo Roberto Ferreira, 2003, op. cit., p. 12-13. Acréscimos nossos.

regulatórios, nada obstante a imperfeição e opacidade deles. E, conseguintemente, havia nesse lapso pré-Estado regulador entes reguladores.

Sabe-se que, entre os anos 1930 e 1980, o Estado se investia do papel de empreendedor, o que só começou a ser mitigado em meados da década de 1970. Entrementes, durante o Estado Novo, período do Governo autoritário de Getúlio Vargas, nada obstante a forte intervenção estatal, vê-se, antagonicamente, entre 1938 a 1941, a criação de algumas autarquias com certo poder de regulação, como, por exemplo, o Instituto Nacional do Mate, o Instituto Nacional do Pinho, o Instituto Nacional do Sal, a Companhia do Vale do Rio Doce, o Conselho Nacional de Política Industrial e Comercial[120].

Outrossim, visualiza-se a existência de órgãos dotados de competência regulatória, preexistindo às agências reguladoras, e delas se diferenciado, como, *v.g.*, o Banco Central do Brasil (BACEN) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Em todos esses casos há de se identificar os contornos de uma rudimentar atividade regulatória, já que 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.[121]

Provavelmente, este o ponto causal da discussão noticiada: 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.

Ora, as injunções legais, doutrinárias e práticas que a autoridade da regulação vivencia em cada país e em cada época, torna impossível a fixação de uma moldura padrão para ela, devendo ser reconhecida pelos seus caracteres essenciais e pela finalidade a que se presta, como já assinalado.

---

[120] RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil. RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). **Regulação e agências reguladoras**. Governança e análise de impacto regulatório. Brasília, DF: Anvisa, 2009. p. 125-159.

[121] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**: a alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 167-168.

Por isso, é possível asseverar que o Brasil conhece a figura do regulador estatal em dois 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.[122]

Vista essa dissensão acerca da identificação do instrumental da regulação estatal local, foca-se, doravante, especificamente no ente moderno da regulação estatal brasileira, ou seja, na AR.

Criada com a finalidade "de blindar determinados setores da economia, sobretudo na infraestrutura e em atividades socialmente sensíveis, conferindo-lhes estabilidade e segurança jurídica"[123], em razão da nossa engenharia estatal, a AR é igualmente objeto de profundo impasse.

Pode-se compreender as AR's como:

> Pessoas jurídicas de direito público interno, criadas por lei (...), para regular, disciplinar, atividades de interesse público de relevo econômico, ou social (...) 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, (...) e cujas investiduras, (...), 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.[124]

Em primeiro plano, revisita-se a mais tradicional e persistente queixa dirigida à AR: porque agência reguladora? Se há quem identifique vantagem em ser agência[125], majoritariamente se observa a reiteirada crítica pela

---

[122] "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 [nas agências] encontra um instrumento mais apto e eficiente para seu exercício" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit., p. 51-52. Acréscimos nossos).

[123] MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes: a necessidade de seu reforço institucional por meio de uma lei-quadro. **Revista Direito do Estado**, n. 196, 2016. p. 1. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/agencias-reguladoras-independentes-a-necessidade-de-seu-reforco-institucional-por-meio-de-uma-lei-quadro. Acesso em: 27 ago. 2017.

[124] CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Agências reguladoras no Direito Administrativo brasileiro**. Recife: tese para professor titular de Direito Administrativo pela UFPE, 1999. p. 118-119. Grifos do original.

[125] "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)" (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função regulatória. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 11, fev. 2002. p. 10. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-13-FEVEREIRO-2008-MARCOS%20JURUENA%20VILLELA%20SOUTO.pdf. Acesso em: 30 ago. 2017. Grifos do

utilização do modelo[126], fenômeno conhecido como agencificação[127], decorrente da indevida utilização do instituto da recepção de modelos jurídicos estrangeiros, já mencionado.

Na sequência, cumpre discorrer sobre a natureza jurídica da AR, já que sê-la é "mero rótulo, e não um título jurídico"[128].

Enquadrando-se como pessoa jurídica de direito público interno, a AR tem assumido o formato de autarquia, em que pese a possibilidade de ser fundação pública, opção que não tem sido manejada pelo Legislador.[129]

Além da preferência legal pela autarquia, à AR autárquica tem se acrescido o termo regime especial, a indicar 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"[130], como tem sido majoritariamente (não unanimemente) entendido.

Essa autonomia, ou mais a fundo, essa independência, visa ao cumprimento do mister regulatório que lhe compete, tarefa que, reafirme-se, 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, tudo para salvaguardar a necessidade de tornar o Estado mais eficiente, no tocante ao atendimento dos reclamos individuais, econômicos e sociais.

Nunca é demais ressaltar o valor da independência do regulador para o bom exercício de seu mister, e no intuito de minimizar uma racionalidade regulatória subvertida:

---

original). No mesmo sentido: 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.

126 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, 2008, op. cit.

127 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**. Parcerias na Administração Pública**. concessão, permissão. franquia, terceirização e outras formas. 3. ed. São Paulo: Atlas.1999. p. 133).

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

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

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

> Uma vez que envolvem monopólios e/ou oligopólios de titularidade pública, bem como atividades privadas com barreiras de entrada e regulação intrusiva, a influência estatal é bastante significativa. (...) Tais peculiaridades fazem com que sejam grandes as tentações para atos em desvio de função, bem como para a ineficiência burocrática. Mas, se tais setores forem manejados politicamente, podem gerar votos e prestígio eleitoral – seguidos de consequências econômicas desastrosas (isso sem se falar na corrupção). Daí a necessidade de o direito assegurar a independência – administrativa, financeira e funcional – de tais entidades.[131]

Noutras palavras, a imperiosa necessidade de reforço institucional das AR's (melhor dizendo, de todo e qualquer ente regulador independente) é a salvaguarda do existir regulatório, notadamente nesse momento histórico de incremento de qualidade da regulação estatal, melhoria essa que deve incidir tanto sobre a sua autodeterminação, como também na sua proteção contra a influência política indesejada.

Em razão disso, desde sua criação, 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 federal, estadual e municipal, quantitativo geral que ultrapassa mais de 30 agências, seja de atuação setorial ou multissetorial.

Porém, tendo em vista que "a experiência brasileira já demonstrou que não basta consignar em lei que a agência é independente"[132], premente é o estabelecimento de novas diretrizes e garantias assecuratórias da dita independência, razão pela qual se justifica a pesquisa aqui em construção.

Novamente em foco a demanda para uma *better regulation*!

Além dessas divergências, constam outras de igual relevo e também pendentes de asserenamento, como, por exemplo, a relação entre AR e privatização[133], o papel do contrato de gestão na AR[134], a atividade fiscalizatória dela[135], a delicada questão da competência normativa[136], mas que, por questões metodológicas, não serão aqui enfrentadas.

---

131 MOREIRA, Egon Bockmann, 2016, op. cit. p. 1.
132 *Idem, ibidem*, p. 2.
133 Quanto ao tema, convida-se à leitura do texto de SUNDFELD, Carlos Ari, 2000, op. cit.
134 Aqui se remete ao ensino de MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2000, op. cit.
135 Discorre sobre a questão BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin, 2013, op. cit.
136 Recomenda-se a leitura de JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit.

Enfim, considerando que o momento não é de desconstrução e abandono do modelo estatal regulatório, mas sim de refazimento de suas balizas, evidencia-se o prestígio da temática ente regulador independente para os debates atuais.

E reconhecendo que as AR's brasileiras "foram criadas com uma racionalidade toda própria"[137], tem-se a exigência de novas e contínuas reflexões, diante de tantas controvérsias e apupos doutrinários, bem como da enfática factualidade.

Neste item de fecho do presente capítulo, revisitou-se o panorama do ente regulador independente nacional, debruçando-se sobre alguns de seus matizes teóricos e práticos, reconstituindo algumas de suas celeumas doutrinárias, tudo em atenção ao corte metodológico proposto.

Desse modo, pontos como a heterogeneidade de seu elenco, para muito além da figura da agência reguladora; o celeumático fenômeno da agencificação; o fortalecimento da independência do regulador se revelam oportunos ao estudo que se pretende construir, bem como indicam coesão e coerência com os indicativos teóricos para uma nova etapa de regulação estatal, aqui e alhures.

Por óbvio, várias questões correlatas a teoria da regulação estatal, Estado Regulador e entes reguladores independentes, de repercussão internacional e doméstica, não foram aqui objeto de enfrentamento, o que se deu em atenção à finalidade do estudo em desenvolvimento.

Encerrando o presente capítulo, há de se feita outra relevante consideração, pertinentemente à estruturação desta pesquisa.

A despeito da declarada proposta deste capitulo, a de ser uma revisitação de conceitos tidos como fundamentais ao trabalho em foco, optou-se pelo deslocamento da temática neutralidade política do ente regulador independente para o capítulo que se segue, o que se faz em razão da relevância da despolitização regulatória para a proposta que aqui se investiga.

Eis o objeto das reflexões adiante apresentadas.

---

[137] MOREIRA, Egon Bockmann, 2016, op. cit. p. 1.

3 **(DES)POLITIZAÇÃO DO ENTE REGULADOR INDEPENDENTE**

Ainda na proposta de uma visão do todo, para fins de apresentação dos conceitos basilares e relevantes ao desenvolvimento desta pesquisa, como justificado no capítulo anterior, mas também já se voltando para a investigação aqui escolhida[138], eis o momento de enfrentar o tema neutralidade política do ente regulador independente[139].

Desta feita, vê-se o contorno da despolitização, enquanto um dos aspectos da independência regulatória, notadamente no impasse acerca de seu real conteúdo, a saber, se o agir regulatório exige integral distanciamento de qualquer viés político ou se é suficiente a preservação do mister do regulador da influência partidária.

Registre-se que essa análise implica na investigação de outros dilemas ainda persistentes sobre a neutralidade política do regulador[140], *v.g.*, o aparente embate entre Técnica e Política e a (pseudo)demonização da Política, reflexões a serem efetivadas no contexto pertinente a este estudo.

Em seguida, verifica-se o rol de métodos e recursos para a realização do aparte político necessário ao êxito regulatório, tendo em vista a catalogação de incontáveis estratégias para que o agir do regulador possa ser o mais politicamente neutro possível, elenco esse algumas vezes concretizado nas experiências estrangeiras.[141]

Finalmente, tem-se uma visitação ao arranjo nacionalmente delineado para nosso regulador, identificando-lhe forças e fraquezas, tudo para obstar os atropelos políticos descaracterizadores de seu mister essencial.[142]

Em suma, erige-se obliquamente das páginas que seguem o grau de (des)politização predominante no agir regulatório.

---

[138] Situação que se repetirá no capítulo ulterior.

[139] Inexiste padronização no uso do termo neutralidade política, face à existência de expressões similares, tais como despolitização, independência ou neutralização política. Ante a ausência de profundas diferenças entre elas, serão elas utilizadas aqui indistintamente.

[140] Na verdade, o ideário da regulação estatal, como dito outrora, é alvo de severa e habitual contenda doutrinária, em seus variados pontos e justificações, o que se avoluma em tempos de transformações multifatoriais (sociais, econômicas, políticas, jurídicas, etc). Por tal motivo, crer-se indispensável o retorno ao estudo regulatório.

[141] E, além disso, a presença de mecanismos de controle sobre a atividade regulatória, de múltiplas e concomitantes espécies, soma-se aos tentames de minimizar a politização do regulador, embora não seja possível seu alijamento completo, como se verá.

[142] Como cediço, lastimavelmente tal moldura não se reveste da efetividade necessária, expondo a vulnerabilidade da despolitização nacional, situação a justificar o presente estudo.

3.1 **O panorama da neutralidade política do regulador estatal**

Como afirmado anteriormente, em razão de sua importância, a independência alçou posição de item nominativo do regulador estatal, evidenciando a necessidade de um agir regulatório distanciado da interferência da administração central, o que, aliada ao outro caractere do ente regulador, a saber, a *expertise*, garante a eficiência nos procedimentos regulatórios.

Para a concreção de dita independência, o ator da regulação estatal tem para si salvaguardadas a autonomia (pertinentemente à autodeterminação funcional) e a neutralidade política (quanto aos interesses motivadores de suas ações), sendo esse derradeiro traço o que interessa a este estudo.

Despolitizar o ente regulador significa impedir ou obstar que decisões regulatórias, prioritariamente calcadas na tecnicidade, sejam oriundas de interesses políticos diversos do intento regulatório.

Justifica-se tal aparte por considerar que essa influência política no agir do regulador é um dos fatores de desvirtuamento dos resultados regulatórios, ante o comprometimento de sua independência[143].

A compreensão dessa justificativa exige a retomada breve de algo já visto, que são os argumentos causais para a existência do Estado regulador, a saber, em linhas gerais, o descrédito no poder político e escolha da ação técnica para concreção dos objetivos e necessidades sociais.

Relembre-se que um dos fatores da transmutação do desenho estatal para o hodierno, superando o formato anterior de Estado-empresário, foi o descrédito na atuação do Estado, e de seus poderes e instituições, quanto ao atendimento das necessidades coletivas e sociais.

E, na novel e presente etapa, ante o fiasco do *welfare State*, o próprio Estado e a administração são (teoricamente) 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.[144]

---

[143] Sabe-se que, na prática, a politização do regulador enfraquece sua independência, como descreve 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: 30 set. 2017.

[144] MOURA, Emerson Affonso da Costa. Agências, expertise e profissionalismo: o paradigma da técnica na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.

Assim, fundamentada em bases (neo)wilsonianas de administração pública[145] ou na Teoria dos poderes neutrais[146], o reclamo pela neutralidade decorre da percepção de que o poder político tende a "sacrificar os objetivos a longo prazo, em prol das metas diárias da política"[147].

E, além da questão da credibilidade na tomada de decisão da instância politica (ou, melhor dizendo, na falta de confiança), o incremento da Técnica também se ampara na separação da influência política do agir regulatório, já que, por força da neutralidade política, as decisões regulatórias:

> Em vez de serem tomadas por indivíduos das áreas política ou burocrática, (...) passam a ser negociadas pelos grupos sociais mais diretamente interessados, evitando posturas políticas, ideológicas, teorias esdrúxulas, experiências desastrosas e as indefectíveis generalizações fáceis.[148]

Desta feita, predominante é o raciocínio de que o ente independente deve se manter apartado da influência política, para insular a condução regulatória de comandos políticos externos e estranhos a seus objetivos,

---

254, p. 67-94, maio/ago. 2010. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8075/6863. Acesso em: 30 set. 2017).

[145] "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* [é a] *perspectiva de uma burocracia apolítica e totalmente técnica, em qualquer formato institucional que ela assuma.*" (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: 2 out. 2017. Grifos do original. Acréscimos nossos).

[146] "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 (...) 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'(...)" (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 e 20. Grifos do original.

[147] No original: "*sacrificar los objetivos a largo plazo, en aras de las metas diarias de la política*" (GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**. Tomo 1: Parte general. 1. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013. p. XV-6-7. Disponível em: http://www.gordillo.com/tomo1.html. Acesso em: 3 out. 2017).

[148] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Forense, 2009. p. 549 e 551.

fulcrado “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”[149].

Mas, como sói acontecer nas temáticas atinentes à regulação estatal, a majoritária aceitação da neutralização política não se revela sem as habituais contendas doutrinárias.

As críticas direcionadas à independência política do regulador se assentam fundamentalmente na alegação de desprestígio à Política[150] e/ou na criação do Conselho de Sábios[151].

Com vênia, são insustentáveis tais argumentos, pois o pressuposto da neutralização política do regulador independente não exige a desideologização do Estado e de suas instituições, pois tal despolitização não se estende à ideologia constitucional, que é a condutora da política estatal, buscando-se apenas mantê-lo imune contra o humor político, embora consciente de sua presença na sociedade e no Estado, bem como de seus reflexos no próprio ordenamento jurídico.[152]

Demais disso, a neutralidade política nada representa de extermínio do componente político no ente estatal, por supremacia unicamente da Técnica. Em breves linhas, como dito antes, não se defende a visão de túnel, fruto de um Colégio de Sábios. Tal postura, que se rechaça, redundaria em

---

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

[150] “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 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” (NUNES, António Avelãs, 2014, op. cit., p. 3-4. Grifos do original).

[151] Conforme pontuado anteriormente, esse autoritarismo tecnocrático, em nome de uma expertise eficiente, geraria um perigoso esvaziamento ideológico, ante a exacerbação da especialização, em detrimento do viés político, a redundar na denominada visão de túnel (MOURA, Emerson Affonso da Costa, 2010, op. cit.).

[152] 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.ndsr.org/SEER/index.php?journal=rdet&page=article&op=view&path%5B%5D=69&path%5B%5D=59. Acesso em: 14 out. 2017.

fracasso similar ao da defesa do fim da Técnica, ante a predominância do político, o que se combate, por serem ambas um erro.[153]

Eis o motivo pelo qual se sustenta o caráter politicamente neutro do ente regulador independente, ante a necessidade da existência de espaços livres de controle governamental, já que, em certas matérias e setores, há a necessidade de "existirem decisões dotadas de imparcialidade maior do que aquela que resultaria da intervenção ou intromissão ministerial"[154].

Todavia, a despeito de sua válida justificação, a neutralidade política do regulador estatal se revela assaz insuficiente para a devida concretização, já que há decisões regulatórias politicamente maculadas. E essa situação expressa a necessidade de aprofundamento do tema para deslinde dos problemas reais, os quais justificam a existência desta pesquisa.

Vê-se que, de um lado, é basilar a defesa da separação entre a *expertise* do organismo regulatório e o politicismo que lhe é rodeante, mas, doutra banda, pululam incertezas sobre a natureza e a realização dessa neutralização política, com vistas à efetiva concretização e validação da conduta do regulador, lastreada nos ditames da eficiência e racionalidade.

E nesse *gap*, fruto da imprecisão de fundo, por força das instabilidades teórica e prática da despolitização regulatória, situam-se astutamente os maculadores do agir regulatório.

Desta feita, urge investigar a dimensão essencial da despolitização e a forma de efetivação satisfatória dela. Essas são algumas das relevantes indagações para a garantia da neutralidade política do regulador independente. E serão elas que capitanearão os estudos que se seguem.

Quanto ao estudo da dimensão essencial da despolitização, tem-se por pressuposto que "é necessário prestar determinados serviços a margem das pressões políticas do Parlamento e do Governo"[155], i.e., do poder político.

Apesar de remeter facilmente à ideia de separação, exclusão, retirada ou segregação do político de algo, o termo despolitização (e suas

---

[153] 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.

[154] OTERO, Paulo, 2003, op. cit., p. 319.

[155] No original: "*es necesario prestar determinados servicios al margen de las presiones políticas del Parlamento o del Gobierno*" (MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit., p. 55).

variantes) não expressa por si só o conteúdo do que deve ser separado, excluído, retirado ou segregado, sendo essa imprecisão, repita-se, um dos grandes obstáculos à efetivação da neutralidade política na regulação estatal.

Sendo assim, é de se questionar se a concreção da neutralidade política do ente regulador exige absoluta separação do contorno político na atuação regulatória ou se se restringiria à contenção partidarista no regulador.

Em síntese, despolitizar é apoliticismo ou despartidarização?

Para tal investigação, é primaz considerar novamente a árida relação entre a Política e a Técnica na ação regulatória estatal, o que se revela em diversificadas nuances, principalmente por se considerar que, em se tratando de Estado, inexistem "matérias inteiramente assépticas à política em seus aspectos técnicos, nem tampouco escolhas totalmente políticas que prescindam de alguma consideração técnica"[156].

A título exemplificativo, uma das nuances dessa interface entre o político e o técnico na regulação estatal é a já mencionada natureza pública do ente regulador independente, por sua integração à estrutura do Estado, razão pela qual se encontra imerso no universo da Política, invariavelmente.

Só que tal ente deve ser dotado de especialização técnica, que justifica a existência do ideário em si mesmo, já que a *expertise* é tida com uma das características do instrumental regulatório, tal qual fora visto alhures.

Ora, tem-se, então, como necessária ao sucesso existencial do ente regulador e da própria regulação estatal a conjunção dos elementos em destaque, já que se exige de um ser político um exercício técnico.

Mas não só isso!

Um outro ponto a exemplificar o liame técnico-político é a relação entre as políticas públicas e a política regulatória[157], conforme análise a seguir.

Sabe-se que, para cumprimento de seus fundamentos existenciais, deve o Estado dar concretude aos direitos dos membros da comunidade,

---

[156] 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.br/codrevista.asp?cod=336. Acesso em: 27 out. 2017.

[157] Nada obstante ser considerada uma seara de conflitos, a inserção da política regulatória no âmbito das políticas públicas é forma de validação da regulação estatal, inclusive no seu aspecto democrático, como se verá.

desenvolvendo tarefas várias e por atores igualmente variados, objetivando atender a previsão constitucional dos direitos e garantias fundamentais.[158]

Nesse espeque, têm-se as políticas públicas, que, derivando das políticas de Estado[159], são estabelecidas no âmbito do Governo, e se revelam como metas, programas, princípios e objetivos da ação governamental, definidos politicamente, e voltados para "atuação dos agentes públicos e privados e a alocação de recursos públicos e privados para atingir interesses públicos considerados relevantes num dado momento histórico"[160].

Restringindo a abordagem de tal tema aos interesses desta pesquisa, cumpre destacar as etapas de manifestação das políticas públicas, 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, com o fito de atendimento das demandas sociais e compatibilizando os múltiplos interesses envolvidos.

Particularmente nas duas etapas iniciais, devem coexistir harmonicamente os elementos políticos e técnicos, donde advirá o êxito do programa da ação governamental.

Explique-se!

Na etapa do planejamento ou estratégia, são identificadas as carências e expectativas sociais a serem atendidas pelo Estado. E a tomada de decisão deflui de múltiplos fatores, tais como a diretriz legal (notamente constitucional), a perspectiva política do governante, a escolha entre divergentes interesses coletivos e a ponderação dos recursos disponíveis.[161]

Forçoso lembrar que a tomada de decisão é reservada aos agentes políticos eleitos, pois a formulação de políticas públicas se opera no âmbito do Núcleo Estratégico do Estado, pelas autoridades políticas, o que implica em natural politização das decisões.[162] Porém, não se pode olvidar que a ética

---

[158] LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas. 2013.

[159] 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, conduzindo as políticas públicas e a regulatória (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit.).

[160] *Idem, Ibidem*, p. 86, nota 75.

[161] SOUTO, Marcos Juruena Villela, 2001, op. cit.

[162] SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras e entidades similares. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia

pública e institucional deverá ser salvaguardada das pressões de todo jaez, para fins de *accuracy*, sob risco de captura das políticas públicas por setores específicos, sejam eles econômicos, políticos, sociais e/ou burocráticos.[163]

E na etapa da execução das políticas públicas, buscando-se o atendimento eficiente da estratégia estabelecida, mediante adequação à área de incidência de tal planejamento, tem-se o momento de vinculação das políticas públicas com a política regulatória, que será responsável pela mensuração pontuada, devendo os reguladores independentes executar as orientações políticas formuladas pelo Núcleo Estratégico do Estado.

Dito de outra forma, o ente regulador, com base na sua especialização técnica, revela-se como instrumento de aplicação do programa de ação governamental, o qual macrobalizará a política regulatória.[164]

E nessa relação de dependência e complementariedade[165], as decisões que fixarão o programa regulatório se baseiam em "conceitos preponderantemente *técnicos* e voltadas aos *objetivos* das políticas públicas setoriais"[166], objetivando "encontrar um ponto ideal entre os interesses dos agentes econômicos e sociais envolvidos, trazendo *eficiência*, *ética* e *profissionalismo* à atividade [regulatória] estatal"[167], o que evidencia outra correlação entre Política e Técnica no âmbito da regulação estatal.

Ante o exposto, ainda que timidamente feito, tem-se a presença da Política na ação regulatória, mas que deve ser substancialmente técnica.

Eis que surge a inquietação: como afastar o regulador da Política, da qual a regulação estatal faz parte? Ou, como tornar politicamente independente o agir regulatório sem contradizer sua essência política? Ou ainda, é possível privilegiar o técnico, apartando o político, mas sem o desprezar?

Afinal, que é Política, já que se deseja isolá-la da regulação estatal?

Walquiria Batista dos (Coor.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1135-1160.

[163] FERRER, Juan De La Cruz, 2008, op. cit.

[164] "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" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit., p. 87-88).

[165] Situação que decorre da relação *agent-principal*, pela qual o Executivo (*principal*) delega poderes para tais reguladores (*agent*) agirem em seu nome, salvaguardando-se a prerrogativa de supervisão da atuação daqueles, para aferir o cumprimento de tal delegação (GILARDI, Fabrizio, 2008, op. cit.).

[166] MOURA, Emerson Affonso da Costa, 2010, op. cit., p. 72. Grifos do original.

[167] *Idem, Ibidem*, p. 72. Grifos do original. Acréscimos nossos.

Nada fácil é responder a tal pergunta. Na verdade, qualquer estudo sobre Política é árduo, hercúleo mesmo, tendo em vista a grande quantidade de questões envoltas na temática, desde a investigação de sua real acepção[168], a se estender aos seus incontáveis desdobramentos.

Apesar da vastidão temática, que se contrapõe às pretensões deste estudo, necessário se faz seguir, brevemente, nesta trilha desafiadora.

Para tanto, em atenção aos objetivos da pesquisa em andamento, elencam-se três aspectos conceituais da Política, a saber, institucionalização e estruturamento políticos, vinculação da Organização Política à realização do interesse público e manifestação da soberania popular, refletida na titularidade e exercício de poder.

De logo, faz-se relevante alerta. Não se pretende isolar os aspectos institucional, material e processual da Política (sob pena de insanidade), mas sim vislumbrar suas nuances, exercício esse inicialmente abstrato, mas de fundamentos e reflexos concretos.

Inegavelmente, tais dimensões são interdependentes e intercomunicantes, e representam um todo, o uno. Porém, cada uma delas expressa em si mesma um nível de valor, ação e impacto, o qual carece de tratamento de *per si*, em atenção à concatenação dos efeitos individuais nos demais matizes e no todo.

Eis a razão para o esforço sofisticado (e ousado) de seccionar tais jaezes. Afinal, a independência política regulatória "deve ser tratada sem preconceitos ou mitificações de antigas concepções jurídicas que, no mundo atual, são insuficientes ou mesmo ingênuas"[169].

Retomando à analise das ditas dimensões da Política, referentemente à questão da institucionalização e estruturamento políticos, o

---

[168] Por exemplo, etimologicamente, pode-se entender Política como: "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 (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, 1998, op. cit., p. 954. Grifos do original. Mantida a grafia original).

[169] ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2005, op. cit., p. 9.

conceito de Política se vincularia à ideia da dinâmica expressiva das estruturas institucionais, pelas quais o sentido e sentimento políticos se corporificariam, situação exigente da particular atenção às chamadas instituições políticas, tanto na criação, como na atuação delas.

É o viés institucional da Política, a área da *polity*, a qual "se refere à ordem do sistema político, delineada pelo sistema jurídico, e à estrutura institucional do sistema político-administrativo"[170].

No tocante ao sentido de Política como vínculo da Organização Política, da qual o Estado é a espécie atual, com a concreção do interesse público, tem-se presente a 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.[171]

Eis a seara da *policy*, que expressa a acepção mais ampla de Política e se fundamenta no aspecto material, referindo-se "aos conteúdos concretos, isto é, à configuração dos programas políticos, aos problemas técnicos e ao conteúdo material das decisões políticas"[172].

E na derradeira percepção colacionada, tem-se a Política como "tática no jogo das forças sociais"[173], da qual surge o processo de escolha dos governantes, na hipótese de regime político democrático.

Presente, então, a perspectiva processual da Política, de caráter instrumental. É o campo da *politics*, o qual se fulcra no "processo político, freqüentemente de caráter conflituoso, no que diz respeito à imposição de objetivos, aos conteúdos e às decisões de distribuição"[174].

Sendo assim, para a efetivar a neutralidade colimada, há se de compreender Política nessa amplitude institucional, material e instrumental.

Do cotejo entre *polity*, *policy* e *politics*, resulta impossível desatrelar a ação regulatória das dimensões institucional e material da Política, (i.e., da *polity* e da *policy*), pois ela não é "algo que se insinua insidiosamente no jogo

---

[170] 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. Disponível em: http://www.en.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158. Acesso em: 4 nov. 2017.

[171] DANTAS, Ivo, 2013, op. cit., obra a qual se remete para aprofundamento da temática em comento, por força de seu indimensionado valor e pela larga bibliografia em que se embasa.

[172] FREY, Klaus, 2000, op. cit., p. 217.

[173] DANTAS, Ivo, 2013, op. cit., p. 21.

[174] FREY, Klaus, 2000, op. cit., p. 216. Mantida a grafia original.

regulatório, mas deve ser compreendida como parte inerente da discussão de qualquer política pública, inclusive das regulatórias"[175], até porque:

> 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.[176]

Outra opção não resta, pois, a não ser restringir o exame ao aspecto da *politics*, ou seja, dos processos de negociação política, com suas disputas políticas e embates entre as forças de poder, capitaneados pelos partidos políticos e seus filiados.

Contudo, antes de verificar a questão da *politics*, e sua possível relação com a neutralidade política, exsurge o descarte da ideia da absoluta separação da Política na atuação do ente independente. Ou seja, é incabível o apoliticismo como cerne da despolitização regulatória.

Assim se entende, porque a opção pelo apoliticismo significaria segregar a Política, em todos os seus aspectos (*polity*, *policy* e *politics*) do exercício regulatório, o que, como visto, não se revela atento às premissas da própria regulação estatal, que busca eficiência e *accuracy* do agir do Estado nas relações entre o grupo social e o poder ao qual esse se vincula.

Destarte, entendendo-se irrazoável o pleno desvincular político no agir regulatório, continua este estudo no exame da alternativa restante, no mister de dimensionar satisfatoriamente o caráter politicamente neutro do regulador, que é a restrição partidária.

Para tanto, regressa-se à questão da *politics*.

Viu-se que a Política igualmente se expressa pelo seu viés instrumental, no qual as ordens material e institucional adquirem personificação, ante o processo de escolha dos governantes. Assim, o que deve ser politicamente feito e como deve ser feito politicamente passam a definir quem deve politicamente fazer.

---

[175] PÓ, Marcos Vinícius, 2009, op. cit., p. 14.

[176] 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.

E, para essa definição, no processo de escolha dos governantes, relevante é o papel dos partidos políticos.

O partido político é elemento indispensável à caracterização daquilo que se conhece como poder político. Enquanto uma das espécies da formação social[177], ele atua como força intermediária à efetivação da Política e da própria Democracia[178], ante a ineficácia da ação pessoal isolada na vida governativa social, que carece do partido político para que possa o indíviduo se expressar e participar da formação da vontade política estatal[179].

Sem olvidar a sua pluridisciplinaridade, o partido político pode ser compreendido 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"[180].

Pelo sucintamente exposto, é inquestionável o valor do partido político para a Política e a própria Democracia, já que:

> É ilusão ou hipocrisia argumentar que a democracia é possível sem os partidos políticos. Pois é bem claro que o indivíduo isolado não pode adquirir qualquer influência real na formação da vontade geral, de modo que não tenha, do ponto de vista político, existência verdadeira. A democracia não pode, portanto, existir mais a sério do que se os indivíduos se agrupem de acordo com seus objetivos e afinidades políticas, ou seja, se entre o indivíduo e o Estado essas formações coletivas são inseridas, cada uma delas representa uma orientação comum a seus membros, um partido político.[181]

---

[177] "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 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" (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, 1998, op. cit., p. 510. Grifos do original).

[178] *Corps intermédiaires,* das falas montesquiana e tocquevilliana.

[179] DANTAS, Ivo, 2013, op. cit.

[180] *Idem, Ibidem*, p. 308.

[181] No original: "*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*." (ENTERRÍA, Eduardo García de. **Democracia, jueces y control de la administración**. 6. ed. Madrid: Editorial Civitas, 2009. p. 90).

Como cediço, para o ápice de sua existência, é objetivo essencial do partido político, quaisquer deles, ascender ao poder e nele se manter. O alvo é o mandato, para cujo alcance estruturará rotina:

> Partidos ou candidatos fazem propostas políticas durante as campanhas e explicam como essas políticas afetariam o bem-estar dos cidadãos; os cidadãos decidem quais dessas propostas querem implementar e quais os políticos competentes para sua implementação, e os governos os implementam. (...) Porque eles antecipam o julgamento dos eleitores, os governos são induzidos a escolher políticas que, em seu julgamento, serão avaliadas positivamente pelos cidadãos no momento da próxima eleição.[182]

Um ponto delicado nessa questão de alcançar um mandato e nele se perpetuar, é que, por força da fragilidade moral humana, aliada a certo malogro institucional na minimização dos efeitos desta, essa natural ambição partidária pode descambar para o uso de duvidosos artifícios. Até porque o poder sinaliza atrativos de muitas ordens, inclusive aqueles plenamente dissociados do móvel público e dos valores democráticos.

Nesse contexto, tem-se instalada a famigerada política ruim, isto é, "àquela 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"[183].

Tal política ruim decorre da luta de partidos[184], já que, ante a comum e benfazeja multiplicidade de *parties,* essa peleja pelo poder pode utilizar armas diversas e, não raro, questionáveis, dentre as quais aqui interessa a manipulação do ente independente no seu exercício regulatório.

Seja através do controle indevido do agir do regulador, seja por força da utilização de tal espaço como indigna compensação partidária, é crível que,

---

[182] No original: "*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. (…) 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*" (PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard (Ed.). **Democracy, accountability and representation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 29).

[183] 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: https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-9-fevereiro-2007-jose-carvalho.pdf. Acesso em: 25 nov. 2017.

[184] *Lucha de partidos* (MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit.).

na luta apontada, os partidos manejem a atuação regulatória na conveniência do poder perseguido por eles, mormente quando nele já instalado.

É, então, que se implanta o sequestro político, ou captura política, do ente regulador independente, tema a ser visto com mais vagar no futuro. Problema severíssimo e justificador da realização desta pesquisa.

Por ora, debruça-se no fato de que a captura política regulatória só se evidencia na partidocracia, isto é, um governo ou estado dos partidos, cujo império e poder se impõem à sociedade, ao Estado e à própria Democracia, estabelecendo deturpadas perspectivas de atuação e serviço partidários, com o surgimento de partidos de massa e a perda paulatina da ideologia.[185]

A correlação entre elas (politização regulatória e partidocracia) se estabelece porque, dentre os vários instrumentos de efetivação do domínio de partidos, a distribuição dos cargos fundada na adesão ao partido é contumaz meio de submeter o Estado e a sociedade aos interesses partidários. E tais cargos podem ser nos entes reguladores independentes, considerando-se que a intervenção regulatória do Estado nos setores social e econômico é de volume. Daí, "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)"[186].

Por isso, nessa disputa de alcance e/ou mantença de sua posição partidocrata, os reguladores independentes são preciosos recursos, visto que as decisões regulatórias, em consequência última, podem produzir simpatia ou repulsa no eleitor e nos setores regulados, notadamente o econômico, fatores relevantíssimos no embate político-eleitoral.[187]

Ora, então é desse aspecto da Política que o exercício regulatório deve ser afastar, sob pena de desvirtuamento. É na *politics* que se esconde uma possível captura política do ente regulador independente. Eis o objeto do aparte colimado.

---

[185] Cf. ENTERRÍA, Eduardo García de, 2009, op. cit.; BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, 1998, op. cit.

[186] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, 1998, op. cit., p. 907.

[187] "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. **O fenômeno da captura nas agências reguladoras**. 2006. p. 6. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19678-19679-1-PB.pdf. Acesso em: 26 nov. 2017).

Tem-se, enfim, evidenciada a real dimensão da neutralidade política regulatória, que se expressa na despartidarização no mister regulatório, neutralizando as questões eleitorais e/ou partidárias eventualmente existentes.

Entrementes, cabe ressalvar que tal raciocínio não conduz à demonização do partidarismo, no qual se combateria fortemente os partidos, negando-lhes o valor ou fazendo apologia ao seu extermínio. Rechaça-se tal postura, inclusive, por força do valor acima demonstrado dos *parties*.

A ideia de contenção partidária no agir regulatório se assenta na desafortunamente inegável constatação factual de que a interação entre *politics* e regulação estatal exige prudente e preventivo aparte, apta a refregar possível mau partidarismo e decorrente captura do regulador.

Se há algo a combater, para a efetivação da independência política do regulador estatal, não é a Política, tampouco os partidos políticos, mas sim a política ruim e a partidocracia, pois são estas as ocasionadoras da malsinada captura política regulatória.

Reafirme-se: em sendo inviável a alternativa do apoliticismo, conforme demonstrado alhures, a neutralidade política do regulador persegue a imunização do agir regulatório contra as ilegítimas e nefastas influências oriundas dos partidos políticos, através de seus membros, enquanto integrantes do Legislativo e/ou do Executivo, mais acentuadamente, para salvaguarda da prática regulatória.

Esse é o alijamento necessário, ante a contemplação da dimensão essencial da despolitização regulatória.

Todavia, como fora pontuado, a identificação do conteúdo essencial da neutralidade política na regulação estatal é apenas um dos pontos exigentes de verificação, para fins de efetividade da independência colimada.

O outro ponto diz respeito aos modos de realização dessa despolitização ora delimitada, que será objeto do item que se avizinha.

3.2 **As estratégias para efetivação da despolitização**

Como afirmado no tópico anterior, a neutralidade política do ente regulador independente é traço da independência regulatória que, conquanto

essencial, tem esbarrado em dificuldades para sua concretização, inclusive em terras brasileiras, como se verá.

Ante a necessidade de preservar o exercício regulatório das influências políticas desconectadas a seu objetivo primaz, levantou-se o debate sobre as incertezas ainda pendentes na temática, as quais se vinculam mais especificamente ao conteúdo real do que seja despolitizar e à forma mais eficiente de realizar tal neutralização política.

No item precedente, acerca da dimensão real da neutralidade política regulatória, o estudo concluiu pela exigência do embaraçamento da manifestação político-partidária no ente regulador, quando tal vontade decorra de *political outcomes* objetivadores de mesquinhas vantagens políticas, fruto da disputa política, partidária e/ou eleitoral, de curto prazo.

Eis, então, o momento de perscrutar o modo de realização da contenção desse mau partidarismo, isto é, a maneira pela qual poderá ser mais bem efetivada a neutralidade política regulatória.

Forçoso realizar tal verificação, pois, em face da independência e tecnicidade que lhe devem tipificar, o desempenho da função regulatória reclama procedimentos racionais e objetivos, o que não se coaduna com uma perversa dependência do poder político, até mesmo para fins de observância da moralidade administrativa e da imparcialidade institucional do Estado, cujo cerne outro não é senão o dos esquadros da Ética.

Assim, ciente de que "a independência das agências as torna menos atreladas ao curso do devir político, em especial as variáveis eleitorais"[188], 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"[189], segue-se, doravante, na trilha do como neutralizar.

Se a independência política na regulação estatal se consubstancia no alijamento da luta de partidos no exercício regulatório, a efetivação dela imprescinde de robustos e eficazes meios e instrumentos de concreção, a fim de não resvalar para a inocuidade teórica, em razão de sua não implementação ou por fragilidade na instauração, ante as burlas.

---

[188] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2000, op. cit., p. 87-88.
[189] *Idem, Ibidem*, p. 87.

Desse raciocínio emergem dois pontos cruciais para tal verificação, a saber, objetividade e eficiência na despolitização regulatória.

No tocante à objetividade, a concretização da independência política regulatória não pode se situar no campo da Ética individual do potencial maculador, pois o subjetivismo torna tal seara assaz imperscrustável e de pouca eficiência na contenção dos descalabros comportamentais no palco público, ante a fragilidade moral humana.

Não é enfadonho recordar que a atuação estatal, em qualquer jaez, de qualquer nível, deve resguardar em si mesma o império da moralidade, para muito além dos valores éticos que cada agente do Estado possa acalentar intimamente, de *per si*.

Desta feita, urge existirem mecanismos concretos e objetivos para implementação da neutralidade política do regulador, notadamente os que possam minimizar a ocorrência da contaminação política indevida, ou seja, que tenham ação preventiva ao dano na regulação estatal.

Já em relação à eficiência, revela-se incipiente a crença de que a determinação de medidas combativas à politização regulatória, ainda que objetivamente definidas, sejam capazes de, por si só, salvaguardar a independência, sob pena de desempenho insatisfatório.

De fato, a neutralização política do regulador clama por meios consistentes de existência, aplicabilidade, controle e fiscalização, tudo isso almejando dissipar as sinuosas, aliciantes e impalpáveis brumas da subjugação regulatória, as quais se originam no incontrolável espaço da política ruim, sede das nefastas ações a serem combatidas.

Por tudo isso, delineam-se rapidamente os motivos para a árdua tarefa de incrementar o atual estado da arte da neutralidade política do ente regulador independente, de forma a promover a satisfação do agir regulatório, o qual ainda se encontra envolto nos queixumes sociais e doutrinários advindos de lamentável malogro factual.

O patamar a que se quer (e deve) chegar, em termos de despolitização regulatória, é de uma articulação saudável entre o ente regulador e o poder político que lhe é naturalmente rodeante, para que o ator

da regulação estatal possa ser “um instrumento de política governamental, e não um instrumento de política de um governo”[190].

Entrementes, antecedendo à verificação dos ditos critérios objetivos, concretos e eficazes de despolitização regulatória, julga-se que o êxito desse intento, o da efetivação da neutralidade política na regulação estatal, depende da verificação de algumas questões, dentre as quais se destacam para o presente estudo o âmbito da politização regulatória e o controle do exercício regulatório, temáticas a serem vistas na sequência.

Em primeiro lugar, inusitada (quiçá, esdrúxula) pode parecer a abordagem acerca do âmbito da politização regulatória, questão, no mais das vezes, considerada irrelevante ou nem mesmo cogitada. Porém, os fatos revelam seu valor, afastando a aparente desnecessariedade.

Se é preciso obstacular a indevida manifestação política no regulador independente, revela-se fundamental saber onde tal influência poderá se apresentar. De forma simplória, para enfrentar o perigo, necessário é saber de onde ele vem.

A malfazeja interferência política no agir regulatório pode se originar de fonte externa e estranha ao âmbito do regulador, mas igualmente pode derivar do universo interno e íntimo do ente independente, podendo, inclusive, haver a conjunção de ambas situações, como a prática demonstra.

Noutras palavras, como mácula à regulação estatal, advinda da luta de partidos, a politização indesejada pode emanar de fora do regulador e/ou pode provir de dentro do regulador.

Assim se passa, tendo em vista que o intento político maculador da regulação pode se manifestar em indistintas e coexistentes situações, como, por exemplo, na fixação das políticas públicas, na formação do regulador independente e na elaboração e/ou execução da política regulatória.

Não se crê merecedora de revisitação a questão relativa à interveniência política de origem externa, ante o que já fora exposto sobre a partidocracia suas ações. Porém, o mesmo não se pode afirmar quanto à contaminação política advinda do âmbito interno do regulador.

A despeito das mais variadas formas de indicação e composição assumidas mundo afora, é cediço que o ente regulador independente, seja

[190] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2000, op. cit., p. 87.

unipessoal, seja colegiado, estrutura-se em pessoas físicas escolhidas pelo poder político, além das variações de nomeações originárias dos quadros funcionais da administração pública e da representação da sociedade civil e dos setores regulados.[191]

Justamente por força desse recrutamento e nomeação, a necessidade de agraciamento do dirigente por quem o indicou pode se fazer exacerbadamente presente, quer pela dolosa troca de favores pessoais ou ideológicos, quer mesmo de forma inconsciente e distanciada de qualquer destinação corruptiva, mas no intento de retribuir a benesse recebida.

Portanto, essa indicação política pode gerar indevida vinculação entre membro do regulador e poder nomeante, a causar uma posterior subserviência daquele a seu benfeitor político, corrompendo as futuras decisões regulatórias, pois a função regulatória é neutra e "não há um objeto político a perseguir"[192].

É por isso que, na análise de uma estrutura concreta e objetiva de neutralização política na regulação estatal, deve ser cogitada que a contaminação também pode defluir do ambiente íntimo do próprio regulador, através de seus membros e componentes, não se restringindo à politização externamente influenciadora do mister regulatório.

Na sequência, superada a análise do espaço de ocorrência da politização regulatória, verifica-se a outra questão considerada preambular ao estudo das estratégias para efetivação da despolitização, que é o controle do regulador estatal, para fins de prevenção da luta de partidos no agir regulatório.

Sabe-se que o regulador independente deve obediência aos critérios técnicos e jurídicos que o fundamenta, em atenção à própria finalidade existencial, além de igualmente estar submetido às balizas legais que caracterizam a engenharia estatal, da qual faz parte.[193]

Em sendo assim, o exercício regulatório está submetido a controles.

Nada despiciendo é lembrar que o fato de ser independente não torna o ente regulador imune contra fiscalização e controle. Afinal, a lógica da

---

[191] MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit.

[192] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2003, op. cit., p. 160.

[193] "É claro que o controle sobre a atividade administrativa é algo imprescindível e inevitável, inclusive aquele de natureza burocrática, uma vez que necessitamos de instrumentos eficazes para inibir condutas arbitrárias, ímprobas e ilegais, assim como para fiscalizar as ações do gestor do interesse coletivo" (GUIMARÃES, Fernando Vernalha, 2016, op. cit., p. 1).

equidistância entre ente regulador, Poder Público, regulados e demais atores sociais não se contrapõe à noção essencial e inafastável de responsabilização, pois “a idéia de que todas as competências integrantes da atividade regulatória devem ser submetidas a algum mecanismo de controle, a exemplo do que ocorre com a atuação estatal em geral, é puro bom senso”[194], ainda que sejam observadas as especificidades de que se reveste tal controle, em face da peculiaridade do ator da regulação.

É por isso que os entes independentes se submetem a sistemas de controle específico, em respeito à complexidade típica do regulador, sistemas esses de controle primário e secundário, os quais não se excluem.

No tocante ao controle primário, refere-se àquele que é desenvolvido no âmbito interno do ente regulador, e que não pode ser confundido com um controle hierárquico a ser exercido sobre o regulador pelo Poder Executivo.

Aqui, nesse controle interno, tem-se a noção de que as próprias formação e organização do ente regulador devem ser efetivadas para garantir a independência, para equilibrar os interesses e opiniões dos que lhe integram.

Para tanto, com vistas a promover uma estrutura interna democrática, tende-se a um modelo colegiado ou *multi-member agency*, de composição plúrima, incorporando representantes e técnicos das mais distintas áreas reguladas, a se compensarem, ao invés da adoção do modelo *single-headed agency* ou órgão monocrático.[195]

Já no controle secundário ou externo, tem-se aquele que é desenvolvido por outros entes e instituições que não o próprio ente regulador, notadamente realizando um controle *a posteriori*.

Contam-se aqui o de natureza política (promovido pelos Poderes Executivo e Legislativo, direta ou indiretamente realizado, como, por exemplo, *ombusdman*, outros entes reguladores – o controle regulatório cruzado – e Tribunal de Contas); o jurisdicional (exercido pelo Poder Judiciário); e o social (decorrente da sociedade civil organizada, seja na forma participativa direta, seja mediante pressão popular).[196]

---

[194] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit., p. 111. Mantida a grafia original.
[195] MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit.
[196] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit.

Independentemente do sistema em si, é por meio do controle regulatório que se pode minimizar a ocorrência da indevida partidarização no âmbito do regulador, já que, equilibrando, controlando e fiscalizando o exercício regulatório, as decisões tendem a se manter atreladas à finalidade que essencializa a regulação estatal.[197]

Em suma, considerando a presença incisiva do ideário da regulação nos palcos estatais mais variados e distintos hodiernamente, com aplicabilidade nas mais amplas e importantes áreas, não se pode olvidar que, "quanto mais importante seja a regulação, mais provável será sua captura. E o controle da regulação há de compensar esta probabilidade"[198-199].

Verificadas as questões concernentes ao espaço de incidência da maculação política no agir do regulador estatal e ao controle das ações regulatórias, tidas como fundamentais ao estudo em foco, crer-se, enfim, oportuna a investigação das estratégias para efetivação da contenção do mau partidarismo na regulação estatal.

Para tanto, reafirme-se sem medo de enfado, a concreção da independência política do regulador deve considerar dois pontos cruciais, que são a nocividade da politização regulatória e a ênfase na prevenção das ações motivadas pelo mau partidarismo.

Quanto à perniciosidade da dependência política na regulação, é de se considerar o palco em que se apresenta essa falha da regulação:

> 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

---

[197] Atualmente, tem sido debatida a chamada racionalidade do controle administrativo, com vistas a um equilíbrio no contexto da funcionalidade da atividade administrativa, ante as proclamadas externalidades negativas (custos) do controle, tema esse que extrapola os limites e pretensões do presente estudo, motivo pelo qual o aprofundamento do debate pode ser realizado em MASHAW, Jerry L., 2004, op. cit.

[198] No original: "*Cuanto más importante sea la regulación, más probable será su captura. El control de la regulación ha de compensar esta probabilidad*." (GUINARD-HERNÁNDEZ, David. La 'regulación económica' como instrumento de dirección estatal de la economia. **Revista Digital de Derecho Administrativo**, Bogotá, n. 18, p. 217, nota 84, jul./dez. 2017).

[199] Como será visto oportunamente, a captura, e mais particularmente a de ordem política, é a consequência da falta de despolitização na regulação estatal.

> ao partido, estendem a sua influência e têm poder mediático que o político agradece.[200]

E, pertinentemente à relevância das medidas preventivas, é de alvitre recordar que "a perspectiva de prevenir ou limitar a captura se torna uma possibilidade distinta e cria uma nova e fascinante fronteira na pesquisa científica social"[201].

Diante disso, percebe-se a titânica empreitada que é tornar objetiva, concreta e eficiente a independência política do ente regulador estatal. Nada obstante isso, é de urgência proceder tal investigação.

Na multiplicidade de Estados reguladores existentes mundo afora, muito já se experienciou a prevenção da ocorrência da politização regulatória, bem como de outras formas de mácula ao exercício regulatório, experiências essas cujos tipos e êxito variam ao infinito.[202]

Enfeixando tais estratégias, colacionam-se as seis propostas que seguem[203], ressaltando que a ordem de apresentação delas se funda na aleatoriedade, por se considerar que o sucesso da tentativa de inibição da dependência política do regulador advém da atuação concomitante de tais medidas, ainda que não se exija a reunião integral delas.

Em primeiro plano, tem-se a questão da existência de múltiplos reguladores numa mesma área de atuação.

A ideia de uma concorrência entre os reguladores independentes se justificaria, não pela competição entre eles, mas sim pelo compartilhamento da responsabilidade de regulação de determinados setores, de modo a dividirem entre si a realização das respectivas políticas regulatórias.

Ora, pressupõe-se que a multiplicidade de reguladores reduziria a politização combatida, já que o êxito da partidarização nesse cenário plúrimo reclamaria mais esforço e coordenação para sua ocorrência, razão pela qual se

---

[200] ORTIZ, Gaspar Ariño, 2005, op. cit., p. 10. Grifos do original. Mantida a grafia original.

[201] No original: "...*the prospect of* preventing *or* limiting *capture becomes a distinct possibility and creates an exciting new frontier in social scientific research"* (MOSS, David A.; CARPENTER, Daniel. Conclusion. A focus on evidence and prevention. *In*: MOSS, David A.; CARPENTER, Daniel. (Ed.). **Preventing regulatory capture**. Special interest influence and how to limit it. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 452. Grifos do original).

[202] "Muitos órgãos reguladores desenvolveram sistemas imunitários surpreendentemente fortes, aparentemente capazes de manter as piores formas de captura à distância". No original: "*Many regulatory bodies have developed surprisingly strong immune systems, apparently capable of keeping the worst forms of capture at bay*" (*Idem*, *ibidem*, p. 452).

[203] Com fulcro acentuado em Moss e Carpenter e sua obra referenciada acima (nota 197).

verifica que “a separação dos reguladores pode ser uma resposta organizacional ótima à ameaça de captura”[204].

Assim sendo, otimizando a disposição de responsabilidades, compartilhando informações relevantes, restringindo a atuação dos entes reguladores de uma mesma área para que não colidam entre si no mister respectivo, torna-se mais fácil a prevenção da politização regulatória.

Entrementes, faz-se necessária atenção para que, nessa repartição de responsabilidade, não se produza ambiguidade informacional e vácuo de competência regulatória, situações que propiciariam a ocorrência de malogro no exercício regulatório, por ineficiência.[205]

Em segundo lugar, cumpre observar a fixação de procedimento administrativo incidente sobre o exercício regulatório.

A implantação de procedimentos administrativos assegura que a tomada de decisão pelo regulador não seja amparada em critérios subjetivos, imprecisos, contaminados e distintos dos naturalmente esperados no agir regulatório, já que tal mecanismo impõe “requisitos procedimentais [que] afetam o ambiente institucional em que as agências tomam decisões e, assim, limitam a gama de ações políticas de uma agência”[206].

Sendo assim, a existência de *administrative procedures*, com seus comandos e restrições legais no agir regulatório, como se passa com o célebre *Administrative Procedural Act* (*APA*)[207], revela-se um poderoso instrumento de prevenção à dependência política do regulador, por induzir ao *compliance*.

Demais disso, tal recurso conjuga várias nuances e efeitos em si mesmo, todos benéficos ao debate de eficiência da regulação estatal, tais

---

[204] No original: “*The separation of regulators may be an optimal organizational response to the threat of capture*” (LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. Separation of regulators against collusive behavior. **The RAND Journal of Economics**, v. 30, n. 2, Summer 1999. p. 257. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/2556079?seq=26#page_scan_tab_contents. Acesso em: 26 jan. 2018).

[205] MOSS, David A.; CARPENTER, Daniel, 2014, op. cit.

[206] No original: “*Procedural requirements [that] affect the institutional environment in which agencies make decisions and thereby limit an agency's range of feasible policy actions*.” (MCCUBBINS, Mathew D.; NOLL, Roger G.; WEINGAST, Barry R. Administrative procedures as instruments of political control. **Journal of Law, Economics, & Organization**, v. 3, n. 2, Autumn 1987. p. 244. Disponível em: http://mccubbins.us/mccubbins_files/AdministrativeProceduresInstrumentsPoliticalControl.pdf. Acesso em: 26 jan. 2018. Acréscimos nossos).

[207] *Administrative Procedural Act* (*APA*), de origem estadunidense, é a lei geral de procedimento administrativo, criada para a órbita federal, em 1946, com regras de direito material e de âmbito procedimental. Acerca do tema, ver WARREN, Kenneth F., 1997, op. cit.

como forma externa de controle regulatório[208], salvaguarda da autonomia regulatória[209], legitimação sociodemocrática da ação dos reguladores[210], etc[211].

A terceira estratégia a ser observada é a atuação da mídia.

Dentre os grupos sociais aptos a monitar o desempenho e ações do ente regulador, a mídia se reveste de atuação diferenciada, pelo que seu papel exige uma análise mais específica.

Media coverage and journalistic scrutiny têm sido considerados importantes instrumentos de combate à contaminação política do regulador estatal, tanto na atuação preventiva, como também na repercursão *a posteriori*, em razão do noticiamento dos fatos e da análise jornalística que propõe sobre os fundamentos e consequências do agir regulatório.

É indiscutível que, "ao informar os eleitores, a mídia ajuda a tornar os representantes eleitos mais sensíveis aos interesses dos eleitores e menos propensos a serem capturados por interesses especiais"[212], minimizando ou contendo o intento maculatório, até porque se restringe o espaço para manobra partidária indevida no âmbito do regulador, por força da divulgação midiática.

Não se trata, por óbvio, de chancelar poder supremo ou convicção de verdade absoluta à cobertura da mídia, mas de se considerar relevante para a informação social e o debate público a divulgação dos fatos, ainda que existentes os interesses particulares do próprio setor.

---

208. "Embora seja verdade que a criação de regras de aviso/comentário sobre regulação permite aos grupos de interesse regulamentados e ao Congresso monitorar as agências mais facilmente, o processo dela também permite que outros tipos de grupos se mantenham atualizados sobre a ação da agência". No original: "*While it is true that notice-and-comment rulemaking enables regulated interest groups and congress to monitor agencies more easily, the rulemaking process also allows other types of groups to keep abreast of agency action more easily as well"*. (MOSS, David A.; CARPENTER, Daniel, 2014, op. cit., p. 460).

209 "...o procedimento administrativo efetivamente dá aos reguladores maior autonomia em face dos legisladores...". No original: "...*administrative procedure effectively gives regulators greater autonomy from legislators*..." (*idem*, *ibidem*, p. 460).

210 "...os procedimentos podem ser usados para considerar importantes os eleitores nos processos de tomada de decisão da agência, garantindo assim que as agências respondam aos interesses daqueles." No original: "...*procedures can be used to enfranchise important constituents in agency decisionmaking processes, thereby assuring that agencies are responsive to theirs interests*" (MCCUBBINS, Mathew D.; NOLL, Roger G.; WEINGAST, Barry R., 1987, op. cit., p. 244).

211 Por exemplo: os requisitos para indicação dos membros do regulador e as causas de incompatibilidade desses futuros integrantes para o exercício regulatório normalmente constam nesses *administrative procedures* (MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit.).

212 No original: "*By informing voters, media help make elected representatives more sensitive to the interests of theirs constituencies and less prone to being captured by special interests*" (MOSS, David A.; CARPENTER, Daniel, 2014, op. cit., p. 461).

Desta feita, por interferir no comportamento dos entes reguladores, quando da tomada de decisões, em razão das divulgação e cobertura dos acontecimentos, a mídia é um instrumento para neutralidade política.

Na sequência, conta-se com o incremento da atuação da sociedade.

Ainda na trilha do monitoramento regulatório de ordem extraestatal, fortalecer a participação social é de incomensurável valor para o bom desempenho da regulação, como para toda e qualquer atuação de natureza estatal, mas que exige transparência em todo o processo regulatório.

A questão do protagonismo da sociedade transcende para muito além do debate da legimitação democrática da regulação, pois, com a participação efetiva da população na construção das ações regulatórias, mais árduo se revela o trabalho dos maculadores da neutralidade política do regulador, em face da presença consciente do indivíduo/cidadão/consumidor em todo o processo de tomada de decisões.

Reforça-se a ideia de participação efetiva e consciente do cidadão, pois insuficiente é existir instrumentos de manifestação social (*v.g.*, audiências e consultas públicas), se o indivíduo não se identifica como ator do processo como um todo. Para tanto, a percepção de atuação no espaço público de discussão reclama o incentivo e estímulo à coletividade e ao indíviduo, para que assumam essa postura social ativa e constitucionalmente esperada.

Enfim, o controle social dos processos regulatórios decorreria do *consumer empowerment*, através de entidades governamentais ou grupos independentes (as chamadas entidades da sociedade civil organizada), cujo foco seria a qualidade das decisões regulatórias, para promoção do equilíbrio entre os diversos interesses envolvidos.[213]

Uma quinta proposta a ser efetivada é a composição plúrima, democrática e diversa do ente regulador.

Reconhecendo que a neutralização política também perpassa pela atuação dos membros integrantes e dirigentes do ente regulador, já que a mácula politizadora pode advir do ambiente interno do regulador, medida útil é tornar a escolha de tais membros uma forma de autofiscalização, já que os

[213] MOSS, David A.; CARPENTER, Daniel, 2014, op. cit.

desempenhantes de função regulatória são, no mais das vezes, originários das indicações dos partidos políticos vinculados ao Governo[214].

A partir dessa premissa, para a estruturação do ente regulador e o recrutamento de seus futuros integrantes, recomendável é a adoção do modelo colegiado, no qual se prioriza a administração coletiva e a tomada de decisão regulatória se fundamenta na vontade majoritária dos membros do regulador.

Outrossim, também é aspecto de valor a diversidade de fonte na indicação de tais membros, com a indicação dos integrantes do ente independente decorrendo de variadas origens, e não apenas centralizada em única fonte de nomeação.

Ambas questões (modelo colegiado e diversidade de fonte de indicação) serão mais bem explicitadas adiante e oportunamente.

Desse modo, resguardadas as condições de tecnicidade dos futuros dirigentes, aliado ao contributo advindo da presença de membros oriundos do quadro efetivo daquele ente independente,[215] mitiga-se a politização regulatória, através de instrumentos de freios e contrapesos internos.

E, por fim, consigna-se a revisão externa das decisões regulatórias.

Como controle *a posteriori*, a possibilidade de revisão das decisões regulatórias pelos Poderes Judicário e Executivo é debatível, já que reconhecidamente "esse mecanismo está longe de ser perfeito"[216]

Conquanto falha, já que, por exemplo, "ele só é iniciado depois que a regulação está em vigor, e porque uma parte legitimada tem que tomar a iniciativa antes de qualquer revisão pode ocorrer"[217], tal estratégia pode auxiliar na despolitização regulatória.

No caso da revisão judicial, a possibilidade de questionamento por quem quer que se sinta prejudicado, ou com fulcro na suspeita fundada de

---

[214] E, não raro, fundamentada em razões de conveniência e apadrinhamento político-partidários (MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit.).

[215] "... 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." (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit., p. 62-63).

[216] No original: ..."*this mechanism is far from perfect*" (MOSS, David A.; CARPENTER, Daniel, 2014, op. cit., p. 463).

[217] No original: "...*it only kicks in after a regulation is in place, and because a party with standing has to take the initiative before any review can occur*" (*idem, ibidem*, p. 463).

politização, tem por ponto de análise o fundamento causal, racional e jurídico-legal de uma determinada ação regulatória.

Pertinentemente à revisão pelo Poder Executivo, mecanismo mais nevrálgico e controverso, já que pode ser a autorização expressa para a futura captura a ser combatida, tal medida se fundaria na análise de custo-benefício da decisão regulatória, considerando as vantagens e desvantagens oriundas da multiplicidade dos efeitos regulatórios, quer concretos, quer estimados, ante os padrões pré-estabelecidos de transparência, impacto e técnica.[218]

Viu-se, assim, o rol das medidas efetivadoras da despartidarização no mister regulatório, as quais não excluem outras alternativas doutrinariamente cogitadas, como é o caso da desregulação[219].

Entretanto, ao cabo disso tudo, há de se refletir sobre algo.

Não obstante a apresentação dessas estratégias, a prática tem evidenciado que o sucesso das medidas de neutralização política na regulação estatal reclama, não apenas a conjunção de tais propostas, como fora pontuado anteriormente, mas também a adequação de tais instrumentos à realidade de cada Estado regulador, observando seus matizes sociológicos, políticos, jurídicos, institucionais, etc.

Sem essa atenta verificação, por exemplo, improvável será a eficiência do controle social numa sociedade onde impere a inexpressiva

---

[218] "No que diz respeito à revisão retrospectiva, considere a sugestão de que o 'único maior problema com o sistema atual é que a maioria dos regulamentos estão sujeitos a uma análise de custo-benefício apenas antes da sua implementação. Este é o ponto em que o menos é conhecido e qualquer análise deve descansar em muitos pressupostos não verificáveis e potencialmente controversos'. Nesta visão, é importante considerar uma série de reformas destinadas a 'incutir uma cultura de experimentação e avaliação'". No original: "*With respect to retrospective review, consider the suggestion that the 'single greatest problem with the current system is that most regulations are subject to a cost-benefit analysis only in advance of their implementation. This is the point when the least is known and any analysis must rest on many unverifiable and potentially controversial assumptions.' On this view, it is important to consider a series of reforms designed to 'instill a culture of experimentation and evaluation'*" (SUNSTEIN, Cass R. Empirically Informed Regulation. **The University of Chicago Law Review**, v. 78, 2011, issue 4, p. 1364. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5551&context=uclrev. Acesso em: 3 fev. 2018. Grifos do original).

[219] Fala-se que a *deregulation*, ou mesmo *lack of regulation*, seria o melhor antídoto para problemas como a contamização política do regulador. Todavia, ainda que possa ser considerada como uma opção (não a única!) na lógica preventiva da politização, focar na desregulação é correr o risco do mal conhecido como, entre os anglo-saxônicos, *"to throw the baby out with the bathwater"* (MOSS, David A.; CARPENTER, Daniel, 2014, op. cit.) ou, entre nós, "cortar o braço para curar o dedo". Na verdade, abolir regulação tem custo mais elevado do que a ocorrência da contaminação partidarista, pelo que é mais vantajoso empreender esforços na prevenção e combate a tal mazela regulatória do que desregular.

participação popular. Ou, ainda, debalde a revisão judicial e/ou executiva, ante a fragilidade institucional/constitucional que impregna aquele Estado regulador. Ou igualmente inócuo será o monitoramento jornalístico se promiscuamente atrelada estiver a mídia aos interesses dos partidos em luta.

Eis o motivo, como sabido, do sucesso de certas medidas numa plaga e o fracasso delas mesmas noutro sítio.

E, considerando isso, cabe indagar: qual é o conjunto de satisfatória e eficiente aplicabilidade no Brasil? É possível erigir entre nós um arranjo estratégico de contenção da politização regulatória?

Sabendo-se o que despolitizar na ação regulatória e conhecendo algumas medidas de certo êxito nas suas transnacionais utilizações, isto é, identificando-se o que e como neutralizar politicamente o ente regulador independente, é possível construir uma moldura jurídica efetiva de despartidarização regulatória no Brasil?

Tal intento só se tornará viável, ante o exame do real panorama que caracteriza o Estado regulador doméstico, o que exige a investigação do seu desenho institucional[220] e do arranjo de seu instrumental[221], tudo no propósito de revelar o atual estado da arte da neutralidade política regulatória brasileira.

Portanto, é à análise da despolitização do ente regulador brasileiro que se dedicará o item seguinte, no encerramento deste capítulo.

3.3 **Os contornos da neutralidade política no regulador pátrio**

Chegado é o momento de esquadrinhar o arranjo da despolitização do ente regulador brasileiro, estudo através do qual se tenciona identificar o nível de efetivação ou de comprometimento da independência política do instrumental regulatório doméstico.

Ora, já se sabe que o ator da regulação, para se manter politicamente neutro, deve ser preservado da:

> Pressão partidária ou de interesses particulares, sem os quais mesmo as pessoas muito experientes teriam que lidar com

[220] Temática que fora objeto de estudo no item 2.2.
[221] Sobre o que se debruçou no item 2.4.

> imposições ou vetos não relacionados aos interesses a serem protegidos, ou mesmo em conflito com eles.[222]

E, nesse esteio, igualmente é cediço que tal blindagem do instrumental da regulação se refere especificamente à *bad politics* ou ao mau partidarismo, por esse ser o aspecto da Política maculador da racionalidade e eficiência regulatórias.

Demais disso, para a concreção dessa imunização regulatória contra a partidocracia indesejada, algumas estratégias e mecanismos são elencados doutrinariamente e vivenciados nos diversos Estados reguladores, objetivando minimizar e/ou prevenir a ocorrência da politização no regulador estatal.

Agora, como dito acima, eis a etapa de confrontar tais conceitos e instrumentos com o cenário brasileiro da regulação estatal.

Noutras palavras, imperioso verificar o atual estado da arte da neutralidade política do ente regulador estatal brasileiro.

A expressão 'estado da arte', e suas variantes[223], que deflui da tradução da locução inglesa *state of the art*, tem sido bastante referenciada nos meios acadêmicos pátrios, a despeito da existência de certa controvérsia na sua utilização e natureza.

De modo geral, compreende-se por estado da arte o mais elevado nível de desenvolvimento teórico-conceitual alcançado por algum tema, situação, figura ou instituição, no âmbito da técnica ou de área científica.

Esse estado da arte significa a excelência que, em dado momento, o objeto da verificação adquiriu ou desenvolveu, observando-se tal progresso de forma ampla ou geograficamente definida, mas que não representa necessariamente o estágio último de perfeição a ser atingido.

A partir do seu estudo, tem-se o mapeamento do objeto de reflexão, com seus pontos fortes e fragilidades e também a sistematização de suas temáticas e abordagens, além da identificação dos *gaps* ainda existentes.[224]

---

[222] No original: "*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*." (LA SPINA, Antonio. **Lo Stato Regolatore.** p. 194. Disponível em: http://docplayer.it/71021935-Lo-stato-regolatore-di-antonio-la-spina-stato-regolatore-stato-gestore-stato-sociale-welfare-state-stato-minimo.html. Acesso em: 4 fev. 2018).

[223] Estado-da-arte, estado do conhecimento, estado de evolução e estado da técnica, etc.

[224] ROSSETTO, Gislaine A. R. da Silva et al. Desafios dos estudos "estado da arte": estratégias de pesquisa na pós-graduação. **Educação**: Saberes e Práticas, v. 2, n. 1, 2013, p. 1-15.

Revela-se, aí, a sua utilidade, pois, com a realização de tal levantamento, é possível estimular a evolução do que se estuda, já que, ante o conjunto de informações e resultados até o momento obtido, ventilam-se as "possibilidades de integração de diferentes perspectivas, aparentemente autônomas, a identificação de duplicações ou contradições, e a determinação de lacunas e vieses".[225]

Através da investigação do estado da arte de algo, busca-se não apenas conhecer ou documentar esse algo a ser estudado, mas também implementar seu contínuo desenvolvimento, aprofundando seus alicerces teóricos e burilando suas aplicações práticas.

Esse é o intento desta pesquisa, mesmo que a contribuição dela decorrente seja reconhecidamente tímida e careça, por sua própria razão de ser, de revisitações e amadurecimento futuros.

Desta feita, segue-se, doravante, na averiguação do atual estado da arte da despolitização regulatória no Brasil.

No tocante a sua independência política, o regulador nacional se reveste de garantias, tanto de ordem orgânica, como as de jaez administrativo, sendo que, a partir delas, decorrem as suas características tipificadoras.

Referentemente à independência orgânica, tem-se uma noção limitadora da vinculação do regulador ao poder central, já que esse balizaria aquele, a partir das "metas, objetivos e princípios constantes das políticas públicas"[226], e nada mais que isso.

E, para tanto, revelam-se indispensáveis a estabilidade dos dirigentes e a ausência de controle hierárquico.

A estabilidade dos dirigentes tem a proposta de alijar do contexto decisional de tais membros o receio ou a ameaça de interrupção indevida e retaliatória dos respectivos mandatos, de sorte que a tomada de decisão possa expressar a melhor técnica para a concreção das macro-políticas estatais.

Em razão disto, tal estabilidade se corporifica entre nós mediante:

Disponível em: http://www.icesp.br/revistas-eletronicas/index.php/SaberesPratica/article/view/54. Acesso em: 4 fev. 2018.

[225] SOARES, Magda Becker; MACIEL, Francisca (Org.) **Alfabetização**. Brasília, DF: MEC/Inep/Comped, 2000. p. 9. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me000084.pdf. Acesso em: 4 fev. 2018.

[226] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit, p. 73.

(a) A forma de escolha e nomeação dos diretores (escolha e nomeação pelo Presidente da República, após aprovação por sabatina do Senado Federal);

(b) A garantia de mandato fixo (com prazo certo e descoincidente entre eles, os dirigentes, e em relação ao chefe do Executivo);

(c) A impossibilidade de afastamento desmotivado (perda do mandato antes do prazo só por cometimento de falta funcional comprovada por processo administrativo disciplinar ou de condenação judicial definitiva);

(d) O regime de incompatibilidades e quarentena pós-mandato (para impedir o fenômeno do *revolving door* ou assimetria de informações, etc).[227]

De outro lado, a questão do controle hierárquico[228] é enfrentada no ambiente doméstico de modo particularizado e diverso do já exposto elenco das estratégias de combate à politização regulatória.

Aqui entre nós se fez a opção pela sua ausência, que seria através do chamado recurso hierárquico, o que se fundamenta no impedimento de anulação, revisão e revogação dos atos regulatórios pelo poder político, objetivando minimizar a interferência política nas decisões do regulador que contrariem os objetivos perseguidos pela política ruim.

Não obstante isso, tem-se a presença do contrato de gestão e de desempenho, havido entre a AR, especificamente, e seu ministério supervisor, a versar sobre a administração daquele ente regulador, mas que pode impactar no conteúdo das decisões regulatórias a serem tomadas, razão pela qual há ferrenha resistência a tal figura.[229]

Doutra banda, a independência administrativa ou funcional se apresenta como a instrumentalização do ser independente, isto é, a existência

---

[227] CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

[228] Diverge a doutrina pátria se a inexistência de ingerência hierárquica do poder político no regulador se situa no campo da organicidade ou da funcionalidade da independência regulatória, optando-se aqui pela posição de Marques Neto.

[229] "Por isso, insistimos, é incompatível com a moderna regulação estatal qualquer mecanismo de controle hierárquico a ser exercido sobre as agências pelo Executivo. Da mesma forma, nos parece que o exercício do controle da atividade regulatória pelo Executivo não pode ser feito através dos famigerados contratos de gestão. Parece descabido tanto tratar o descumprimento de metas para a regulação estatal como um ilícito contratual, como pretender que as agências travem com o núcleo central do Estado uma relação mediada por contrato, e não por meio de lei e dos marcos de políticas públicas legalmente previstos." (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit, p. 125).

de recursos e meios para que a atuação regulatória possa ser independente de fato e na prática, tudo com vistas ao cumprimento de seu mister essencial.

E tais instrumentos se revelam através da autonomia de gestão financeira do órgão e da liberdade de organização dos serviços.

A autonomia de gestão financeira do regulador preza pela capacidade de organizar e gerir o respectivo plano orçamentário, bem como pela garantia de dotação orçamentária geral e outras provisões financeiras, inclusive mediante as debatidas fontes próprias de arrecadação de recursos (tais como taxas de fiscalização e multas, entre outros), ressalvando-se a integral submissão à legislação específica.

No cenário nacional, tal autonomia se fundamenta primazmente na lei geral das agências reguladoras e na legislação orçamentária em vigor.

Já a liberdade de organização dos serviços se relaciona à distribuição interna de competências e atribuições para o cumprimento do mister regulatório para o respectivo setor.

Novamente, é com base nas diretrizes estabelecidas pela lei geral que o regulador brasileiro goza da prerrogativa de "organizar-se funcionalmente, como também de distribuir-se regionalmente"[230] para o melhor cumprimento do seu mister.

Sem os caracteres acima pontuados, não há que se falar em neutralidade política do regulador nacional, o que lhe fere a independência fundamental, como também a própria lógica de eficiência administrativa que se almeja na atuação estatal, ainda que de perspectiva descentralizada, como se passa com os entes reguladores.

Acrescente-se a isso a vantagem da estabilidade jurídico-econômica na sociedade e em suas variadas relações, advinda da confiança fomentada e desenvolvida nos regulados, ante o fortalecimento do agir regulatório como essencialmente projetado.[231]

Ocorre que, como já assinalado, a despolitização só se efetiva, de forma cabal, e não puramente teórica, quando o ente regulador se mostra apto a opor resistência às pressões políticas sobre ele incidentes, mantendo-se

[230] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit., p. 78.
[231] CUÉLLAR, Leila, 2008, op. cit.

atrelado à finalidade de atendimento das questões de Estado e não da partidocracia. Só assim pode ser vivenciada a neutralidade política regulatória.

Conter a interferência política indevida, promotora da conversão do ente regulador em mera *longa manus* do poder político, é compromisso com o êxito da atividade regulatória em si mesma, e não mera vaidade acadêmica de teóricos defensores do ideário em estudo.

Nesse sentir, relevante é cotejar a atual estrutura despolitizadora da regulação brasileira com as já visitadas formas de controle do regulador estatal e estratégias de efetivação da neutralidade política regulatória.

De logo, cabe frisar que a questão do controle do regulador é temática polêmica entre nós, tendo em vista a alegação de sua inexistência. Entrementes, bem peculiar, nada simplista e bem articulado é o sistema de controle que se exerce sobre as ações dos entes reguladores, apesar das falhas de fato existentes.

A atividade regulatória brasileira sofre natural controle de âmbito primário/interno e secundário/externo.

No caso do controle primário ou interno, o regulador brasileiro tem se estruturado no formato colegiado, a descentralizar a tomada de decisões, em face da presença da pluralidade de dirigentes, mesmo existindo o diretor-presidente, sendo que toda a composição é da lavra indicativa do chefe do Executivo respectivo.[232]

Tal situação desfavorece a contenção íntima de dissensões maculadoras do intento regulatório, o que poderia acontecer pelo confronto de

[232] De forma exemplificativa, e representando, *mutatis mutandi*, as demais AR's federais, tem-se o caso da ANATEL: "Órgão máximo da Anatel, o Conselho Diretor é integrado por cinco conselheiros escolhidos e nomeados pelo presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal. Seus membros são brasileiros de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade. Os conselheiros têm mandato de cinco anos, com vencimento seqüencial, a fim de que as substituições sejam paulatinas - um conselheiro por ano -, de modo a evitar a perda repentina da memória e da cultura organizacional no âmbito das decisões da Agência. Aos conselheiros cabe a direção dos órgãos administrativos da Agência; ao presidente do Conselho Diretor, que acumula a função de presidente-executivo da Agência, a representação da Agência, o comando hierárquico sobre o pessoal e o serviço, bem como a presidência das sessões do Conselho Diretor. O Conselho decide por maioria absoluta e se manifesta formalmente por resoluções, súmulas, atos e portarias. As decisões do colegiado são tomadas em sessões, reuniões ou em circuitos deliberativo -procedimento de coleta de votos que independe de reunião ou de sessão e dinamiza os trabalhos do colegiado." (BRASIL. ANATEL. Conselho diretor. Disponível em: http://www.anatel.gov.br/institucional/conselho-diretor/reunioes-e-sorteios-de-materias-do-conselho-diretor/conselho-diretor-detalhe/sobre-o-conselho-diretor. Acesso em: 11 fev. 2018).

ideias e interesses entre os dirigentes originários de múltiplas fontes, o já mencionado sistema de freios e contrapesos internos.

Cumpre frisar que tal diversidade de origem se revela nos conselhos consultivos, órgãos existentes em alguns dos entes reguladores brasileiros. Porém, como sabido, tais figuras são desprovidas de poder ou competência decisória na respectiva entidade, razão pela qual não podem ser contabilizadas como instrumentos de controle interno.[233]

Já referentemente ao controle secundário ou externo, é possível identificar vários níveis de fiscalização, correção e disciplina das ações regulatórias, advindos do ambiente extrarregulador.

Nesse sentir, pertinentemente ao controle de ordem política, oriundo do Poder Executivo, já se pontuou a inexistência do dito controle hierárquico, pelas razões lá expostas, a despeito da presença do contrato de gestão.

Já em relação ao controle externo desenvolvido pelo Poder Legislativo, têm-se assentes como instrumentos para tal fim a própria prerrogativa legislativa (a conter a atividade regulatória) e atuação dos Tribunais de Contas (cuja atuação se fulcrará na salvaguarda dos interesses afetos ao Poder Público, inclusive nos aspectos financeiro e orçamentário, excluídos todos os outros insertos no agir regulatório, acaso estranhos a ele).

Não se vislumbra entre nós o dito controle regulatório cruzado, isto é, aquele exercido sobre um ente regulador por outro de igual natureza.

---

[233] "O Conselho Consultivo é um dos instrumentos de participação social da Anvisa, composto por representantes da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal, dos produtores, dos comerciantes, da comunidade científica e da sociedade civil organizada. Os principais objetivos do Conselho são: Requerer informações e propor à Diretoria Colegiada as diretrizes e recomendações técnicas de assuntos de competência da Agência; Opinar sobre as propostas de políticas governamentais na área de atuação da Agência; Apreciar e emitir parecer sobre os relatórios anuais de atividades; Requerer informações e elaborar proposições a respeito de ações da Anvisa." (BRASIL. ANVISA. Conselho consultivo. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/resultado-de-busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=406177&_101_type=content&_101_groupId=33784&_101_urlTitle=conselho-consultivo&redirect=http%3A%2F%2Fportal.anvisa.gov.br%2Fresultado-de-busca%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D1%26_3_groupId%3D0%26_3_keywords%3Dconsultivo%26_3_cur%3D1%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_format%3D%26_3_formDate%3D1441824476958&inheritRedirect=true. Acesso em: 11 fev. 2018).

As áreas objetos da regulação estatal brasileira contam com a atuação de um único ente independente para tal mister, não havendo que se falar em atuação concorrencial de reguladores num mesmo setor.

Ademais, tanto no âmbito estadual, como no municipal, o que se tem comumente realizado é a atuação multissetorial de um ator da regulação, como se passa, por exemplo, com a Agência de Regulação de Pernambuco (ARPE)[234] e com a Agência Reguladora e Fiscalizadora dos Serviços Públicos de Salvador (ARSAL)[235].

Na sequência, tem-se o controle judicial da atividade regulatória estatal, que é regra vigente entre nós, em submissão ao que preconiza a Constituição Federal, com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, a despeito de ser questão ainda fomentadora de debate, notadamente quanto à escolha técnica do regulador.[236]

Crucial é tratar, por fim, do controle social.

É ele aclamado à unanimidade como um dos instrumentos mais eficientes de controle estatal, e não apenas regulatório, por ser a coletividade a destinatária final dos resultados advindos do mister do ideário em tela.

Tal fiscalização da sociedade brasileira pode se apresentar na forma participativa (mediante conselhos consultivos e/ou representativos, audiências e/ou consultas públicas, ouvidorias), e também de modo indireto (através de mecanismos de pressão popular, presenciais e/ou virtuais).[237]

---

[234] "A Agência de Regulação de Pernambuco (Arpe) é uma autarquia especial, vinculada ao Gabinete do Governador e dotada de autonomia financeira, orçamentária, funcional e administrativa. Com sede no Recife, atua em todo o território estadual, com o objetivo de regular com excelência os serviços públicos delegados pelo Estado, garantindo o equilíbrio das relações entre poder concedente, setores regulados e usuários, assegurando a universalização desses serviços e contribuindo para o desenvolvimento sócio-econômico de Pernambuco." (PERNAMBUCO. ARPE. Disponível em: http://www.pe.gov.br/orgaos/arpe-agencia-estadual-de-regulacao-de-pernambuco/. Acesso em: 13 fev. 2018.)

[235] "A ARSAL - Agência Reguladora e Fiscalizadora dos Serviços Públicos de Salvador é uma autarquia de regime especial, dotada de autonomia orçamentária, financeira, funcional e administrativa. Foi criada pela Lei nº 7.394/2007 e alterada pela Lei nº 8.473/2013, para promover e zelar pela eficiência econômica e técnica dos serviços públicos, propiciando aos seus usuários as condições de regularidade, continuidade, segurança, atualidade, universalidade e modicidade tarifária dos serviços por ela regulados." (SALVADOR. ARSAL. Disponível em: http://www.arsal.salvador.ba.gov.br/index.php/quem-somos. Acesso em: 14 fev. 2018).

[236] Em atenção aos limites e objetivos do presente estudo, remete-se, para fins de aprofundamento do tema, a JUSTEN FILHO, Marçal, 2002, op. cit. e ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2002, op. cit.

[237] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009, op. cit.

Nada obstante sua relevância, o controle social brasileiro carece de estímulo, oportunização válida e efetividade resolutiva, para que, de fato, mostre-se um instrumento de interferência popular nas decisões da administração pública.

Vista a questão correlata à forma de controle da atividade regulatória estatal, segue-se para a verificação das estratégias adotadas no palco doméstico para efetivação da despartidarização regulatória.

Consoante afirmado acima, quando da abordagem do controle regulatório cruzado, a que se remete para obstar a redundância, inexiste entre nós a concorrência entre reguladores.

Já referentemente à existência de procedimentos administrativos incidentes sobre o agir regulatório, cumpre pontuar que, até recentemente, inexistia uma lei geral para os entes reguladores, para fins de fixação de um regime geral aplicável à regulação pátria. Tal lacuna, entretanto, foi preenchida com a Lei nº 13.848, publicada em 25 de junho de 2019, que assume a condição de lei geral das agências reguladoras[238].

Tal norma busca corrigir a diversidade, e até conflito, de regramento, no tocante à fixação de procedimentos administrativos, que decorria do tratamento particularizado dado pelas disposições da lei criadora de cada ente regulador, quando existente dicção legal nesse sentido.

Na sequência, tem-se com a mídia, seja por órgãos tradicionais ou digitais, a contribuição para a difusão e registro de informações, atreladas aos acontecimentos e decisões oriundos da administração pública, inclusive dos entes reguladores, revelando-se como outro instrumento de fiscalização e de oportunização fiscalizatória pela sociedade.

Por óbvio, em que pese seja ela de elevado valor para o funcionamento do regime democrático, não há que se ingenuamente sustentar uma imparcialidade da cobertura midiatizada, quando da comunicação de

[238] BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm. Acesso em: 20 ago. 2019.

massa e formação de opinião pública, tendo em vista o potencial caráter manipulador e deformador de sua atuação informativa, que decorre da satisfação de interesses e lucros particularizados, no mais das vezes agindo de forma velada ou de árdua identificação para o cidadão médio, ou até mesmo de modo dissimulado ou sub-reptício.[239]

Quanto à atuação social, tem-se aqui a similaridade com o já exposto controle externo, do tipo social, tanto no seu valor, como na sua deficiência, a clamar por fomento, pelo que a tais linhas se remete, obstando, assim, repetição desnecessária.

Sorte parecida resta à questão da composição plúrima, democrática, técnica e diversa do regulador, no tocante a seu corpo diretivo, temática parcialmente abordada por ocasião do enfrentamento do controle interno do regulador, em que se evidenciou a incompletude do modelo adotado, no ponto da indicação dos membros integrantes, a que também se remete.

Além disso, há igualmente o aspecto da tecnicidade da composição, o que parece redundante em termos de regulador independente, sem o ser, infelizmente. Espera-se que os reguladores sejam *experts* na respectiva área de atuação, tornando-se aptos a dialogar com os setores operacionais e acadêmicos do seu nicho regulatório, para fins de autonomia e credibilidade.

A realidade brasileira não ampara essa lógica, já que os critérios para nomeação dos dirigentes dos reguladores são por demais rasos, não favorecendo a técnica esperada.

Por fim, com relação à revisão externa das decisões regulatórias, seja o controle externo promovido pelo Judiciário, seja o originário do Executivo também se defronta com temáticas já enfrentadas em linhas *supra*, quando se tratou da regra constitucionalmente posta de inafastabilidade da jurisdição e também da inexistência do controle hierárquico.

De forma ilustrativa, é possível visualizar o panorama das estratégias para neutralização política do regulador nacional da seguinte forma:

---

[239] Sobre a atuação da mídia brasileira, numa perspectiva macrossocial, recomenda-se GARCIA, Naiara Diniz. **A mídia *versus* o Poder Judiciário**: a influência da mídia no processo penal brasileiro e a decisão do juiz. Pouso Alegre: dissertação de mestrado em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2015. Disponível em: https://www.fdsm.edu.br/mestrado/arquivos/dissertacoes/2015/02.pdf. Acesso em: 10 mar. 2018.

Quadro 1 – Identificação das estratégias para despolitização regulatória utilizadas no Brasil, a partir do confronto com o elenco de David A. Moss e Daniel Carpenter:

ESTRATÉGIAS PARA DESPOLITIZAÇÃO REGULATÓRIA	**IDENTIFICAÇÃO DAS ESTRATÉGIAS PARA DESPOLITIZAÇÃO REGULATÓRIA UTILIZADAS NO BRASIL**
Concorrência regulatória	Igualmente posto como forma de controle externo Inexistência da concorrência entre reguladores
Fixação de procedimentos administrativos para o exercício regulatório	Existência de uma lei geral para os entes reguladores, que é a Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 (lei geral das agências reguladoras)
Atuação da Mídia	Igualmente posto como forma de controle externo Difusão e registro de informações, atreladas aos acontecimentos e decisões oriundos da administração pública, inclusive dos entes reguladores, em respeito aos princípios democráticos de livre imprensa Racionalização da cobertura jornalística, em razão da ausência de imparcialidade no noticiar dos fatos na função de comunicação de massa e formação de opinião pública, com o fito de evitar potencial caráter manipulador e deformador de sua atuação informativa
Protagonismo social	Igualmente posto como forma de controle externo De valor imensurável, em razão do viés democrático que lhe caracteriza, apresenta-se na forma participativa (mediante conselhos consultivos e/ou representativos, audiências e/ou consultas públicas, ouvidorias), e também de modo indireto (através de mecanismos de pressão popular, presenciais e/ou virtuais)

	Entrementes, é de presença capenga no ambiente nacional, por força da descrença popular e/ou de estímulo, oportunização válida e efetividade resolutiva
Composição plúrima, democrática, técnica e diversa do regulador	Igualmente posto como forma de controle interno O regulador brasileiro se estrutura na forma de colegiado, presidido por um diretor A composição é integralmente da lavra indicativa do chefe do Executivo respectivo, não contemplando múltiplas e diversas fontes para indicação Tal diversidade de origem indicativa se revela nos conselhos consultivos, órgãos existentes em alguns dos entes reguladores brasileiros, mas que são desprovidos de poder ou competência decisória na respectiva entidade O critério da técnica para indicação/nomeação de dirigente do regulador não é bem delimitado na legislação pátria, tampouco nas leis criadoras dos entes
Revisão externa das decisões regulatórias pelos Poderes Executivo e Judiciário	Igualmente posto como forma de controle externo Inexistência do controle hierárquico, a despeito da presença do não-obrigatório contrato de gestão, quando firmado entre regulador e Governo, o que é raro Inafastablidade da jurisdição, regra constitucional vigente entre nós, a despeito de ser questão ainda fomentadora de debate, notadamente quanto à escolha técnica do regulador

Fonte: Autoria própria, 2018.

Por todo o exposto, tem-se acima o breve, porém objetivo, delineamento do arcabouço em que se estrutura a atividade do ente regulador independente brasileiro, fundamentado nos critérios de caracterização de sua independência orgânica e funcional, forma de controle incidente sobre o agir regulatório e estratégias de prevenção ou restrição da politização indesejada.

Ocorre que, mesmo ante tais elementos, teoricamente planejados para salvaguardar a essência regulatória e sua atuação despolitizada, sabe-se da insuficiência prática de tais recursos, em razão dos incontáveis episódios de ingerência partidarista e luta de partidos no âmbito regulatório nacional.

À guisa de exemplos lastimáveis, é possível elencar como práticas de partidarização regulatória, dentre outras tantas:

(a) Nomeação para cargos de direção pautada pela partilha de postos entre a base de sustentação partidária do Governo (Governo de coalização partidária);

(b) Nomeações de dirigentes com baixo nível de *expertise* e/ou desprovido de experiência profissional no setor*;*

(c) Nomeações de dirigentes em bloco, após certo período de vacância, para minimizar o escalonamento de mandatos;

(d) Paralisia decisória no âmbito do regulador independente, por ausência de *quorum*, decorrente da não nomeação de diretores;

(e) Nomeação de diretores interinos e, portanto, demissíveis a qualquer tempo;

(f) Possibilidade de recondução nos cargos de diretoria, a submeter os dirigentes ao atendimento do arbítrio e conveniências do Poder Político;

(g) Contingenciamento de recursos financeiros, materiais e de pessoal, a impedir o exercício ordinário das atividades regulatórias;

(h) Usurpação das competências dos entes reguladores por órgãos do Governo, de natureza essencialmente político-partidária, restringindo a atuação daqueles e maculando sua autonomia no respectivo setor de atuação;

(i) Sabatina-simulacro pelo Senado Federal, quando da escolha dos novos dirigentes;

(j) Contumaz *revolving door* ou portas giratórias, com executivos das empresas reguladas entrando e saindo das diretorias dos reguladores;[240-241]

Desta feita, ante a subversão da racionalidade politicamente neutral do agir do ator da regulação estatal, evidencia-se cristalina e tristemente a ocorrência de acentuada politização regulatória no cenário nacional.

Como se vislumbrou, o comprometimento da independência política do instrumental regulatório doméstico não advém da inexistência de meios impeditivos ou de combate à partidarização indesejada. O mal redunda da ineficiência dos instrumentos e mecanismos coligidos para tal mister, frente aos descalabros políticos, o que implica na ocorrência de falha da regulação.

É incontestável que, nesse aspecto, a governança regulatória doméstica se revela imperfeita e distorcida, mas, de sobremaneira, em razão da maculação da *politics* no agir do ente regulador, o que não exclui problemas outros igualmente existentes, ainda que não vergastados nestas páginas.

Na luta de partidos, para fins de conveniência do poder perseguido, para chegar ou perpetuar-se no mandato, usa-se de ingerência política indevida na atividade dos reguladores, o que se dá, de forma generalista, ou por atuação limitadora indevida, ou para haurir compensação partidária nefasta, manifestando-se tanto no âmbito interno, como no externo ao espaço do instrumental regulatório.

Assim sendo, é inegável a vulnerabilidade do atual estado da arte da despolitização regulatória no Brasil.

Ora, diante de tal situação, que se deseja combater, há que se considerar tanto a origem do malogro, que é a partidocracia não contida, como as medidas atualmente utilizadas para nossa despolitização regulatória, que se mostram ineficazes (no mínimo).

---

[240] SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur. **Nomeação de dirigentes de agências reguladoras**: um estudo descritivo. São Paulo, FGV Direito SP, Grupo de Relações entre Estado e Empresa Privada (GRP), 2016. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/GRP_arquivos/grp_-_relatorio_de_pesquisa_-_nomeacao_de_dirigentes_nas_agencias_reguladoras_sponsor.pdf. Acesso em: 30 mar. 2018.

[241] JORDÃO, Eduardo Ferreira; RIBEIRO, Mauricio Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 180-209, jul., 2017. Disponível em: https://estudosinstitucionais.com/REI/article/download/155/132. Acesso em: 30 mar. 2018.

Desse confronto, erige-se o *gap* da neutralidade política regulatória brasileira, a ser minimizado, para que independente possa ser, de fato, o nosso ente regulador estatal.

É, então, com vistas na melhoria regulatória, que se intenta fortalecer a independência política do regulador estatal, trilhando o entendimento já exposto de que não necessariamente se reclama mais controle, já que o foco da *better regulation*, como visto, é a qualidade, e não a intensidade, o que, entrementes, não impede o reforço ou a substituição das medidas atualmente disponibilizadas para tal finalidade.

Urge inegavelmente enfatizar na excelência dos procedimentos, mecanismos e instrumentos garantidores da neutralidade política regulatória, buscando os resultados teoricamente planejados e socialmente esperados.

Igualmente imprescindível nesse hercúleo trabalho é a adequação desse arcabouço à realidade pátria, atentos às lições estrangeiras, mas essencialmente vinculados aos problemas e arranjos nossos.

Todavia, para se cogitar dessa possível moldura despolitizadora na regulação estatal brasileira, mister se crê investigar, mesmo que perfunctoriamente, o mal que decorre da ausência de neutralidade política no ente regulador.

Julga-se relevante assim fazer, pois, além da identificação como resultado da vulnerabilidade da neutralidade política do ente regulador independente[242], entender a dimensão conceitual, suas variações e formas de ocorrência da cooptação política é crucial para o êxito no desafio da efetivação da contenção partidarista na regulação estatal doméstica.

Eis, então, o motivo pelo qual o capítulo ulterior será dedicado ao estudo da captura política regulatória.

[242] Debatido é se o sequestro político decorre da fragilidade da neutralização regulatória ou se a ocorrência dessa espécie de captura ocasiona a politização indesejada. Sobre essa relação causa ou efeito, a ver adiante.

4 **CAPTURANDO A CAPTURA POLÍTICA REGULATÓRIA**[243]

No esteio de todo exposto, é inafastável e naturalmente sequencial o estudo da captura política, tarefa a que este capítulo se propõe, já que o valor do intento despolitizador na regulação estatal é proporcional ao dano advindo da nefasta presença da cooptação partidarista do ente regulador.

Por isso, revela-se primaz identificar a captura política em si mesma, bem como suas variadas faces e perspectivas, compreensão essa que facilita o respectivo enfrentamento do mal a ser combatido, até porque, sem o entendimento dessa falha regulatória, superficial e provavelmente inócua será qualquer medida despolitizadora.

Ademais, nesta temática há um vínculo de causa e efeito a ser investigado, a saber, se é a captura política que fragiliza a neutralização partidarista ou se é a politização regulatória que ocasiona a cooptação malsinada. Tal debate transcende o mero jogo de palavras, já que ele pode (ou não) propiciar a efetividade da despolitização.[244]

Depois disso, aprofundando a investigação, urge se debruçar sobre os mecanismos utilizados para a ocorrência da cooptação regulatória promovida pelo mau partidarismo, já que o propósito politizador na regulação estatal pode se concretizar através de práticas das mais variadas, cujo conhecimento mínimo delas é indispensável para o necessário combate.[245]

E, no ultimar do presente capítulo, tem-se o momento de verificação das práticas implementadas pelos cooptadores políticos do ente regulador independente brasileiro, confrontando as estratégias maculadoras externamente utilizadas com as artimanhas nacionalmente orquestradas.

Se há um mal a enfrentar, tal mazela precisa ser conhecida, estudada e investigada. Inimigo conhecido é mais fácil de ser atacado. Eis a lógica que orienta as linhas vindouras.

---

[243] Título inspirado no texto de Barry M. Mitnick, denominado *Capturing "capture": definition and mechanisms*, o qual conduzirá as investigações constantes nos itens 4.2 e 4.3.

[244] Como em quase tudo, e não sendo diverso nesta temática, enfrentar apenas o efeito, sem tratar a causa do mal, esvazia as medidas de combate, sem alcançar a excelência dos resultados colimados. Por isso, repita-se, pretende-se identificar se a despolitização redunda do enfrentamento da captura política ou se a neutralidade política efetivada impede a ocorrência da cooptação partidarista. Ou mesmo se isso é irrelevante...

[245] Como se verá, a inventividade para a captura regulatória é quase infinda, situação que impede a plena identificação das práticas cooptadoras, ao tempo que expõe a necessidade do constante estudo do tema.

4.1 **As nuances da cooptação política**

O valor da neutralidade política regulatória se justifica, e revela sua imperatividade, quando se observa o mal que se avoluma na ausência dela, que é a captura política do ente regulador independente.

Para muito além da descaracterização do ideário regulador, que já é um malefício em si mesmo, os danos da cooptação política regulatória ultrapassam a seara teórica ou acadêmica para igualmente atingir as relações socioeconômicas que se estabelecem no Estado Regulador, comprometendo-lhes o desenvolvimento colimado.

Sem olvidar a presença doutros fatores, a ineficiência regulatória amiúde se fundamenta nesse problema, ora em foco.

Por isso, debalde estudar o fortalecimento da neutralidade politica do regulador sem considerar as nuances existentes na partidarização regulatória.

Ante a não concretude da despolitização do ente independente, estabelece-se a sujeição indevida do agir do regulador às vontades e interesses do setor político, ainda que tal agir esteja dissociado da finalidade regulatória, privilegiando desideratos outros.

A captura política no âmbito da regulação se caracteriza pelo "atrelamento da atividade regulatória aos interesses conjunturais do bloco do poder, às vicissitudes eleitorais"[246], promovendo um cerceamento da atividade regulatória pelos interesses das forças político-eleitorais.

Com o escopo de satisfazer suas conveniências, os ocupantes do poder político manipulam o ente regulador, seja através dos membros integrantes daquele, seja por meio das políticas públicas que parametrizam o agir regulatório, seja mesmo pela conjunção de ambos fatores.[247]

A captura política pode ser considerada uma espécie do gênero captura regulatória, entendida essa como a hipótese de o ente regulador se prestar ao serviço de atendimento de interesses desvinculados daqueles perseguidos pela regulação, em razão da preponderância de vontade estranha e externa na fixação, condução e execução do móvel regulatório.

---

[246] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2000, op. cit., p. 90.

[247] Na verdade, esses formatos são variadíssimos, constantemente renovados e não excludentes entre si, como se verá oportunamente.

O debate sobre a temática da captura regulatória não é fruto da hodiernidade, já que remonta à metade inicial do século XX, e ele vem sendo ampliado e revisitado desde então[248], inclusive de forma multidisciplinar, o que evidencia o relevo do estudo.

Forçoso mencionar que a análise contínua do tema não ocorre por academicismo, mas sim por premência de "controle de influências corporativas e privadas indevidas na vida democrática e pública"[249], influências oriundas do setor econômico, da mídia, dos sindicatos, dos usuários/consumidores/grupos sociais setorialmente atingidos, do poder político, etc[250].

Independentemente da nomenclatura e da origem dessa nefasta ingerência, o objetivo de tais pesquisas tem sido o robustecimento do público (Estado, Governo e/ou instituições) para o enfrentamento da corrupção do indevido interesse particular.[251]

Retornando ao esquadro da captura regulatória, primaz é destacar a diversidade de conceitos, fatores e contextos elencados para a respectiva identificação, imprecisão essa que se (re)constrói com o passar do tempo, com o vivenciar das experiências (de cooptação, notadamente) e a profusão de estudos multi e interdisciplinares.

De outra banda, em que pese essa variedade, há se de enxergar alguma conformidade histórica inicial, referentemente à imputação de causa da captura do regulador. Porém, tal convergência não significa uniformidade de percepção, tampouco impede a existência de debates entre os estudiosos sobre o fundamento causal da captura, principalmente no cenário atual.

Observando o palco estadunidense, no qual se erigiu a moderna regulação estatal, desde os anos 1940, a captura é vista como condição natural da regulação estatal da Economia. Mais até do que isso: a ideia de regulação

---

[248] "A ideia da captura regulatória tem controlado as discussões sobre regulação econômica e da reforma regulatória por mais de duas gerações." No original: "*The ideia of regulatory capture has controlled discussions of econimic regulation and regulatory reform for more than two generations."* (NOVAK, William J. A revisionist history of regulatory capture. *In*: MOSS, David A.; CARPENTER, Daniel (Ed.). **Preventing regulatory capture**. Special interest influence and how to limit it. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 25).

[249] No original: "*control of undue corporate and private influence in democratic and public life*". (*Idem*, *Ibidem*, p. 25).

[250] MARTÍNEZ, María Salvador, 2002, op. cit.

[251] Essa é a noção basilar e fundamentadora do combate à captura política regulatória. E a ela se retornará oportunamente.

se justificava pelo fato de o setor econômico regulado ser o verdadeiro beneficiado dessa intervenção do Estado, em detrimento do interesse público.

Horace M. Gray[252], Merle Fainsod[253], Samuel P. Huntington[254], Marver H. Bernstein[255] e Gabriel Kolko[256], dentre outros, identificam a captura como um processo ordinário (melhor dizendo, intencionalmente projetado pelo setor econômico regulado) da existência da atividade regulatória.

É, contudo, na década de 1970, que se estabelece o estudo mais estruturado e delimitado da problemática em tela, que passaria a ser conhecido como Teoria da Captura.[257]

George J. Stigler, no esteio dos pensadores supramencionados, somados aos contributos de Anthony Downs[258] e Mancur Olson[259], publica *The*

---

[252] Para quem, em síntese, a ideia de utilidade pública era vazia e não garantiu que a regulação se voltasse para o atendimento do interesse público e promoção do bem-estar, impedindo apenas a formação de monopólios (GRAY, Horace M. The Passing of the Public Utility Concept. **The Journal of Land & Public Utility Economics**, v. 16, n. 1, fev. 1940, p. 8-20. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/3158751?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 18 maio 2018).

[253] Em síntese, ao estudar o papel criativo da agência reguladora na efetivação de políticas públicas, Fainsod descreve o processo de manipulação e pressão das partes interessadas por meio do regulador (FAINSOD, Merle. Some reflections on the nature of the regulatory process. *In*: Carl J. Friedrich; Edward S. Mason (Eds.). **Public Policy.** v. 1. Cambridge: Harvard University Press. p. 297-323. Disponível em: https://archive.org/stream/publicpolicy032464mbp/publicpolicy032464mbp_djvu.txt. Acesso em: 19 maio 2018).

[254] Analisando a primeira *agency* dos EUA, o autor identifica a influência do setor nas decisões regulatórias (HUNTINGTON, Samuel P. The marasmus of the ICC: The Commission, the railroads, and the public interest. **Yale Law Journal**, v. 61, n. 4, abr. 1952, p. 467-509. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/793586?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 20 maio 2018).

[255] Em *Regulating business by independent commission*, obra publicada em 1955, amparado na ideia do ciclo de existência das agências, ou vida útil das agências, Bernstein 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 (*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. 160-165. Disponível em: https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=2679&context=ilj. Acesso em: 20 maio 2018).

[256] Analisando a regulação do setor ferroviário dos EUA entre os anos 1877 e 1916, Gabriel Kolko, em *Railroads and regulation* 1877-1916, publicado em 1965, identifica a utilização da ação regulatória pela respectiva indústria para satisfação dos seus interesses e conveniências econômicas (NOVAK, William J., 2014, op. cit.).

[257] Noutro sentido, para Yandle, *the capture theory* se desenvolve nas décadas de 1950 e 1960, cabendo aos anos 1970 o surgimento da Teoria do Interesse Especial (YANDLE, Bruce. Bootleggers and Baptists in the theory of regulation. *In*: LEVI-FAUR, David (Ed.). **Handbook on the politics of regulation**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011, p. 25-33).

[258] Para ele, ideias econômicas neoclássicas de racionalidade e autointeresse do indivíduo explicam o comportamento político dos eleitores (DOWNS, Anthony. An economic theory of political action in a democracy. **The Journal of Political Economy**, v. 65, issue 2, abr. 1957, p. 135-150. Disponível em:

Theory of Economic Regulation, cuja ideia central é a de que a regulação existe, não para corrigir as falhas de Mercado ou incrementar o bem-estar econômico, mas sim para atender às empresas reguladas, que se utilizam do processo regulatório para salvaguardar seus interesses[260].

Portanto, para Stigler, a captura, enquanto falha do Governo, dá-se 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 por políticas regulatórias voltadas ao bem-estar coletivo.

E mais: a captura é uma situação natural da regulação, cuja ocorrência não é obrigatória ou inafastável, porém claramente possível, já que decorrente da melhor capacidade das empresas reguladas de influenciar o ente independente, por conseguirem se mobilizar eficientemente para alcance de seus interesses, ainda que em detrimento dos da sociedade.[261]

Tal situação se estabeleceria porque:

> 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.[262]

Desta feita, as falhas de Governo coexistiriam com as falhas de Mercado e a Teoria do Interesse Público. Porém, as primeiras seriam mais severas e predominantes.

---

https://msuweb.montclair.edu/~lebelp/PSC643IntPolEcon/DownsEcThDemocJPE1957.pdf. Acesso em: 1 jun. 2018).

[259] Em *The logic of colletive action*, de 1971, discorre o autor sobre a lógica da ação coletiva e o problema do carona ou *free-rider* (PELTZMAN, Sam, 2004, op. cit.; BOEHM, Frédéric. Corrupción y captura en la regulación de los servicios públicos. **Revista de Economía Institucional**, Bogotá, v. 7, n. 13, p. 245-263, jul-dez. 2005. Disponível em: https://www.economiainstitucional.com/pdf/No13/fboehm13.pdf. Acesso em: 2 jun. 2018).

[260] STIGLER, George J. A Teoria da Regulação Econômica. *In*: MATTOS, Paulo (Coor.). **Regulação econômica e Democracia**: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 23-48.

[261] 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: 3 jun. 2018.

[262] SANDRONI, Paulo (Org.), 1999, op. cit., p. 82.

No esteio da mencionada divergência sobre a captura regulatória, outros integrantes da Escola de Chicago incrementam a teoria de Stigler. São eles: Richard A. Posner[263], Sam Peltzman[264] e Gary S. Becker[265], os pensadores das chamadas Teorias dos Grupos de Interesses.

Resumidamente, ressalvadas suas divergências, eles apontam que a regulação atende primordialmente aos interesses de grupos específicos, em desfavor dos interesses do consumidor e do bem-estar. Assim sendo, em vantagem estaria o empresariado, já que a regulação teria sido concebida para favorecer uma fração do setor privado. E a captura das entidades políticas e/ou reguladoras se efetivará pela atuação do grupo predominante.

Como dito outrora, em constante mutação está o estudo da captura do regulador, tanto é que, desde sua arquitetura inicial até o presente, acumulam-se contribuições várias, além das já mencionadas oriundas da Escola de Chicago, tais como as da Escola da Virgínia[266] e as da Escola de Toulousse[267].

---

[263] Posner sustenta que a regulação é a resposta aos interesses de grupos na busca de benefícios próprios, independentemente da área de inserção desses *players*. Serão favorecidos os interesses dos grupos politicamente influentes (POSNER, Richard. Teorias da Regulação Econômica. *In*: MATTOS, Paulo (Coor.). **Regulação econômica e Democracia**: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 49-80).

[264] Peltzman entende que a regulação é, para o Estado, um processo de transferência de renda, não necessariamente monetária, já que comumente se objetiva majorar a força e apoio políticos, para fins de garantia no poder (PELTZMAN, Sam. Toward a more general theory of regulation. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 19, 1976, p. 211-240. Disponível em: http://www.nber.org/papers/w0133.pdf. Acesso em: 9 jun. 2018).

[265] Em *A theory of competition among pressure groups for political influence*, Becker apresenta a lógica da regulação eficiente, pontuada pelo pluralismo político. Competem entre si diversos grupos com interesses e recursos distintos para ganhos líquidos com a regulação, desde que algum grupo se mostre eficiente em pressionar o sistema político para obter favores regulatórios, mesmo com perdas de bem-estar social (PELTZMAN, Sam, 2004, op. cit.).

[266] "Surgem-nos as teorias da escolha pública e do *rent seeking* cujas primeiras contribuições são de James Buchanan e Gordon Tullock, economistas da Escola de Virgínia. Num sentido estrito, as teorias da escolha pública analisam as falhas do Estado e do governo. Segundo estas teses, todos os agentes estaduais – governantes, políticos, burocratas, etc. – agem na prossecução dos seus próprios interesses privados, não sendo capazes, como tal, de corrigir as falhas de mercado que legitimam a intervenção reguladora do Estado. Ainda que o consigam fazer, os custos de tal correcção acabam por ser superiores aos custos para o bem-estar social decorrentes das próprias falhas de mercado corrigidas. Num sentido amplo, a teoria da escolha pública consiste na aplicação de métodos económicos à análise das instituições políticas e da tomada de decisões dos governos. (...) ao contrário da Escola de Chicago, a Escola de Virgínia foca-se não na captura em si mesma, mas sim nos seus custos para a sociedade, para o bem-estar social." (GONÇALVES, Ricardo Miguel Pereira. A captura regulatória - uma abordagem introdutória. **Publicações CEDIPRE Online**, Coimbra, n. 25, set. 2014, p. 11. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_25.pdf. Acesso em: 16 jun. 2018).

[267] "Surgem-nos as teorias desenvolvidas por economistas da Escola de Toulouse já durante a década de 90 do século transacto. Estas teorias, acerca da captura, cujo primeiro

E nesse processo de constante (re)visitação do tema, insta destacar o hodierno entendimento[268] de que a captura regulatória, existente em níveis diferenciados (mais ou menos intensa)[269], não pode ser imputada como consequência ordinária do fenômeno regulatório[270], mas sim percebida como uma ameaça à regulação, decorrente do desatrelamento do objetivo regulatório ao interesse público.

Tal percepção sustenta que "a existência de captura não precisa se traduzir em uma justificativa para o desmantelamento total da regulação"[271], mas sim no fortalecimento do ideário regulatório.

Sendo assim, ante a existência da captura, que deve ser combatida, relevante é reconhecer que "o quadro que emerge, portanto, é bem diferente do que George Stigler imaginou, em que a captura pela indústria era virtualmente inevitável e completa"[272-273]

---

desenvolvimento nos é fornecido por Laffont e Tirole, revestem-se de alguma especificidade, não se focando na influência exercida por um grupo de interesses sobre uma entidade reguladora ou agentes políticos, mas antes nas assimetrias de informação existentes entre as entidades reguladoras e os seus supervisores. Diferente do modelo proposto por Laffont e Tirole é o modelo de Martimort que tenta explicar a captura regulatória através do 'ciclo de vida das entidades reguladoras'. Segundo Martimort, quando a entidade reguladora é criada, esta fica sujeita a um apertado escrutínio por parte do governo e do público em geral, sendo alvo de pressões significativas para cumprir as suas funções e agir em prossecução do interesse público. No entanto, com o decurso do tempo, a atenção do público e do governo move-se para outros assuntos, deixando a vida da entidade reguladora de estar no foco das atenções. Assim, a pressão para agir em prol do interesse público a que o regulador estava sujeito, no início da sua 'vida', diminui com o decorrer do tempo, sendo que, no entanto, a força sobre ele exercida pelos vários grupos de interesses não diminui, antes mantém-se constante. Tendo em conta esta evolução, o regulador vai-se tornando, à medida que o tempo decorre, mais permeável à pressão dos vários grupos e, como tal, mais susceptível de ser capturado (GONÇALVES, Ricardo Miguel Pereira, 2014, op. cit., p. 11-12. Grifos do original).

[268] Não se trata de entendimento unívoco, já que ainda há defensores da construção tradicional acerca da captura regulatória, como fora visto. Entretanto, essa novel corrente vem se contrapondo fortemente à ideia de captura regulatória como condição natural da regulação.

[269] Os graus de captura podem ser mensurados como forte ou fraco (*strong vs. weak capture*).

[270] A captura regulatória não é "exatamente o tipo que Stigler e seus discípulos viram (e, até certo ponto, ainda veem) como um fato inevitável da vida na regulação". No original: "*precisely the sort that Stigler and his disciples saw (and, to some extent, still see) as an inevitable fact of life in regulation*" (MOSS, David A.; CARPENTER, Daniel. Introduction. *In*: (MOSS, David A.; CARPENTER, Daniel (Ed.). **Preventing regulatory capture**. Special interest influence and how to limit it. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 11. Grifos do original).

[271] No original: "*the existence of capture need not translate into a rationale for full-scale dismantling of regulation*." (*Idem, Ibidem*, p. 11).

[272] No original: "*The picture that emerges, therefore, is quite different from the one George Stigler envisioned, in which capture by industry was virtually inevitable and complete*." (*Idem, Ibidem*, p. 12).

[273] Em respeito à dicotomia captura forte *versus* captura fraca, é alertado que: "Embora um nível de captura suficientemente alto (o que chamamos de captura forte) possa viciar os propósitos e a justificativa para a regulação, é muito provável que haja uma captura muito maior da forma mais fraca, de modo que sua existência possa coincidir com o funcionamento

Vista, mesmo tacanhamente, a trajetória das teorias da captura, julga-se adequado fixar a conceituação da cooptação regulatória embasadora deste trabalho, o que se faz nos termos abaixo:

> A captura regulatória é o resultado ou processo pelo qual a regulação, pela lei ou aplicação, é consistente ou repetidamente direcionada para longe do interesse público e para os interesses da indústria regulada, pela intenção e ação da própria indústria.[274]

Ora, mesmo identificada como ação da indústria, sabe-se que a captura regulatória pode se originar de múltiplas e distintas fontes, dentre elas, a que é promovida pelo poder político, em razão do mau partidarismo.

É relevante considerar que, mesmo na acepção originária de captura regulatória, a saber eminentemente econômica, o papel do poder político foi realçado como catalisador do processo de sequestro do regulador:

> Os agentes políticos não agem com vista à maximização do bem-estar social, mas sim em prossecussão do seu próprio bem-estar, actuando de modo a satisfazer os seus próprios fins, tratando-se, portanto, de agentes egoísticos. Assim, para Stigler, os políticos terão como objectivo a maximização do seu poder político e da sua riqueza, sendo que irão tomar as decisões que lhes confiram um de dois benefícios, mais votos, ou mais dinheiro. Agindo estes indivíduos com vista à maximização do seu próprio bem-estar, está criada a base para que as empresas os "capturem" com vista à obtenção de benefícios próprios através de regulações favoráveis.[275]

Portanto, os fatos evidenciam que a intromissão na regulação extrapola o contexto econômico e se esparge para a seara política, donde surge, posteriormente, a captura política em comento, tendo em vista que, de

---

regulatório saudável. (...) É claro que é possível que a reforma da regulação fortemente capturada seja melhor do que a não-regulação, mas para fins de definição assumimos que pode existir uma forma de captura tão robusta e incorrigível que não pode ser reformada e que abandonar a regulação resultante inteiramente serviria melhor ao interesse público". No original: "*Although a sufficiently high level of capture (what we call strong capture) can vitiate the purposes and rationale for regulation, much capture is likely of the weaker form, such that its existence can and does coincide with healthy regulatory functioning. (...) It is of course possible that reform of strongly captured regulation would be better than non-regulation, yet for purposes of definition we assume that there might exist a form of capture so robust and incorrigible that it cannot be reformed and hence that abandoning the resulting regulation entirely would best serve the public interest*". (MOSS, David A.; CARPENTER, Daniel, 2014, op. cit., p. 11 e 12).

[274] No original: "*Regulatory capture is the result or process by which regulation, in law or application, is consistently or repeatedly directed away from the public interest and toward the interests of the regulated industry, by the intent and action of the industry itself*." (*Idem, Ibidem*, p. 13).

[275] GONÇALVES, Ricardo Miguel Pereira, 2014, op. cit., p. 9-10. Grifos do original.

um agravante para os problemas da regulação, a atuação partidarista passa a ser um novo "jogo de interesses que culmina na captura pelos regulados"[276].

Esse novo jogo de interesses, entre políticos e reguladores, além de caracterizar corrupção, pode também acontecer "sem envolver transações indevidas ou outorga de vantagens reprováveis para os reguladores"[277], o que se justifica ante a ocorrência de uma espécie de comunhão cognitiva, decorrente de vinculação pessoal ou por ideologia política entre os membros do regulador e os políticos, numa "identificação potencialmente maléfica para a consecução de objetivos estruturais da atividade regulatória"[278].

E, considerando a questão de outra perspectiva, não se pode olvidar do impacto do *lobby* nessa seara.

Além da assimetria de participação e influência dos diversos grupos de interesses no sistema político, somem-se à questão sérias desvantagens advindas da corrupção, por "condutas antiéticas dos lobistas e dos agentes públicos quando em interação política [sem o devido monitoramento]"[279].

Independentemente das razões ou formas dessa captura, de uma corrupção *lato* ou *stricto sensu*, os resultados da indevida coalização entre políticos e reguladores são catastróficos, pois a aparência falseada de independência política presta desserviço "à administração pública, que perde eficiência, e à cidadania, que perde em garantias"[280].

É essa espécie de falhas de governança regulatória que se pretende combater neste estudo, no sentido de promover a multicitada *better regulation* ou reforma regulatória direcionada para a excelência de seus resultados.

Urge ainda se debruçar sobre um (auto)questionamento feito na abertura desse capítulo: a despolitização decorre do enfrentamento da captura política ou é ela que impede a ocorrência da cooptação partidarista? Na relação entre neutralidade política do regulador e captura política regulatória, o que é causa e efeito?

---

[276] PÓ, Marcos Vinícius, 2009, op. cit., p. 22.
[277] PIROTTA, Fernanda de Abreu, 2006, op. cit., p. 6.
[278] *Idem, Ibidem,* p. 6.
[279] SANTOS, Manoel Leonardo; CUNHA, Lucas. **Propostas de regulamentação do *lobby* no Brasil**: uma análise comparada. Texto para discussão n. 2094. Brasília, DF: IPEA, p. 7. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4374/1/td_2094.pdf. Acesso em: 1 set. 2019. Acréscimos nossos.
[280] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2003, op. cit., p. 214.

Consoante alertado, (julga-se) nada desprezível essa indagação, já que a força da captura política regulatória e o robustecimento da despolitização do regulador são situações paradoxais e excludentes entre si. Na verdade, a ocorrência de uma delas gera o rechaço, ausência ou a mitigação da outra.

Crer-se importante essa reflexão, pois, em favor da melhoria regulatória repetidamente afirmada, a eficiência e qualidade pretendidas no regulador reclamam uma identificação mais precisa do mal a ser combatido. É isso que se intenta vislumbrar: no atual estado de arte da neutralidade política do regulador independente, considerando a causa da vulnerabilidade existente, deve-se reforçar seu traço despolitizado ou faz-se necessário estruturar os mecanismos anticaptura?

Nessa linha de raciocínio, duas considerações precisam ser retomadas, numa perspectiva de causalidade dos acontecimentos. A primeira delas é a causa da regulação (para que se regula?) e a outra é a causa da captura política (porque se captura?)

Ora, do confronto delas, ambas já expostas neste trabalho, é possível constatar que:

(a) Regula-se para que a atividade econômica não lesione os interesses socialmente legítimos, pelo que o Estado intervém indiretamente na Economia, disciplinando normativamente a funcionalidade dela;

(b) A lógica ordinária da ação regulatória requer a presença de entes reguladores, os quais imprescinde, dentre outras coisas, de neutralidade política, para consecução independente da finalidade estabelecida;

(c) Captura-se porque se intenta macular a independência do regulador, atrelando as decisões regulatórias às conveniências do cooptador;

(d) Mesmo considerando o raciocínio tradicional de que a regulação foi concebida como forma de propiciar a atuação cooptadora, tal intento capturador, ao se apresentar de forma velada, sub-reptícia e que não se expõe às claras, reforça a compreensão de que a finalidade regulatória essencialmente é ordenação do Mercado, em atenção ao bem-estar coletivo, mesmo que seja, na prática, utilizada de modo desvirtuado.

Reforça-se tal análise pela fórmula que expressa a ideia de captura política: “Captura = força política > redução do rigor da lei > força econômica > força política”[281].

Noutras palavras, é a fragilidade do arcabouço legal da regulação (em particular, seu aspecto despolitizador) que oportuniza a cooptação partidarista regulatória, ante a preponderância de uma ação política indevida.

Assim, a captura política regulatória ocorre quando a *bad politics* afasta o regulador da tomada de decisão técnica, neutra e independente, para concretizar objetivos privados indevidos e dissociados do mister essencial.

Tais interesses particulares representam benefícios a serem diretamente gozados pelo poder político cooptador (cargos, favores eleitorais, etc) ou relacionados indiretamente a vantagens a serem ofertadas por uma das partes do processo regulatório (normalmente o setor econômico).[282]

Tudo isso se passa em razão da fragilidade institucional e prática do ente regulador, que se mostra inábil em resistir às investidas de captura.

Desta feita, a captura regulatória se revela como efeito da fragilidade da independência. Consequentemente, a captura política tem por causa a politização do regulador independente.

Sendo assim, preciso é reforçar a neutralidade política do regulador, numa perspectiva de causa e efeito. Porém, não se pode desprezar o valoroso auxílio que um arranjo anticaptura eficiente pode ofertar nesse processo de despolitização, razão pela qual a conjugação de ações em ambas as frentes poderá efetivar a independência partidarista almejada.

Todo o exposto pretendeu evidenciar os intrincados matizes que envolvem a captura política do regulador, tanto no seu aspecto teórico, como no factual, reconhecendo-se, entretanto, que se trata de ação envolta em espessas brumas, cujo objetivo é mascarar sua ocorrência ou disfarçar a presença, quando não legitimar sua atuação.

---

[281] 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://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/view/5182/3916. Acesso em: 30 jun. 2018.

[282] Reforça-se, outra vez, que a questão da corrupção tem relevante papel nas nuances da captura política. Porém, como apontado, por escolha metodológica, tal aspecto será enfrentado em momento ulterior tido mais oportuno e adequado à construção desta pesquisa.

É por força dessa intenção dissimulatória que o cooptador se utiliza de tantos e variados métodos, tudo para burlar as estratégias de neutralidade política vistas no capítulo anterior.

Alguns desses mecanismos serão visitados no item vindouro, dedicado a tal temática, registrando-se, desde já, que tal elenco é exemplificativo. Quase impossível é dimensionar ou catalogar a criatividade humana. E a captura política do regulador requer inovação e criatividade, sem dúvidas. Ainda assim, importante é o estudo deles.

4.2 **Os mecanismos para o sequestro político do regulador**

Viu-se que a captura política do regulador, enquanto espécie de captura regulatória, é realizada para macular a despolitização regulatória, submetendo as decisões regulatórias às conveniências do cooptador.

Remontando à questão de causa e efeito tratada anteriormente, tal situação se estabelece por conta da fragilização da neutralidade política do ente regulador estatal, que, então, revela-se propício às investidas do mau partidarismo, dando azo à ocorrência da cooptação política regulatória.

Também fora pontuado que os objetivos do sequestro político do regulador são variados ao infinito, podendo ser mencionados, por exemplo, o de obstacular a ação do futuro governante, o de ocupar cargos e/ou postos nas instituições públicas, o de recompensar indevidamente certos setores regulados pelos investimentos eleitorais, dentre outros.

Sendo assim, já se viu o que é captura, por que se captura e para que se captura. Eis o momento de se investigar como capturar, isto é, a dimensão instrumental do sequestro político do regulador, outro relevante aspecto do processo de partidarização regulatória.

De logo, como sucinta e antecedentemente informado, é preciso fixar que a captura é um agir complexo, variado, múltiplo, sofisticado e constantemente renovado, já que:

> A captura deve ser entendida como um conjunto complexo de padrões de comportamento e relacionamentos que podem ser

> produzidos de várias maneiras, geralmente atuando em conjunto uns com os outros.[283]

Dito doutra forma, é preciso ter em conta o caráter metamorfósico da captura política do regulador, já que as transmutações de suas formas de ocorrência podem se apresentar de tão distintas maneiras, a ponto de não serem, na superfície, facilmente percebidas. Porém, ainda assim, ter-se-á sequestro político regulatório.

A experiência tem exposto várias práticas que redundam em captura política do regulador, a saber, suborno, *revolving door* (tanto por porta de entrada – migração de integrantes do setor econômico nos postos públicos –, como por porta de saída – migração de membros do regulador no setor privado)[284]*,* estabelecimento de relações pessoais, ajustes escusos para evitar desgaste à reputação dos reguladores junto à sociedade, transferência de recursos financeiros a políticos para interferirem nos rumos regulatórios.[285]

É nesse contexto que se têm os mecanismos de partidarização dos reguladores independentes, porque "é essencial não apenas reconhecer esses caminhos e alternativas para capturá-los, mas também categorizá-los"[286].

Fulcrado em Barry Mitnick, que aborda a captura regulatória na sua perspectiva ampla e originalmente econômica, é possível listar 12 mecanismos de cooptação do regulador, enfeixados em seis categorias.[287]

---

[283] No original: "*Capture should be understood as a complex set of behavior patterns and relationships that can be produced in many ways, often acting in concert with one another*" (MITNICK, Barry M. Capturing "capture": definition and mechanisms. *In*: LEVI-FAUR, David (Ed.). **Handbook on the politics of regulation**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011, p. 36-37).

[284] "*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." (BATISTA, Mariana. Mensurando a independência das agências regulatórias brasileiras. **PPP – Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, DF, IPEA, n. 36, jan./jul. 2011. p. 223. Nota 6. Grifos do original. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/227/222. Acesso em: 11 ago. 2018. Mantida a grafia original).

[285] LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. The Politics of Government Decision-Making: A Theory od Regulatory capture. **The Quarterly Journal of Economics**, 1991, v. 106, issue 4, p. 1089-1127. Disponível em: https://archive.org/details/politicsofgovern00laff. Acesso em 11 ago. 2018.

[286] No original: "*it is essential to not only recognize such alternative paths to capture, but categorize them.*" (MITNICK, Barry M., 2011, op. cit., p. 37).

[287] Mitnick justifica sua forma de categorização (que igualmente serve para justificação da escolha desse autor nesta pesquisa) nos seguintes termos: "Cada um dos mecanismos abaixo é abstraído de modelos e/ou fluxos de pesquisa na literatura. Além de proporcionar uma compreensão da variedade de mecanismos que podem contribuir para a captura, essa abordagem também pode sugerir políticas que possam inibir a produção de captura. Por essa razão, excluí deliberadamente ou simplifiquei modelos que não fornecem uma teoria

Imperioso é frisar que o valor de tal elenco se justifica pela identificação dos variados arranjos propiciadores da captura, inclusive para que o sistema de controle possa se voltar para as armadilhas engendradas pelos cooptadores. Afinal, "se compreendermos como a captura é produzida, poderemos gerar um conjunto sistemático de princípios básicos que permitam que os sistemas regulatórios evitem a captura"[288].

Para esta pesquisa, que investiga a possibilidade de construção de uma moldura jurídica efetivadora da contenção partidarista nos entes reguladores independentes pátrios, é imprescindível confrontar as estratégias de concreção da neutralidade política do regulador estatal (já expostas) com os mecanismos utilizados pelos cooptadores para a partidarização do ente independente (ora em exame).

Só com o resultado desse cotejo é que se poderá erigir (ou não) um arranjo válido, eficiente e eficaz de combate à captura política regulatória, ante o fortalecimento da despolitização do ente regulador nacional.

Em suma, robustecer o estado da arte da neutralidade política dos reguladores brasileiros reclama o perscrutar ora em construção.

Dito isso, segue-se para a análise das seis categorias aglutinadoras das 12 práticas de sequestro político regulatório.

As categorias listadas são constitucional, sistêmica, relacional (governança), individual, funcional e crônica.

---

descritiva; abordagens positivas que incorporam extrema simplificação (por exemplo, assumindo que todos os reguladores são eleitos) podem, às vezes, encontrar um suporte empírico interessante, mas são marcadamente menos valiosas na tentativa de projetar soluções políticas reais. Certamente é possível aprender muito a partir de suposições 'como se', mas em desacordo com a posição bem conhecida tomada por Milton Friedman, descobrir que um modelo prediz bem não nos diz muito sobre por que isso aconteceu, e se o resultado é realmente próximo para como o comportamento real ocorre." No original: *"Each of the mechanisms below is abstracted from models and/or research streams in the literature. Besides providing understanding of the range of mechanisms that can contribute to capture, such an approach can also be suggestive of policies that could inhibit the production of capture. For that reason, I have deliberately excluded or simplified models that do not provide descriptive theory; positive approaches that incorporate extreme simplification (e.g., assuming that all regulators are elected) can sometimes find interesting empirical support, but are markedly less valuable in trying to design actual policy solutions. It is certainly possible to learn much from 'as if' assumptions, but in disagreement with the well-known position taken by Milton Friedman, finding that a model predicts well does not tell us much about why that happened, and whether the result is really a proxy for how actual behavior occurs*" (MITNICK, Barry M., 2011, op. cit., p. 37. Grifos do original).

[288] No original: "*if we understanding how capture is produced, we may be able to generate a systematic set of design principles that would permit regulatory systems to avoid capture."* (*Idem, Ibidem*, p. 34).

A (1) categoria constitucional está relacionada às regras do próprio sistema regulatório.

Nela, a captura se desenvolve em face das falhas (intencionais ou não) existentes nas regras do próprio sistema jurídico-constitucional do país, razão pela qual essa categoria oportuniza o chamado estado de captura.

Já a (2) categoria sistêmica avalia o comportamento do sistema de regulação.

Aqui, a captura se manifesta por força do comportamento desvirtuado do sistema regulatório implementado, o qual propicia uma relação desequilibrada entre regulados e políticos, a fixação desvirtuada das políticas regulatórias, lacunas intencionais na política regulatória, entre outros.

De outra parte, a (3) categoria relacional se refere à governança das relações entre os atores do fenômeno regulatório.

Nesse contexto, a captura decorrente da natureza do relacionamento estabelecida entre os atores da regulação, especialmente os que dirigem ou estruturam comportamentos, nas perspectivas interna e externa, objetivando macular as decisões de governança regulatória.

Na sequência, a (4) categoria individual congrega os fatores relacionados aos indivíduos que atuam nessas relações regulatórias.

Assim, tem-se foco nos relacionamentos entre os atores envolvidos direta ou indiretamente no exercício regulatório, notadamente nos papeis regulatórios e/ou burocráticos, já que tais pessoas podem construir vínculos e interesses umas com outras. Tais vínculos podem indevidamente influenciar a tomada de decisão regulatória ou enfraquecer o controle regulatório.

Na (5) categoria funcional se concentram os fatores relacionados com o funcionamento da própria regulação.

Reúnem-se aqui os mecanismos de captura originários do funcionamento prático/factual do modelo de regulação adotado, pois, *v.g.*, a forma como a competência regulatória se processa e o fluxo e acesso de informações restritas ao ente regulador, podem ocasionar privilégios informacionais e/ou rotina mais benéfica a certos grupos de interesses.

Por fim, a (6) categoria crônica se refere aos fatores relacionados ao desvirtuamento da trajetória que a regulação deveria trilhar.

Nessa derradeira categoria, também ocasionadora do estado de captura, tal qual se passa na categoria constitucional, o oportunismo de determinados setores da sociedade (econômicos ou políticos) promove um desvio no curso regulatório denominado privatização das políticas públicas, em que se tem uma corrupção institucionalmente estabelecida, a partir de uma dependência corruptiva governamental.

Essas seis categorias envolvem 12 práticas ou mecanismos de captura regulatória, as quais serão a seguir apontadas:

(1) Vieses do sistema constitucional – integrante único da categoria constitucional, esse mecanismo se refere à existência de regras formais do sistema que concedem benefícios ou vantagens a atores do processo regulatório, em detrimento de outros.

Aqui há nítida inclinação em favor, ou contra, algum ator do processo regulatório, que foi estabelecida pela própria legislação. Dito de outra forma, as regras legais do jogo regulatório são estabelecidas para favorecer ou prejudicar setores ou atores específicos e previamente identificados.

(2) Desequilíbrio afetivo[289] na política de acesso – primeiro integrante da categoria sistêmica, esse mecanismo se refere à existência de grupos de interesses a exercer pressão que conduza à tomada de decisões regulatórias tendenciosas à satisfação de seus intentos.

Tais grupos se estabelecem nas esferas do poder público ou direcionam o comportamento dos integrantes dele. Desta feita, grupos de interesse adquirem poder e, em sendo dominantes e controladores dos processos políticos, podem, de algum modo, influenciar as políticas públicas e/ou regulatórias, para agirem em seu favor.

(3) Institucionalização subgovernamental – segundo integrante da categoria sistêmica, esse mecanismo se refere à existência dos chamados subgovernos, que seriam grupos de interesses integrados por atores institucionais ou não, que se comportam como os legítimos beneficiários das ações regulatórias, em detrimentos de outros grupos.

---

[289] "O adjetivo afetivo é usado para refletir um viés claro, ou seja, forte preferência por ou ligação a uma posição sobre outras em solicitações de ação do governo." No original: "*The modifier affective is used to reflect clear bias, i.e., strong preference for or attachment to one position over others in requests for government action*." (MITNICK, Barry M., 2011, op. cit., p. 38).

Difere esse mecanismo do desequilíbrio afetivo na política de acesso, porque aqui os integrantes do subgoverno formam um sistema fechado de formulação de políticas, reduzindo a possibilidade de efetivas pressões dos interesses de outros grupos, que não integram o subgoverno estabelecido.

(4) Arbitragem regulatória – terceiro e último integrante da categoria sistêmica, esse mecanismo se refere às folgas, brechas ou atrasos na regulação.

Considerando que as políticas e ações regulatórias precisam ser definidas previamente e divulgadas, aliado ao fato da necessidade de coordenação entre vários agentes, é possível a atuação de grupos de interesses para obter, junto aos reguladores e/ou poder público, favorecimento especial. Noutras palavras, "o descompasso das capacidades e recursos regulatórios com as necessidades reguladoras fornece oportunidades para os atores regulados obterem status favorecidos e protegidos"[290].

Ademais, este mecanismo se desenvolve facilmente porque a estrutura do fenônemo regulatório, de sua definição à implementação, em razão da burocracia típica, estimula as empresas a obter benefícios indevidos dentro do espaço não controlado pela regulação.

(5) Governança suplementar – primeiro integrante da categoria relacional, esse mecanismo se refere à perspectiva relacional externa, isto é, considerando as relações existentes entre os reguladores e o poder político, atuando esse último para satisfação de interesse próprio ou como representante do interesse das empresas.

Nesse mecanismo, a atuação do poder político é para desviar a atuação regulatória do intento essencial, através da manipulação dos critérios de controle do regulador (fixação das políticas públicas, legislação específica, nomeação dos membros integrante do regulador, etc).

(6) Governança substitutiva – segundo e último integrante da categoria relacional, esse mecanismo se refere à perspectiva relacional interna, isto é, considerando a atuação de *per si* dos membros integrantes do ente

[290] No original: "*The mismatch of regulatory capabilities and resources with regulating needs provides opportunities for the regulated actors to gain advantaged and protected statuses*." (MITNICK, Barry M., 2011, op. cit., p. 39).

regulador, que promove a substituição da governança regulatória neutral por outra de matiz tendencioso.

Diversamente do mecanismo anterior, a prática de captura aqui se estabelece por meio dos próprios dirigentes do regulador estatal, cuja nomeação pode estar relacionada a aspectos tendenciosos, ou a atuação pode ensejar favorecimento de grupo de interesse específico (notadamente, em razão do já mencionado fenômeno da porta-giratória).

(7) Incentivo na tomada de decisão individual – primeiro integrante da categoria individual, esse mecanismo se refere à vantagem individualmente percebida em razão de sua influência na ação regulatória.

Seja integrante do poder público, seja membro do regulador, em razão de sua posição, pode haver uma alteração na tomada de decisão individual, de forma a influenciar o desempenho regulatório, por conta de incentivos que encorajam tal comportamento.

Esses incentivos não estão relacionados à corrupção propriamente dita (a outrora denominada corrupção *stricto sensu*), mas sim ao aumento da boa reputação dos atores públicos (políticos e/ou reguladores), objetivando maximizar ganhos eleitorais (votos e contribuições para as campanhas eleitorais) ou garantir futuras boas posições no setor privado, no final do mandato como membro integrante do regulador.

(8) Desvio na implementação ou execução regulatória – segundo e último integrante da categoria individual, esse mecanismo se refere à corrupção e/ou identificação do regulador com os interesses do setor regulado.

Em troca de vantagens indevidas (subornos, por exemplo) ou por conveniência ou identificação (em razão de proximidade com o cooptador, *v.g.*, prevalecência do bom relacionamento entre regulador e regulados, em detrimento da ação regulatória, em razão da proximidade e contato frequente), pode o regulador atuar de modo a favorecer interesses dos grupos de pressão.

(9) Controle de informações – primeiro integrante da categoria funcional, esse mecanismo se refere ao controle e filtragem de informações essenciais para a condução da ação regulatória.

Aqui, as partes reguladas controlam e filtram informações essenciais para a tomada de decisões regulatórias e o suporte na execução de ações

delas decorrentes, mecanismo esse cuja tentativa de escape se revela cara, custosa ou impactante.

Essa informação técnica ou essencial está relacionada à complexidade do próprio setor regulado, notadamente em áreas de alta perícia, cujo conhecimento se concentra no regulado. A ação do regulador depende fortemente do repasse ou compartilhamento dessas informações.[291]

(10) Mitos de competência – segundo integrante da categoria funcional, esse mecanismo se refere à idealização da tecnicidade e da neutralidade do regulador independente.

A construção teórica da regulação estatal e do seu ente regulador, e o reforço dado a ela pelos Poderes Legislativo e Judiciário, pode criar a utopia de uma ação perfeita, cujo ator da regulação se capitaliza numa reputação idealizada. Esse mito pode ocultar falhas no processo regulatório, das mais variadas espécies, e pelos mais distintos fundamentos.

(11) Processo regulatório não racional – terceiro e último integrante da categoria funcional, esse mecanismo se refere à prévia existência de arranjos regulatórios historicamente conhecidos, o que favorece a atuação preventiva de determinados grupos de interesses, em busca de vantagens.

Considerando que os modelos regulatórios utilizados, bem como os instrumentos deles decorrentes, são historicamente repetidos, salvo pontuais exceções, os grupos de interesses podem projetar ações que burlem tais arranjos, já que eles são previamente conhecidos.[292] Portanto, as decisões do regulador podem não atender à racionalidade teoricamente delineada.

(12) Oportunismo de dependência – único integrante da categoria crônica, esse mecanismo se refere à generalização de práticas corruptivas no ambiente regulatório, a ponto de tal prática se transformar em curso ordinário do processo da regulação.

---

[291] "O governo nunca poderá ser tão tecnicamente especializado quanto a indústria que regula." No original: "*government can never be as technically expert as the industry it regulates*." (MITNICK, Barry M., 2011, op. cit., p. 44).

[292] "A construção da ação regulatória pode ser dispendiosa e demorada, requerendo múltiplas etapas de depoimentos, resumos, audiências, períodos de aviso público e assim por diante, criando barreiras que protegem as empresas já existentes que já desfrutam dos benefícios da regula." No original: "*Regulatory rulemaking can be costly and time-consuming, requering multiple stages of depositions, briefs, hearings, public notice periods, and so on, crating barriers protecting incumbent firms already enjoying the benefits of regulation*." (*Idem, Ibidem*, p. 45).

Aproveitando-se de mudanças estruturais do sistema regulatório ou do mesmo governo, determinados grupos de interesses promovem a privatização das políticas públicas, que muda o curso da ação regulatória. Assim, tal prática "envolve as oportunidades que os ajustes governamentais e sociais dependentes permitem que alguns atores capturem um fluxo de benefícios fornecido ou protegido por ações do governo"[293].

Esse oportunismo dos grupos de pressão estabelece o estado de captura, como igualmente se passa na categoria constitucional.

Ao cabo da visitação de todo esse elenco capturador da ação regulatória, algumas constatações se levantam consequentemente, dentre outras tantas possíveis de registro:

(a) Muitas vezes os contornos de alguns dos 12 mecanismos vistos se revelam limítrofes, ou mesmo se cogita de mera repetição sob outro arranjo. Tal situação se justifica pela comunhão de objetivo deles (a captura regulatória), pela presença dos mesmos atores (poder político, reguladores e regulados) e pela forma de sistematização adotada no enquadramento das variadas hipóteses de realização de cooptação regulatória (o mesmo fenômeno vislumbrado por diferentes perspectivas);

(b) Decorrente da constatação anterior é o caráter metamorfósico das práticas de captura regulatória, traço outrora ressaltado. Os mecanismos de captura regulatória se apresentam de tão variadas espécies, que é impossível desconsiderar a transformação contínua dos processos cooptadores. Essa metamorfose não é indicativa de alteração de substância ou de essencial (já que, independentemente do arranjo, tem-se a captura), mas sinaliza as variações de aparência e/ou ocorrência, nas quais o sequestro regulatório pode se manifestar;

(c) Reforçando aspecto igualmente já citado, essa metamorfose sofistica os engendros cooptadores incidentes na ação regulatória, tendo em vista que as alterações de mecanismos para a captura ensejam a aperfeiçoamento dessas práticas nefastas, no propósito de melhor enganar

[293] No original: "*involves the opportunities that path-dependent governmental and societal adjusments allow some actors to capture a benefit flow provided by, or shielded by, government actions*". (MITNICK, Barry M., 2011, op. cit., p. 46).

com sofismas, distorcer a realidade, adulterar algo com má intenção, tudo em conformidade com um dos sentidos etimológicos do vocábulo sofisticar;

(d) A par dessa sofisticação, às vezes, nada fácil é a identificação de uma prática cooptadora no seu início, já que revestida de muitos disfarces e falsas justificações, além de poder decorrer da conjugação de práticas e mecanismos que individualmente já são cooptadores. A verificação do desvirtuamento só se efetivará pela análise do resultado da ação suspeita, já que distanciado de intento regulatório. Mesmo assim, diante da complexidade envolvida, é possível que o resultado da ação de sequestro do regulador seja confundido com outra espécie de falha da ação regulatória, sem a participação de qualquer influxo de captura;

(e) A categorização apresentada por Mitnick se fundamenta na observação de variadas experiências cooptadoras, as quais foram analisadas, catalogadas e sistematizadas. Sendo assim, o caráter empírico desse rol demonstra, de um lado, que o elenco formulado por Laffont e Tirole, já pontuado, sofreu considerada dilatação, e, de outra banda, que a futura e constante investigação da vivência regulatória poderá desnudar noveis arranjos de sequestro do regulador.

Além das acima expostas, específica consideração vindica análise, que é a transposição do catálogo de mecanismos de captura de Mitnick do âmbito econômico para o contexto político.

Efetivamente, o estudo realizado pelo mencionado autor se inclina de forma expressa e indubitável para a ocorrência da captura econômica do regulador independente, sendo essa a área majoritariamente investigada mundo afora, quando se refere à temática da captura regulatória.

Viu-se que a captura do regulador pode sim ser promovida por diversas fontes, dentre elas, pelo poder político contaminado pelo mau partidarismo, e não apenas e exclusivamente pelas empresas ou indústrias, podendo, inclusive, resultar de fontes combinadas entre si.

Desta feita, *mutatis mutandi*, no rol de Mitnick pode ser incluído como capturador pessoa integrante do poder político, e não apenas do poder econômico, inclusão essa que não se faz de alvedrio irracional, mas sim porque em muitos dos mecanismos apontados por ele (se não, em todos!) há

sempre, de alguma forma, a presença do poder político, enquanto facilitador em algum grau da ação de captura regulatória.

Não se crê enfadonho recordar que a captura política não tem sido objeto aprofundado de perquirição, considerando que as pesquisas sobre o sequestro regulatório de cunho econômico em muito sobrepujam as que se debruçam sobre a partidarização regulatória e seu respectivo mal.

Todavia, a ausência ou mitigação de estudos não significa que a captura política do ente regulador não ocorra, notadamente nos palcos estatais em que o valor e a vivência da coisa pública ainda estão em construção, como se passa aqui, entre nós.

Inegável é a ocorrência do sequestro político do regulador, já que a experiência o testifica, não obstante a variação de intensidade e de cometimento de tal dano em cada sítio, tudo de acordo com as particularidades e peculiaridades de cada Estado Regulador e sua sociedade.

E, como dito acima, as categorias e mecanismos mitnickianos de ocorrência e desenvolvimento da cooptação regulatória se utilizam de estruturas ou processos institucionais, governamentais e políticos para a sua manifestação, e não apenas dos econômicos.

Por todo o visto, percebe-se a titânica empreitada que é o combate à captura política do ente regulador independente, mas que exige realização imperiosa e efetiva, em face das mazelas que dele decorre.

A diversidade de práticas cooptadoras indica a dificuldade ou quiçá impossibilidade de um alijamento integral da atuação do mau partidarismo no exercício regulatório. Entrementes, isso não impede seu enfrentamento, focado na prevenção decorrente do fortalecimento da neutralidade política do ente regulador, coligado a estratégias de contenção do sequestro político.

Não obstante seja árdua e complexa, indubitavelmente necessária é a empreitada de intenta minimizar a ocorrência malfazeja da captura política regulatória. Para tanto, faz-se mister respeito e adequação à realidade jurídica de cada país, ainda que as medidas preventivas sejam inspiradas em ordenamentos e literaturas ádvenos, sob pena de distanciamento e continuidade da ineficiência regulatória combatida.

Esse é o fundamento do item vizinho, o derradeiro deste capítulo: visitar os arranjos de sequestro político do nosso ente regulador independente.

4.3 **As práticas brasileiras de captura política regulatória**

Fora visto precedentemente o arranjo do ente regulador independente brasileiro, com suas fundamentações causais e históricas, suas características e especificidades, suas espécies e variações.

Chegado, então, é o instante de verificar a situação de sequestro político vivenciado pelo regulador nacional, já que a captura regulatória é um dos grandes desafios para a validação do modelo regulador aqui adotado.

Antes, entretanto, cabe pontuar algo, em atenção às metodologia e concepção desta pesquisa.

Independentemente de nacionalidade, ainda que se esteja por ora restrito ao palco brasileiro, o estudo do sequestro político do regulador reclama análise do que aqui se optou por intitular de dimensões dessa questão, isto é, aspectos diferenciados e pontuais, porém inter-relacionados, dos quais redunda a compreensão da temática.

Dentre as dimensões da captura politica regulatória, destacam-se duas, a saber, a dimensão material e a dimensão instrumental.[294]

Na dimensão material, o que se busca identificar é a ocorrência ou não da distorção regulatória em foco, *in casu,* no panorama local. Já na dimensão instrumental se pretende delinear a estrutura e ferramentas utilizadas para a cooptação política do regulador brasileiro, em se confirmando a manifestação da dimensão primeiramente elencada.

Em resumo, e para o recorte brasileiro, tais dimensões implicam no seguinte investigar: o regulador pátrio sofre captura política? E, em caso afirmativo, quais os mecanismos utilizados para essa cooptação?

No tocante à dimensão material, prescindível se julga discorrer ou comprovar algo, já que é cristalino, óbvio mesmo, que todo o exposto até aqui sempre considerou afirmativamente sua manifestação. Em verdade, essa é a premissa deste estudo. E há justificação para tal posicionamento.

A ocorrência da captura política do regulador é um fato na realidade brasileira, circunstância essa sobeja e facilmente comprovada pela experiência,

[294] Esclareça-se que outrora se estudou as dimensões da neutralidade política regulatória (isto é, o que é neutralidade política do regulador e como ela pode ser efetivada); agora se debruça acerca das dimensões da captura politica regulatória, nas perspectivas declinadas.

revelando-se como algo não recente, suprapartidário, disseminado e extremamente danoso.

Além disso, consoante fora exposto alhures, o sequestro político do regulador ocorre em razão da fragilidade da sua neutralidade política. E, no cenário brasileiro, é patente a vulnerabilidade do ente regulador nesse aspecto, situação que fora identificada nas páginas precedentes.

E, como um fato, desnecessários se revelam mais debates ou perquirições sobre sua existência ou não, além dos já realizados neste estudo anteriormente, já que o lamentável cenário regulatório brasileiro nesse aspecto pode ser resumido nos seguintes termos:

> Além disso desenvolve-se no Brasil um permanente processo de captura político-partidário das agências reguladoras, onde por um lado elas servem para satisfazer interesses fisiológicos de partidos políticos e, de outro, como moeda de troca para aprovação de projetos de interesse do Governo e, neste sentido, falseando a legitimidade democrática, por meio do que há de mais nefasto para a democracia, que é a corrupção.[295]

Por força do loteamento partidário predominante nos reguladores brasileiros, tem-se evidenciada a deformação do instrumental da regulação, já que "há captura das agências pelo processo político, com elas deixando de ter sua neutralidade e passando a ser cobiçadas pelas múltiplas legendas partidárias que poluem a paisagem política brasileira"[296].

A despeito de enfado, reforce-se a ideia já exposta de que o problema em foco não se relaciona com a presença do elemento político na regulação, mas sim com a ocorrência da partidocracia. É objeto do enfrentamento o desvirtuamento da ação e objetivos do grupamento partidário, e não os partidos políticos e seus integrantes, indistinta e genericamente.

Repita-se: a *bad politics* enseja a captura política regulatória, pois a manipulação do regulador pode auxiliar no ascender e/ou manter-se no poder.

---

[295] LEAL, Rogério Gesta Leal; RECK, Janrié Rodrigues. A regulação da contratação pública pelas agências reguladoras: limites e possibilidades. **Revista digital de Derecho Administrativo**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, n. 19, jan.-jun., p. 64. Disponível em: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5142/6210. Acesso em: 15 out. 2018. Grifos do original.

[296] SOUZA, Nivaldo. Agências reguladoras perderam seu papel, diz Barroso. **Exame**, Brasília/DF, 21 ago. 2014. Disponível: https://exame.abril.com.br/economia/agencias-reguladoras-perderam-seu-papel-diz-barroso/. Acesso em: 15 out. 2018.

Essa política ruim, identificada lá fora, igualmente tem campo no Brasil. E, entre nós, tal prática busca a satisfação de três tipos de interesses específicos, não excludentes entre si, que são “o simples status de ter alguém de sua confiança no órgão [regulador], a possibilidade de influenciar decisões bilionárias e o aparelhamento político-partidário”[297].

Na luta de partidos já mencionada, a concretização de tais interesses viabiliza o ter mandato, já que a logistíca de dominação partidarista, tendo por base o espaço da regulação estatal, exige a disponibilidade de pessoal (as pessoas de confiança) e de recursos financeiros (a influência em decisões bilionárias), além de oportunidades para a respectiva atuação (o aparelhamento político-partidário).

Por tudo isso, há captura política do ente regulador independente brasileiro, o que não significa afirmar que todos os reguladores independentes brasileiros foram, são ou serão politicamente sequestrados. O mal existe entre nós, mas isso não implica dizer que a contaminação seja integral e absoluta, em tempo e espaço, ainda que seja e esteja generalizada.

E, a partir da constatação genérica dessa materialidade, cumpre perscrutar a instrumentalidade que reveste esse mal.

Em sendo assim, a dimensão instrumental é o objeto do presente item, no qual se intenta identificar as práticas de cooptação regulatória promovida pelo mau partidarismo brasileiro.

Considerando isso, para que essa partidocracia se efetive, a partidarização na ação regulatória se utiliza de práticas diversas e variadas, que se conjugam para a quebra da neutralidade politica do regulador, independentemente da nacionalidade do regulador.

Reafirma-se: o fenômeno da captura política do regulador se desenvolve em razão de um ter mandato. E ter mandato é ter poder. De forma direta ou indireta, isto é, por si mesmo ou através de indicado seu, ter poder é o móvel para o sequestro político regulatório, já que essa condição ou posição significa poder de interferir no agir do regulador, que representa poder para

---

[297] WARTH, Anne et al. **Estado de São Paulo**, São Paulo, 23 abr. 2018. Economia & Negócios. Disponível em: https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,dominadas-por-indicacoes-politicas-agencias-tem-11-vagas-na-prateleira,70002279777. Acesso em: 15 out. 2018. Acréscimos nossos.

intervir no funcionamento da máquina estatal, que indica ter poder de ação no governo, a redundar em poder sobre o Estado.

Assim, para ter mandato, para ter poder, as mais variadas ações são executadas pelos cooptadores políticos do regulador.

Expôs-se no item precedente o catálogo de práticas manejadas pelo mau partidarismo para o sequestro político do regulador, em conformidade com Barry M. Mitnick.[298]

De forma ilustrada e resumida, retome-se a lista apresentada pelo mencionado autor:

Quadro 2 – Categorias e mecanismos de captura regulatória, de Barry M. Mitnick:

CATEGORIAS	**MECANISMOS**
1 Constitucional (a captura se fundamenta nas falhas existentes nas regras do próprio sistema jurídico-constitucional)	**1** Vieses do sistema constitucional (a captura se concretiza através de estabelecimento de regras legais do jogo regulatório que favorecem ou prejudicam setores ou atores específicos e previamente identificados)
2 Sistêmica (a captura se fundamenta no desvirtuamento do sistema regulatório implementado, seja pela fixação equivocada ou lacunas na política regulatória, seja pela relação entre os todos os envolvidos direta ou indiretamente na ação regulatória)	**2** Desequilíbrio afetivo na política de acesso (a captura se concretiza através de pressão política dominante oriunda de grupos de interesses) **3** Institucionalização subgovernamental (a captura se concretiza através de subgovernos, isto é, grupos de interesses integrados por atores institucionais ou não, que se comportam como os legítimos beneficiários das ações regulatórias, em detrimentos de outros grupos, inclusive com redução da possibilidade de existência de pressões dos interesses de outros grupos, que não integram o subgoverno estabelecido) **4** Arbitragem regulatória (a captura se concretiza através de

[298] Considera-se devidamente justificada a utilização do estudo de Mitnick, bem como sua aplicação para o caso de captura política do regulador, pelo exposto em linhas anteriores.

	favorecimento especial de grupos de interesses, em razão da influência deles na fixação da política regulatória, possibilitando conhecimento prévio dela e/ou folgas, brechas e retardo do agir do regulador)
3 Relacional (a captura se fundamenta no relacionamento entre os envolvidos na regulação, tanto na perspectiva interna, como na externa)	**5** Governança suplementar (a captura se concretiza através de relacionamento na perspectiva externa, entre reguladores e poder político, atuando esse último para satisfação de interesse próprio ou como representante do das empresas) **6** Governança substitutiva (a captura se concretiza através de relacionamento na perspectiva interna, considerando a atuação dos próprios dirigentes e membros do regulador, que promove a substituição da governança regulatória neutral por outra de matiz tendencioso)
4 Individual (a captura se fundamenta nos vínculos e interesses individualmente existentes entre os regulados e os reguladores)	**7** Incentivo na tomada de decisão individual (a captura se concretiza através de recebimento de vantagem pelo integrante do poder político ou membro do regulador, decorrente de influência desvirtuadora da ação regulatória, em benefício de certos grupos de interesse, vantagem essa que não representa estritamente corrupção, por se revelar como oportunizadora ganhos variados, em conta do bom relacionamento individual com o setor público e/ou setor privado) **8** Desvio na implementação ou execução regulatória (a captura se concretiza através de práticas corruptivas, estritamente consideradas, e/ou identificação ou conveniência do regulador com os interesses do setor regulado)
5 Funcional	**9** Controle de informações

(a captura se fundamenta no funcionamento concreto do modelo de regulação adotado, ocasionando privilégios e/ou benefícios a certos grupos de interesses)	(a captura se concretiza através de variação no grau de compartilhamento de informações técnicas vinculadas ao setor regulado, das quais é detentor o respectivo setor, tendo em vista a complexidade típica da área regulada e a necessidade de tais dados para a eficiência regulatória) **10** Mitos de competência (a captura se concretiza através de idealização de excelência do mister regulatório, utopia que projeta falsamente a imagem de ação perfeita, técnica, independente, neutra, e isenta de falhas, minimizando a importância do controle do regulador) **11** Processo regulatório não racional (a captura se concretiza através de irracionalidade do desempenho regulatório, em razão da utilização de modelos historicamente conhecidos, o que facilita a ação de sequestro do regulador)
6 Crônica (a captura se fundamenta no desvirtuamento do curso regulatório, por força da privatização das políticas públicas em favor de específicos interesses, estribada numa corrupção institucionalmente estabelecida)	**12** Oportunismo de deficiência (a captura se concretiza através de generalização de práticas corruptivas no ambiente regulatório, tornando a captura um traço ordinário do agir regulatório, em razão da influência no regulador ou no próprio governo)

Fonte: Autoria própria, 2019.

A partir dessa singela revisitação, cumpre agora identificar a presença ou não das práticas de captura política entre nós, a par do confronto com o rol mitnickiano, o que se fará igualmente por ilustração:

Quadro 3 – Identificação das categorias e mecanismos utilizados para captura política do regulador brasileiro, a partir do confronto com o elenco de Barry M. Mitnick:

CATEGORIAS E	**IDENTIFICAÇÃO DAS CATEGORIAS E**

RESPECTIVOS MECANISMOS	RESPECTIVOS MECANISMOS NO CENÁRIO BRASILEIRO
CATEGORIA CONSTITUCIONAL (a captura se fundamenta nas falhas existentes nas regras do próprio sistema jurídico-constitucional) **MECANISMO:** **1** Vieses do sistema constitucional (a captura se concretiza através de estabelecimento de regras legais do jogo regulatório que favorecem ou prejudicam setores ou atores específicos e previamente identificados)	**CATEGORIA:** não identificada **MECANISMO:** **1** A despeito de ser considerado insuficiente e passível de melhoria, o tratamento jurídico da regulação no Brasil não pode ser vislumbrado como promotor de favorecimento privilegiado, tendo em vista que as falhas existentes se fundamentam na fragilidade legislativa e/ou no cumprimento das balizas legais, razão pela qual não é possível identificar a presença do mecanismo em foco, a não ser que se considere que tais insuficiências e falhas sejam propositadamente constituídas para fins de facilitação de sequestro regulatório
CATEGORIA SISTÊMICA (a captura se fundamenta no desvirtuamento do sistema regulatório implementado, seja pela fixação equivocada ou lacunas na política regulatória, seja pela relação entre os todos os envolvidos direta ou indiretamente na ação regulatória) **MECANISMO:** **2** Desequilíbrio afetivo na política de acesso (a captura se concretiza através de pressão política dominante oriunda de grupos de interesses) **3** Institucionalização subgovernamental	**CATEGORIA:** parcialmente identificada **MECANISMO:** **2** Considerando que a fixação das políticas públicas e/ou regulatórias são efetivadas e/ou implementadas por políticos e/ou integrantes do setor econômico regulado, de forma direta ou por indicação, graças ao modo de nomeação dos membros do regulador, é possível identificar a presença do mecanismo em foco **3** A despeito da constatação do mecanismo

(a captura se concretiza através de subgovernos, isto é, grupos de interesses integrados por atores institucionais ou não, que se comportam como os legítimos beneficiários das ações regulatórias, em detrimentos de outros grupos, inclusive com redução da possibilidade de existência de pressões dos interesses de outros grupos, que não integram o subgoverno estabelecido)	anterior, não se vislumbra a manifestação de subgovernos na regulação nacional, tendo em vista que a possibilidade de a pressão se exercida por grupos de interesses variados, razão pela qual não é possível identificar a presença do mecanismo em foco. Entrementes, a não identificação desse mecanismo não representa a inexistência de captura, mas sim de diversidade de grupos cooptadores
4 Arbitragem regulatória (a captura se concretiza através de favorecimento especial de grupos de interesses, em razão da influência deles na fixação da política regulatória, possibilitando conhecimento prévio dela e/ou folgas, brechas e retardo do agir do regulador)	**4** Considerando que a tomada de decisão regulatória se estabelece após consulta aos grupos envolvidos, de modo formal ou voluntariamente feito, medida considerada positiva e válida para a eficiência regulatória e controle social, há conhecimento prévio pelos setores regulados dos caminhos regulatórios a serem trilhados. Essa situação pode ou não propiciar captura, a depender da presença da categoria relacional e/ou individual que possa efetivamente existir
CATEGORIA RELACIONAL (a captura se fundamenta no relacionamento entre os envolvidos na regulação, tanto na perspectiva interna, como na externa)	**CATEGORIA:** plenamente identificada
MECANISMO: **5** Governança suplementar (a captura se concretiza através de relacionamento na perspectiva externa, entre reguladores e poder político, atuando esse último para satisfação de interesse próprio ou como representante do das empresas)	**MECANISMO:** **5** Considerando a forma de indicação e nomeação dos dirigentes do regulador, cuja titularidade para tais procedimentos é de ordem política, visa ao atendimento de interesses particulares e alheios aos regulatórios, é possível identificar a presença do mecanismo em foco
6 Governança substitutiva (a captura se concretiza através de relacionamento na perspectiva interna, considerando a atuação dos próprios	**6** Considerando a existência do mecanismo anterior, de modo sequencial se estabelece a captura pelo próprio membro do regulador, razão pela qual é possível identificar a

dirigentes e membros do regulador, que promove a substituição da governança regulatória neutral por outra de matiz tendencioso)	presença do mecanismo em foco
CATEGORIA INDIVIDUAL (a captura se fundamenta nos vínculos e interesses individualmente existentes entre os regulados e os reguladores) **MECANISMO:** **7** Incentivo na tomada de decisão individual (a captura se concretiza através de recebimento de vantagem pelo integrante do poder político ou membro do regulador, decorrente de influência desvirtuadora da ação regulatória, em benefício de certos grupos de interesse, vantagem essa que não representa estritamente corrupção, por se revelar como oportunizadora ganhos variados, em conta do bom relacionamento individual com o setor público e/ou setor privado) **8** Desvio na implementação ou execução regulatória (a captura se concretiza através de práticas corruptivas, estritamente consideradas, e/ou identificação ou conveniência do regulador com os interesses do setor regulado)	**CATEGORIA:** impossibilidade de identificação, dado o aspecto subjetivo da categoria, salvo comprovação judicial, que, no caso, inexiste **MECANISMO:** **7** Identificação prejudicada, pelas razões expostas na categoria respectiva **8** Identificação prejudicada, pelas razões expostas na categoria respectiva
CATEGORIA FUNCIONAL (a captura se fundamenta no funcionamento concreto do modelo de regulação adotado, ocasionando privilégios e/ou benefícios a certos grupos de interesses) **MECANISMO:** **9** Controle de informações (a captura se concretiza através de variação no grau de compartilhamento de informações técnicas vinculadas ao setor regulado, das	**CATEGORIA:** parcialmente identificada **MECANISMO:** **9** Considerando a tecnicidade de cada setor, em particular os que sofrem o influxo das tecnologias e inovações disruptivas, como as áreas de saúde e telecomunicações, por

quais é detentor o respectivo setor, tendo em vista a complexidade típica da área regulada e a necessidade de tais dados para a eficiência regulatória)	exemplo, o fluxo de informações é maior no sentido regulado-regulador, tendo em vista o valor dos investimentos privados em pesquisa técnica, razão pela qual é possível identificar a presença do mecanismo em foco
10 Mitos de competência (a captura se concretiza através de idealização de excelência do mister regulatório, utopia que projeta falsamente a imagem de ação perfeita, técnica, independente, neutra, e isenta de falhas, minimizando a importância do controle do regulador)	**10** Considerando a descrença pátria que incide sobre a regulação, notadamente quanto à neutralidade política, tendo em vista as falhas existentes e sobejamente conhecidas pela sociedade, a despeito da reduzida manifestação acadêmica correlata, não possível identificar a presença do mecanismo em foco. Entrementes, a não identificação desse mecanismo não significa inexistência de captura, já que a ausência dele sinaliza o avançado nível de reconhecimento público da captura regulatória existente entre nós
11 Processo regulatório não racional (a captura se concretiza através de irracionalidade do desempenho regulatório, em razão da utilização de modelos historicamente conhecidos, o que facilita a ação de sequestro do regulador)	**11** Considerando que os modelos regulatórios adotados pelos reguladores brasileiros tendem a se manter idênticos historicamente, tendo em vista a repetição dos arranjos regulatírios utilizados, é possível identificar a presença do mecanismo em foco
CATEGORIA CRÔNICA (a captura se fundamenta no desvirtuamento do curso regulatório, por força da privatização das políticas públicas em favor de específicos interesses, estribada numa corrupção institucionalmente estabelecida)	**CATEGORIA:** plenamente identificada
MECANISMO: **12** Oportunismo de deficiência (a captura se concretiza através de generalização de práticas corruptivas no ambiente regulatório, tornando a captura um traço ordinário do agir regulatório, em razão da influência no regulador ou no próprio	**MECANISMO:** **12** Considerando a forma de estruturação do poder e dos governos brasileiros, desde a redemocratização, tendo em vista os incontáveis episódios corruptivos, de ordem suprapartidária e de atuação indistinta, é possível identificar a presença do mecanismo

governo)	em foco

Fonte: Autoria própria, 2019.

Ao final dessa comparação, é possível inferir que a captura política do regulador brasileiro é um problema mais atrelado ao baixo nível da *performance* de eficiência regulatória, do que uma falência do arranjo normativo da regulação em si mesmo.

Explique-se!

Disse-se que o combate ao sequestro político do regulador se oportuniza através do robustecimento da neutralidade política regulatória, a garantir ao exercício regulatório a necessária segregação da *bad politics*.

Esse aparte se assegura mediante presença de um arcabouço jurídico que embase a existência da ação regulatória e parametrize sua condução e execução. Todavia, o distanciamento partidarista do regulador nacional só será real e concreto, quando socialmente constatável.

Em face do cenário local, a captura política no Brasil se revela pelos resultados da ação regulatória.

Sim, efetivamente há a necessidade de melhoria na legislação regulatória brasileira, para fins de fortalecimento da independência política, notadamente na forma de seleção e substituição dos dirigentes, na estruturação da autonomia financeira do regulador e na definição das competências regulatórias, como fora destacado em páginas anteriores.

Porém, um melhor tratamento desses aspectos não significará por si só um avanço efetivo, caso não redunde em eficiência dos resultados.

Assim é porque o enfrentamento da falha regulatória em questão vindica mais reforço no aspecto comportamental de todos os *players* e de resultados no mister regulatório, e não mais ênfase nos aspectos formal e procedimental (o que, esclareça-se, não significa irrelevância desses pontos).

O quadro 3 comprova isso, ao evidenciar que as categorias atreladas à formalidade e ao procedimento se revelaram menos presentes ou de presença menos evidente no palco doméstico de captura partidarista. É o caso das categorias constitucional e sistêmica, e seus respectivos mecanismos.

Por outro lado, o quadro 3 demonstra que as categorias centradas em fatores comportamentais e de resultados, tais como as categorias funcional e relacional, e seus respectivos mecanismos, estão enfaticamente presentes no panorama brasileiro de sequestro político do regulador.

A estranheza da ausência do mecanismo mitos de competência, da categoria funcional, decorre da acentuada descrença na regulação no Brasil, situação que, como exposto, apenas realça o acerbado nível de captura existente entre nós.

Ainda com base no quadro 3, a identificação da categoria crônica, e seu respectivo mecanismo, no ambiente regulatório brasileiro reforça ideia já exposta, e a ser mais bem explicitada a frente, de que o comportamento patrimonialista de certos agentes políticos e de determinados atores e envolvidos na regulação estatal ocasiona o surgimento de um estado de captura e corrupção constante e profundamente imiscuído no Estado.

Demais disso, no quadro 3, é impossível apontar a presença da categoria individual, e seus respectivos mecanismos, em face do caráter personalíssimo dela, que exige uma verificação do subjetivismo alheio, cujo resultado danoso só pode ser declarado judicialmente.

Em suma, o quadro 3 revela que a captura política do ente regulador independente brasileiro decorre primordialmente do comportamento dos envolvidos e dos resultados produzidos, o que malogra o desempenho regulatório e compromete-lhe a credibilidade social.

Tais pontos precisam ser considerados para a investigação da possibilidade de construção de uma moldura anticaptura política do regulador no Brasil, como se estuda neste trabalho.

Reforça-se, então, algo já percebido alhures: é preciso melhorar as medidas despolitizantes e, principalmente, a eficiência da despartidarização regulatória, para que os meios de as concretizar sejam mais bem aplicados, controlados e fiscalizados.

O presente capítulo destacou que a busca pela *better regulation* exige o mitigar da captura política, pelo fortalecimento da despartidarização regulatória. Sem isso, não há como transmutar o atual estado da arte da neutralidade política do ente regulador independente brasileiro, que é de vulnerabilidade patente.

Essa falha regulatória pode se apresentar através de categorias e mecanismos variados, em conformidade com a lista mitnickiana aqui adotada. E, a partir desse elenco, pode-se verificar como a cooptação partidarista se manifesta no panorama regulatório nacional.

O estudo predicou, até o momento, que o combate ao sequestro partidarista do regulador brasileiro reclama correção da *performance*, com fulcro na modificação do comportamento de todos os envolvidos, seja na aplicação, seja no controle, seja na fiscalização das ações neutralizadoras, com vistas a resultados mais adequados ao exercício regulatório.

Eis o desafio que se impõe ao capítulo que se aproxima: investigar as questões oportunizadoras dessa alteração comportamental, a fim de tornar a neutralidade política do regulador brasileiro robusta (e, talvez, até mais que isso: antifrágil), em razão de uma moldura propiciadora da decantada independência partidarista do regulador nacional.

Claro, se tal construção possível for...

5 **DESPOLITIZAÇÃO REGULATÓRIA ANTIFRÁGIL[299] E À MODA DA CASA?**

Este trabalho massivamente evidenciou que despolitizar o regulador nacional é imprescindível para o êxito do ideário adotado[300]. E, outrossim, enfatizou a urgência de extirpar ou pelo menos restringir a captura política regulatória aqui predominante.

Dito doutra forma, preciso é salvaguardar a neutralidade política da regulação pátria, robustecendo-lhe o arranjo despolitizante, e viabilizar medidas combativas, ou impeditivas, do sequestro partidarista no cenário nacional.

Para tanto, este capítulo se propõe a buscar os pontos vulneráveis da nossa contenção partidarista regulatória, para disso exsurgir a melhoria do aparte político do regulador brasileiro. E, se for possível, torná-la antifrágil.

Nesse sentido, já que o estudo mostrou que a ausência de captura política se percebe (inclusive socialmente) pelo acerto dos resultados regulatórios, analisam-se situações em que a ineficiência regulatória, fruto da *bad politics*, redundou em danos ao Estado e sociedade brasileiros.

Também, a par do visto, do que emergiu a necessidade de aperfeiçoar os aspectos comportamentais dos nossos *players* regulatórios, visita-se o tema corrupção, enquanto ação desalinhadora da coisa pública.[301]

À guisa de boas práticas de despartidarização, a experiência portuguesa no trato da questão é verificada. Como se verá, os fundamentos para a escolha lusitana é mais um ponto de vinculação entre eles e nós. Aqui, a adoção da regulação estatal nos aproxima.

Fulcrado nisso, pode-se erigir (ou não) uma moldura jurídica doméstica apta a efetivar a contenção partidarista no nosso ente regulador.

Não obstante a viabilidade desse arranjo, algo já se sabe, baseado nos estudos realizados: despolitizar é exercício contínuo e renovável.

---

[299] Antifragilidade é o neologismo criado por Nassim Nicholas Taleb, que significa a qualidade de se beneficiar do caos para se aperfeiçoar. Esse conceito pode se relacionar com a melhoria pretendida para a contenção partidarista do regulador pátrio. É o que se investigará.

[300] Força relembrar que a politização regulatória não é responsável exclusiva pelo malogro da regulação, como visto no item 2.2. Porém, essa falha de governança regulatória, atrelada à atuação do ente regulador, é a que recebe evidência neste estudo.

[301] Esclareça-se, *ab* ovo, que este estudo não é sobre corrupção, mas sobre os efeitos dela na cooptação política regulatória.

5.1 **O frágil *versus* o antifrágil na neutralidade política brasileira**

Vulnerável é a despartidarização regulatória nacional. Essa é a realidade empiricamente conhecida e ratificada pelo resultado dos estudos sobre a questão aqui realizados.

À margem de uma construção teórica bem delineada, que embasa o ideário regulatório em si mesmo, por se revelar como um dos aspectos da celebrada independência, descrever o ente regulador doméstico como politicamente neutro, quando analisada a realidade dos fatos, soa destoante, contraditório, falso, paradoxal. Talvez, risível mesmo.

Em síntese, frágil é a experiência brasileira de despolitização regulatória, quando cotejada com sua estrutura teórica.

Ante tal constatação, duas opções se apresentam: abandonar o ideário regulatório adotado e prospectar outros caminhos para a relação Estado-Economia-sociedade ou refazer e melhorar o curso regulatório eleito.

Consoante exposto alhures, a que se remonta[302], a alternativa considerada válida não é a *deregulation*, mas sim a de uma nova governança regulatória, ou melhoria regulatória, ou *better regulation*, ou *smart regulation* ou *regulatory quality and performance*, ou como se pretenda denominar, desde que o foco dessa ação regulatória seja eficiência e qualidade dos resultados, sem extensividade, rigidez e ortodoxia estatais, almejando um desempenho superior na interface Estado, Mercado e sociedade.

Esse *renew deal* regulatório precisa efetivar aspectos, delineamentos e características não exitosamente concretizados na matriz regulatória originária, o que, para os limites e objetivos deste trabalho, significa realizar a neutralidade política do regulador.

Assim, considerando que a despolitização regulatória doméstica é frágil, urge que assim deixe ela de ser, i.e., que não mais seja frágil.

Em seu sentido dicionarizado, o adjetivo frágil significa o que se rompe ou quebra com facilidade; rúptil. Ou o que se estraga facilmente; delicado. Ou algo de pouca resistência. Ou algo desprovido de vigor físico. Ou

[302] Remete-se ao item 2.1.

algo sujeito a cometer pecados. Ou o que tem pouca duração. Ou o que não tem solidez. E frágil tem por antônimo sólido, robusto, resistente.[303]

Ainda em conformidade com o dicionário, fragilidade é o substantivo que expressa a qualidade ou característica de frágil; vulnerabilidade.[304]

A despartidarização do nosso regulador é tida por frágil, por ser rúptil, ou por ter pouca resistência, ou por não ter solidez, em razão das investidas do mau partidarismo. E o que se pretende com a melhoria regulatória é que ela se torne sólida, robusta, resistente.

Porém, há uma ideia mais complexa e ampla do que solidez ou robustez, que pode(?) ser aplicada a essa precisão de melhoria: antifragilidade.

Trata-se de um neologismo, como já destacado, que foi criado pelo profissional e megainvestidor do mercado financeiro e professor de engenharia de riscos no Instituto Politécnico da Universidade de Nova York, o libanês radicado nos EUA Nassim Nicolas Taleb.

No livro *Antifragile: things that gain from disorder*, publicado em 2012 (no Brasil, Antifrágil: coisas que se beneficiam com o caos, 1ª edição publicada em 2015), Taleb apresenta o que considera o oposto perfeito para a fragilidade ou frágil, que é a antifragilidade ou antifrágil.

Como dito, antifragilidade é a qualidade de se beneficiar do caos ou situações adversas para se aperfeiçoar. Pode ser também entendida como uma melhora, quando se estar diante de uma situação inesperada.

Antifrágil é uma qualidade que atinge categoria de coisas que, além de resistir ao caos, dele se beneficia. Na verdade, tais coisas necessitam das situações adversas para continuar existindo e crescendo. O desequilíbrio aperfeiçoa a coisa, que, por o enfrentar, evolui.

Taleb exemplifica essa ideia de frágil X antifrágil ao afirmar que “o vento apaga uma vela e energiza o fogo”[305]. O vento é o caos, a vela é o frágil e o fogo é o antifrágil.

---

[303] FRÁGIL. *In*: MICHAELIS dicionário brasileiro da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2019. Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=&t=&palavra=fragil. Acesso em: 6 jan. 2019.

[304] FRAGILIDADE. *In*: MICHAELIS dicionário brasileiro da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2019. Disponível: https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=fragilidade. Acesso em: 6 jan. 2019.

[305] TALEB, Nassim Nicholas. **Antifrágil**: coisas que se beneficiam com o caos. Tradução de Eduardo Rieche. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Best Business, 2019. p. 21.

A partir de conceitos como aleatoriedade[306], caos[307] e cisne negro[308], dentre outros, defende o autor que a antifragilidade sinaliza oposição mais profunda (e mais correta, segundo Taleb) à fragilidade do que as tradicionais palavras resistência e robustez.

Explica ele que esses últimos termos indicam sim a capacidade de algo enfrentar à desordem, mas que esse enfrentamento não ocasiona melhoria na qualidade intrínseca de quem ou o que enfrenta.

Para ele, frágil seria o negativo, e robusto ou resistente seria o neutro. Só que o oposto do negativo não é o neutro, mas sim o positivo. Então, o oposto de frágil, isto é, o oposto do negativo, é o antifrágil, que é o positivo.[309]

Ora, ser antifrágil é transcender a capacidade de resistir e robustecer, aproveitando a confusão para se aperfeiçoar.

Segundo o autor:

> Algumas coisas se beneficiam dos impactos, elas prosperam e crescem quando são expostas à volatilidade, ao caos, à desordem e aos agentes estressores, e apreciam a aventura, o risco e a incerteza. No entanto, apesar da onipresença do fenômeno, não existe uma palavra para designar exatamente o oposto de frágil. Vamos chamá-lo de antifrágil. A antifragilidade não se resume à resiliência ou à robustez. O resiliente resiste a impactos e permanece o mesmo; o antifrágil fica melhor.[310]

Assim, o frágil se desmantela ante o desequilíbrio; o resistente suporta a desordem, mas não se altera; o antifrágil se aperfeiçoa, ao se confrontar com o caos.[311]

Portanto, o caos, que é inevitável e aleatório, pode ser instrumento de benefício e aprimoramento de quem ou o que o enfrenta, desde que seu 'oponente' seja capaz de analisar e apreender suas próprias vulnerabilidades

---

[306] A aleatoriedade permite o acontecimento do caos, e a antifragilidade das coisas.

[307] Caos significa desordem, confusão e tudo aquilo que está em desequilíbrio.

[308] Cisnes negros são importantes e raros acontecimentos que, em razão da imprevisibilidade e irregularidade, provocam consequências em larga escala, *v.g.,* a 1ª Guerra Mundial, a internet, a crise econômica transnacional de 2008. "Os Cisnes Negros capturam nosso cérebro, fazendo-nos sentir 'como se' ou 'quase' os tivéssemos previsto, pois são retrospectivamente explicáveis. Não percebemos seu papel em nossa vida por causa desta ilusão de previsibilidade" (TALEB, Nassim Nicholas, 2019, op. cit., p. 25).

[309] *Idem, Ibidem.*

[310] *Idem, Ibidem*, p. 21.

[311] Essa condição antifrágil quer recordar um ditado popular: 'o que não mata, fortalece', sendo que, na lógica de Taleb, não morrer e fortalecer-se são habilidades a ser conjuntamente desenvolvida, e não antíteses.

com essa vivência. Essa habilidade o tornará melhor para a próxima desordem. E assim se dará continuamente.

Taleb aponta exemplos de antifrágis: a Hidra de Lerna (da mitologia grega), sistemas econômicos, o corpo e a nutrição humanos, certos contratos financeiros e a própria regulação (quando tratada com virtude, e não regras e princípios).[312]

Toda essa ideia de antifragilidade, contrapondo-se à fragilidade e extrapolando a noção de robustez[313], é deveras atraente para o problema que se investiga neste estudo, pois, em não se rejeitando a regulação, apesar da ocorrência reiterada da captura política, preciso é tornar a despolitização efetiva, a despeito das ações do mau partidarismo.

A reflexão que se faz é a seguinte: além de ser resistente ao sequestro partidarista, pode a neutralidade política regulatória ser capaz de se melhorar a cada investida da *bad politics*?

Tanto sobre o ensaio de Taleb, como sobre a possibilidade de tornar a despolitização antifrágil, cabem o mesmo pensamento: interessantes na teoria, mas não tão simples de se aplicar na prática. Até porque, pertinentemente a nossa temática, nem se sabe se é possível realmente ser a neutralidade política resistente...

De toda sorte, seja para fortalecer, seja para antifragilizar[314], preciso é desnundar os males provenientes da falta de despartidarização regulatória nacional, pois, como se evidenciou, a ocorrência de captura política e a ausência da despolitização são expostas pelos resultados não satisfatórios ou prejudiciais do exercício regulatório.[315]

Ademais, tal qual se sustentou anteriormente, a melhoria regulatória precisa considerar os defeitos existentes na própria moldura inicial, para, a partir dos erros, corrigir-se.

Para tanto, resgatam-se as já apresentadas garantias da independência política do regulador nacional, a serem confrontadas com as igualmente destacadas práticas de partidarização regulatória efetivadas no

---

[312] TALEB, Nassim Nicholas, 2019, op. cit.

[313] Não se pretendeu expor toda a lógica da antifragilidade defendida pelo seu autor, mas apenas destacar os aspectos que possam ser aproveitáveis para o debate aqui instalado.

[314] Eis aqui um neologismo para chamar de meu!

[315] Não sem razão é sabido, desde a Antiguidade, que, pelo fruto, conhece-se a árvore. Eis a lógica a ser aplicada aqui.

palco doméstico. Desse confronto, serão indicados exemplos de danos oriundos da cooptação partidarista brasileira.

Nesse sentido, recorrer-se-á ao já adotado modelo de ilustração:

Quadro 4 – Confronto entre as garantias da independência política do regulador nacional e as práticas domésticas de partidarização regulatória:

GARANTIAS DA INDEPENDÊNCIA POLÍTICA DO REGULADOR NACIONAL	**PRÁTICAS DOMÉSTICAS DE PARTIDARIZAÇÃO REGULATÓRIA**
GARANTIA ORGÂNICA	**GARANTIA:** parcialmente prejudicada
1 Estabilidade dos dirigentes: **1.1** Forma de escolha e nomeação dos diretores pelo Presidente da República, após aprovação por sabatina no Senado Federal	**1** Estabilidade dos dirigentes: **1.1.a** Nomeação de dirigentes pautada pela partilha de postos entre a base de sustentação partidária do Governo **1.1.b** Nomeação de dirigentes com baixo nível de *expertise* e/ou desprovido de experiência profissional no setor **1.1.c** Sabatina-simulacro pelo Senado Federal, quando da escolha dos novos dirigentes
1.2 Mandato fixo, com prazo certo e descoincidente entre eles, os dirigentes, e em relação ao chefe do Executivo	**1.2.a** Nomeação de dirigentes em bloco, após certo período de vacância, para minimizar o escalonamento de mandatos **1.2.b** Possibilidade de recondução nos cargos de diretoria, a submeter os dirigentes ao atendimento do arbítrio e conveniências do Poder Político
1.3 Impossibilidade de afastamento desmotivado, cuja perda do mandato antes do prazo só por cometimento de falta funcional comprovada por processo administrativo disciplinar ou de condenação judicial definitiva	**1.3** Nomeação de diretores interinos e, portanto, demissíveis a qualquer tempo

1.4 Regime de incompatibilidades e quarentena pós-mandato **2** Ausência de controle hierárquico, mas presença do contrato de gestão e de desempenho	**1.4** Recorrente *revolving door,* com executivos das empresas reguladas entrando e saindo pelas portas giratórias das diretorias dos reguladores **2** Considerando que poucos reguladores são obrigados por lei a ter contrato de gestão (ANEEL, ANS e ANVISA), e que nos demais entes, o contrato de gestão é opcional ou não previsto, não há como identificar ocorrência de danos à neutralidade política, quanto a esse aspecto, pelo que resta prejudicado.
GARANTIA ADMINISTRATIVA OU FUNCIONAL **1** Autonomia de gestão financeira do regulador para organizar e gerir o respectivo plano orçamentário, para garantir a dotação orçamentária geral e outras provisões financeiras **2** Liberdade de organização dos serviços, para distribuição interna de competências e atribuições para o cumprimento do mister regulatório para o respectivo setor	**GARANTIA**: plenamente prejudicada **1** Contingenciamento de recursos financeiros, a impedir o exercício ordinário das atividades regulatórias **2.a** Paralisia decisória no âmbito do regulador independente, por ausência de *quorum*, decorrente da não nomeação de diretores **2.b** Usurpação das competências dos entes reguladores por órgãos do Governo, de natureza essencialmente político-partidária, restringindo a atuação daqueles e maculando sua autonomia no respectivo setor de atuação **2.c** Contingenciamento de recursos materiais e de pessoal, a impedir o exercício ordinário das atividades regulatórias

Fonte: Autoria própria, 2019.

Quadro 5 – Exemplos de danos oriundos da cooptação partidarista brasileira[316], a partir do confronto com as práticas de partidarização regulatória domésticas:

PRÁTICAS DE PARTIDARIZAÇÃO REGULATÓRIA DOMÉSTICAS	**EXEMPLOS DE DANOS ORIUNDOS DA COOPTAÇÃO PARTIDARISTA BRASILEIRA**
Nomeação de dirigentes pautada pela partilha de postos entre a base de sustentação partidária do Governo (Governo de coalização partidária)	A ANATEL, desde 2015, tem por dirigente Aníbal Diniz Antônia de Oliveira Félix, que foi Senador pelo Acre pelo PT (2010-2015)[317-318] No período pesquisado, constatou-se que 27% dos nomeados tinham filiação político-partidária, tendo na ANP a maior incidência de filiados partidários em seu colegiado (37%)[319] Até 2016, a ANP foi o regulador com perfil partidário mais evidente, já que, durante o Governo FHC, os nomeados com filiação eram do PSDB, ao passo que, nos Governos Lula e Dilma, os nomeados com filiação eram predominantemente do PC do B[320] O processo de sabatina vigente, considerando os dados abaixo explicitados, demonstra que há repartição dos cargos de dirigentes dos reguladores em quotas partidárias[321]
Nomeação de dirigentes com baixo nível de *expertise* e/ou desprovido de experiência profissional no setor	Até 2016, 42% dos nomeados não tinham experiência profissional aderente à função, sendo que, na ANAC, 59% não tinham aderência à área[322] Os dirigentes se dividem em dois grupos: de

[316] Os exemplos constantes na ilustração foram extraídos de pesquisas publicadas ou divulgadas na Mídia.
[317] SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur (Coor.), 2016, op. cit.
[318] BRASIL. ANATEL. Aníbal Diniz. Disponível em: http://www.anatel.gov.br/institucional/index.php?option=com_content&view=article&id=725. Acesso em: 5 mar .2019.
[319] SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur (Coor.), 2016, op. cit.
[320] *Idem, Ibidem.*
[321] *Idem, Ibidem.*
[322] *Idem, Ibidem.*

	perfil teórico (acadêmico, gestor de políticas públicas e consultor legislativo) e de perfil prático (especialistas técnicos, especialistas em regulação, comissionados carreiristas, militares, profissionais jurídicos e técnicos comissionados)[323] No período pesquisado, não foi registrada a existência de dirigente cuja última passagem tenha sido em órgãos representativos dos usuários[324] No período pesquisado, foi verificado que as nomeações de dirigentes adotam por critério a endogenia, isto é, pessoas já empossadas em cargos dos mesmos reguladores[325]
Sabatina-simulacro pelo Senado Federal, quando da escolha dos novos dirigentes	Até 2016, o Senado Federal aprovou 95% dos indicados pela Presidência da República para integrar diversos reguladores. No período, foram enviadas 139 indicações, havendo rejeição de 7 delas, todas para a ANTT[326] Até 2016, o Senado Federal tem um tempo médio de 36 dias para aprovação dos indicados pela Presidência da República para integrar diversos reguladores[327] Quanto ao uso da palavra pelos Senadores nas sessões de sabatina, das 31 reuniões da Comissão de Infraestrutura do Senado Federal analisadas, em 27 delas menos da metade dos presentes e/ou dos votos válidos

[323] SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur (Coor.), 2016, op. cit.
[324] *Idem, Ibidem.*
[325] *Idem, Ibidem.*
[326] O estudo não apontou as razões das rejeições na ANTT, mas cogitou que "os casos demonstram que potencial rejeição dos nomes se dá por fatores estranhos à pessoa do indicado, que não sua capacitação técnica e proposta de trabalho à frente da Agência Reguladora". A falta de prévia negociação entre Executivo e Legislativo para a indicação formal e/ou desrespeito à ordem da quota partidária na ocupação de cargos do Governo são hipóteses possíveis (*Idem, Ibidem,* p. 97).
[327] *Idem, Ibidem.*

	se manifestou. E, em 7 sessões, nenhum Senador se manifestou[328]
Nomeação de dirigentes em bloco, após certo período de vacância, para minimizar o escalonamento de mandatos	A Presidência da República, em 2016, indicou em bloco Juliano Alcântara Noman, Hélio Paes de Barros Júnior e Ricardo Sérgio Maia Bezerra, os quais foram sabatinados pelo Senado também em bloco, o que resultou em nomeação de todos em bloco[329-330]
Possibilidade de recondução nos cargos de diretoria, a submeter os dirigentes ao atendimento do arbítrio e conveniências do Poder Político	No período pesquisado, constatou-se que a recondução é mais comum na ANEEL e na ANP[331] Quando submetida ao Senado Federal, a recondução é majoritariamente aprovada. A aprovação de recondução se mostrou mais acirrada em 2015, por ocasião de recondução de Noboru Ofugi para a ANTT, que havia sido nomeado pelo Governo FHC, sendo a recondução realizada no Governo Lula[332] No período pesquisado, registra-se um episódio de rejeição pelo Senado Federal à recondução, havida em 2011, para o então diretor-geral da ANTT Bernardo José Figueiredo Gonçalves de Oliveira[333] Dos 56% dos nomeados no Governo FHC que concluíram seus mandatos, nenhum foi reconduzido ao cargo pelo Governo Lula. E 1/3 dos dirigentes oriundos do Governo Lula foram reconduzidos pelo Governo Dilma[334]

[328] SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur (Coor.), 2016, op. cit.
[329] *Idem, Ibidem.*
[330] BAPTISTA, Rodrigo. Indicações para diretoria da Anac são aprovadas em comissão e vão ao Plenário. **Agência Senado**, Brasília/DF, 23 mar. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/03/23/indicacoes-para-diretoria-da-anac-sao-aprovadas-em-comissao-e-vao-ao-plenario. Acesso em: 5 mar. 2019.
[331] SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur (Coor.), 2016, op. cit.
[332] *Idem, Ibidem.*
[333] *Idem, Ibidem.*
[334] PECI, Alketa Peci; VIEIRA, Alexandre Sérgio Alves. Agências reguladoras independentes? análise das trajetórias de carreira dos reguladores federais brasileiros. *In*: DE NEGRI, João Alberto; ARAÚJO, Bruno César; BACELETTE, Ricardo (Org.). **Desafios da Nação**: artigos de apoio. v. 2. Brasília, DF: IPEA, 2018. p. 539-557. Disponível em:

Nomeação de diretores interinos e, portanto, demissíveis a qualquer tempo	A ANTT teve por diretor interino, no período de março/2012-julho/2015, Carlos Fernando do Nascimento[335] A ANTAQ teve por diretores interinos, concomitantemente, no período de dezembro/2012-maio/2014, Mario Povia e Fernando José de Pádua Costa Fonseca[336]
Recorrente *revolving door,* com executivos das empresas reguladas entrando e saindo pelas portas giratórias das diretorias dos reguladores	A ANATEL teve por presidente, no período de 6/4/2005 a 3/11/2005, Elifas Chaves Gurgel do Amaral. Ao final do mandato, Elifas Chaves Gurgel do Amaral se tornou consultor da UNICEL, que, na época, era uma operadora de telefonia celular[337]
2 Considerando que poucos reguladores são obrigados por lei a ter contrato de gestão (ANEEL, ANS e ANVISA), e que nos demais entes, o contrato de gestão é opcional ou não previsto, não há como identificar ocorrência de danos à neutralidade política, quanto a esse aspecto, pelo que resta prejudicado.	Análise não efetivada, considerando que o item resta prejudicado
Contingenciamento de recursos financeiros, a impedir o exercício ordinário das atividades regulatórias	Entre 2010 e 2015, os orçamentos do Governo Dilma previram para os reguladores R$ 57 bilhões, mas apenas R$ 19,3 bilhões foram efetivamente liberados e gastos[338] A ANEEL, em 2016, tinha orçamento estimado de R$ 200 milhões. Porém, efetivamente foi disponibilizado o valor de R$ 120 milhões[339]
Paralisia decisória no âmbito do regulador independente, por ausência de *quorum*,	Desde sua criação até 2016, a ANTAQ sofreu duas paralisias decisórias (17/02/2006 a

http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180413_desafios_da_nacao_artigos_vol2_cap31.pdf. Acesso em: 5 mar. 2019.

[335] SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur (Coor.), 2016, op. cit.

[336] *Idem, Ibidem.*

[337] TITO, Fábio. PF ouve pessoas ligadas à Anatel sobre suposto tráfico de influência. **G1**, 3 dez. 2010. Disponível em: http://g1.globo.com/politica/noticia/2010/12/pf-ouve-pessoas-ligadas-anatel-sobre-suposto-trafico-de-influencia.html. Acesso em: 5 mar. 2019.

[338] JORDÃO, Eduardo Ferreira; RIBEIRO, Mauricio Portugal, 2017, op. cit.

[339] ALEGRETTI, Laís. Orçamento sobe a R$ 120 milhões e Aneel retoma serviços cortados. **G1**, 14 jun. 2016. Disponível em: http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/06/aneel-retoma-servicos-cortados-apos-orcamento-subir-r-120-milhoes.html. Acesso em: 5 mar. 2019.

decorrente da não nomeação de diretores	30/06/2006 e 18/02/2014 a 06/05/2014), fenômeno que ocorreu também com a ANTT, ANAC, ANEEL e ANP, em períodos e quantidades distintas A ANATEL jamais teve paralisia decisória[340]
Usurpação das competências dos entes reguladores por órgãos do Governo, de natureza essencialmente político-partidária, restringindo a atuação daqueles e maculando sua autonomia no respectivo setor de atuação	Em 2014, o Congresso Nacional editou Decreto Legislativo nº 273/2014, sustando a eficácia de resolução da ANVISA, na qual era vedava a comercialização de medicamentos inibidores de apetite usados contra a obesidade. O fundamento do referido decreto foi a discordância do Legislativo para com o mérito da decisão regulatória[341]
Contingenciamento de recursos materiais e de pessoal, a impedir o exercício ordinário das atividades regulatórias	Decorre esse contingenciamento de vários fatores, tais como contingenciamento orçamentário (visto acima) e ausência de nomeações de dirigentes (igualmente tratado acima) Exemplo: desde sua criação até 2016, a ANTT não dispôs de um presidente durante 27% do tempo desde sua criação, cargo que concentra diversas competências regulatórias relevantes, impedindo o desenvolvimento satisfatório de capacidade institucional dela[342]

Fonte: Autoria própria, 2019.

Desta feita, restam evidenciados os males decorrentes do sequestro político na regulação nacional, a comprometerem a própria ação regulatória.

Analisando os quadros expostos, cumpre ratificar, como fora dito alhures, que a captura política do regulador brasileiro é fato:

(a) Não recente (já que é identificada desde 2000);

(b) Suprapartidário (por envolver diversos partidos políticos brasileiros, e de diferentes ideologias);

(c) Disseminado (desenvolve-se em diversos reguladores nacionais);

[340] SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur (Coor.), 2016, op. cit.
[341] JORDÃO, Eduardo Ferreira; RIBEIRO, Mauricio Portugal, 2017, op. cit.
[342] SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur (Coor.), 2016, op. cit.

(d) Extremamente danoso (prejuízos 'diretos e indiretos'[343]).

Além desses problemas, outro há também merecedor de destaque[344], não apenas vinculado à regulação, mas ao próprio manejo da coisa pública brasileira, que é a corrupção.

De pronto, cabe firmar que a captura política regulatória não pode ser atribuída exclusivamente à corrupção no setor público.[345] Entrementes, é impossível não a computar entre as causas do sequestro partidarista, em especial em razão da condição espraiada que a corrupção tem no Brasil.[346]

Enquanto fenômeno reconhecido e estudado desde há muito, a corrupção tem recebido incontáveis definições, em face do tratamento multidisciplinar e transnacional, de ordens doutrinária e legal.

Aqui, ela é "a utilização da função pública para a obtenção de vantagens patrimoniais ou não patrimoniais indevidas, para si ou para terceiros" [347].

A partir desse comportamento indevido desempenhado por quem integra, de alguma forma, a estrutura estatal, quer seja o próprio integrante, quer seja terceiro, e que exerce uma influência indevida nas decisões públicas, com o fito de percepção de vantagem de qualquer natureza.[348]

A despeito de seu traço comportamental, mister é separar atitude corrupta de atitude imoral:

> A corrupção é considerada em termos de legalidade e ilegalidade e não de moralidade e imoralidade; tem de levar em conta as

---

[343] Fala-se em prejuízos diretos sobre os relacionados aos resultados da atividade regulatória específica para o setor respectivo. Sobre prejuízos indiretos, diz-se acerca da quebra da confiança social no regulador captura e no próprio mister regulatório como um todo. Ambos prejuízos são de repercussão imensurável.

[344] Com efeito, os problemas são muitos, mas aqui apenas alguns são realçados.

[345] "Capturar não é um conceito unidimensional; não se pode simplesmente argumentar, por exemplo, que o mecanismo básico é a corrupção pública." No original: "*Capture is not a one-dimensional concept; one cannot simply argue, for example, that the basic mechanism is public corruption*." (MITNICK, Barry M., 2011, op. cit., p. 36).

[346] O que não significa dizer que se trata de "um mal brasileiro", já que identificado, estudado e combatido de forma geograficamente indimensionada. "Há, é certo, alguns aspectos das economias nacionais que tornam alguns países mais suscetíveis à corrupção do que outros. (...) Além de fatores econômicos, outros, de natureza cultural e histórica, também interferem no grau de corrupção de diferentes nações. Contudo, em nenhuma delas a corrupção deixa de produzir efeitos deletérios." (GHIGNONE, Luciano Taques. Corrupção e eficiência administrativa: um exame à luz da Análise Econômica do Direito (II). **Revista Internacional de Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 2, n. 2, 2013, p. 1209. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/02/2013_02_01187_01276.pdf. Acesso em: 10 jan. 2019).

[347] *Idem, Ibidem*, p. 1205.

[348] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, 1998, op. cit.

> diferenças que existem entre práticas sociais e normas legais e a diversidade de avaliação dos comportamentos que se revela no setor privado e no setor público.[349]

Desta feita, o combate à corrupção visa à implementação de um comportamento adequado aos padrões normativos de determinado país, e não a alinhamento comportamental de base moral.

À generalidade, a corrupção se manifesta de variadas formas, *v.g*, suborno (concessão de favor em troca de dinheiro), subtração de recursos por quem os administra, fraude (falsificação ou manipulação de documentos e informações), extorsão (obtenção de dinheiro, favores e outros, mediante coerção, violência ou ameaça), favorecimento (distribuição indevida de recursos, guiada pelo abuso de poder) e nepotismo (espécie de favorecimento, em que os benefícios se voltam para os familiares), dentre outros.[350]

Identifica-se como causa da corrupção a possibilidade de alcançar um objetivo pessoal mais rápido ou defeso, em face do ordenamento jurídico. Considerando o agente as variáveis presentes, i.e., possibilidade de punição, magnitude da pena e facilidade para a ação (em razão de monopólio na prática do ato e a discricionariedade em praticá-lo), ter-se-á ou não ação corruptiva.[351]

Restringindo ao palco nacional, cabe quantificar a corrupção aqui existente, o que se faz com base no trabalho da Transparência Internacional[352], que adota a percepção da corrupção[353] como critério de medição.

Para essa organização[354], um país obtém nota mais elevada quando a percepção da corrupção é menor. Assim, o Índice de Percepção da

---

[349] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, 1998, op. cit., p. 292.

[350] BOEHM, Frédéric. Regulatory capture revisited – lessons from Economics of corruption. **Internet Center for Corruption Research**, 2007. Disponível em: http://www.icgg.org/downloads/Boehm%20-%20Regulatory%20Capture%20Revisited.pdf. Acesso em: 13 jan. 2019.

[351] GHIGNONE, Luciano Taques, 2013, op. cit., p. 1205.

[352] Igualmente relevante é a avaliação periódica realizada pelo Banco Mundial, denominada *Worldwide Government Indicators*, em que consta a corrupção como item a ser avaliado.

[353] Além desse, há também o Barômetro Global da Corrupção, como indicador de corrupção (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Barômetro da corrupção**. Disponível em: https://transparenciainternacional.org.br/conhecimento/barometro. Acesso em: 10 jan. 2019.)

[354] "Somos uma organização não-governamental apartidária, sem alinhamentos ideológicos, sem fins lucrativos, dedicada à luta contra a corrupção. Temos mais de duas décadas de atuação e estamos presentes em mais de 100 nações. Trabalhamos em todos esses países com um só propósito: construir um mundo em que governos, empresas e o cotidiano das pessoas estejam livres deste problema social." (*Idem*. **O que é a Transparência Internacional?** Disponível em: https://transparenciainternacional.org.br/quem-somos/perguntas-frequentes/. Acesso em: 10 jan. 2019.)

Corrupção (IPC)[355] é obtido pela razão inversa entre a percepção maior de corrupção e a nota recebida pelo país analisado.

No atual ranking mundial da Transparência Internacional, que é relativo a 2019, o Brasil ocupa a posição 106, dentre 180 países.[356]

De acordo com o IPC 2019, a pontuação do Brasil é 35, e "o país manteve-se no pior patamar da série histórica do Índice de Percepção da Corrupção, com apenas 35 pontos"[357].

Tal nota é menor que a média global (43), aquém que a média das Américas (44) e igual a média do Leste Europeu e Ásia Central.[358]

Empatados com o Brasil estão Albânia, Argélia, Costa do Marfim, Egito, Macedônia e Mongólia.[359]

Portanto, é possível afirmar que há corrupção no setor público brasileiro, e em nível considerado alto.

Concernentemente à regulação e seus entes, a corrupção também impacta negativamente no mister delineado, em razão do insuflamento das intenções cooptadoras tradicionais, em troca de vantagens indevidas.

Em razão das atividades regulatórias a serem desenvolvidas, tais como controle de preços, definição de área de atuação, aplicação e cobrança de multas, etc, o integrante do regulador pode ser corrompido, a fim de promover ações regulatórias mais interessantes ao alvedrio do cooptador.

Os danos disso incidem, num primeiro plano, sobre os usuários do setor regulado, já que o benefício indevidamente auferido pelos corruptos colide com os interesses do consumidor; num segundo instante, tem-se a eficiência regulatória atacada, pela ausência da neutralidade teorizada.

---

[355] "O Índice de Percepção da Corrupção (IPC) é o principal indicador de corrupção no setor público do mundo. Produzido desde 1995 pela Transparência Internacional, o IPC avalia 180 países e territórios e os avalia em uma escala na qual 0 o país é percebido como altamente corrupto e 100 significa que o país é percebido como muito íntegro." (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Índice de Percepção da Corrupção 2019**. Disponível em: https://ipc.transparenciainternacional.org.br/. Acesso em 13 fev. 2020).

[356] *Idem, Ibidem.* Disponível em: https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/67:indice-de-percepcao-da-corrupcao-2019?stream=1. Acesso em 13 fev. 2020.

[357] *Idem, Ibidem.* Disponível em: https://ipc.transparenciainternacional.org.br/. Acesso em: 13 fev. 2020.

[358] *Idem, Ibidem.* Disponível em: https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/67:indice-de-percepcao-da-corrupcao-2019?stream=1. Acesso em 13 fev. 2020.

[359] *Idem, Ibidem.*

Prova disso é que, dentre o elenco mitnickiano de práticas de captura regulatória, exposto alhures, há a especificação da captura regulatória instigada pela corrupção, que é a categoria individual, notadamente pelo mecanismo de desvio na implementação ou execução regulatória.[360]

Nessa relação captura e corrupção, não é demais afirmar que:

> Deve-se ter em mente que a corrupção que eventualmente existe nos órgãos reguladores não é apenas uma consequência da captura regulatória. Por outro lado, pode-se dizer que a captura regulatória tem como consequência natural um caminho que leva à corrupção, ou seja, podemos dizer que a captura de agências reguladoras é uma janela para a corrupção e por isso deve ser fortemente combatida.[361]

Por isso, o combate à corrupção imprescinde de melhoria na estrutura da ação regulatória, pois "a corrupção existe, nesse caso, porque o ambiente propicia condições de demanda por ações corruptas"[362]. Diminuir ou esvaziar essa demanda é imperioso.

O combate ao trato patrimonialista da coisa pública brasileira tem atualmente se concentrado no fortalecimento da governança pública, notadamente no aspecto da integridade, com medidas de controle interno, gestão de riscos, auditoria, *accountability* e transparência.[363]

Desta feita, a estrutura normativa existente para tal fim está disposta em várias normas, tais como as Leis nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses), nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e nº 13.303/2016 (Lei das Estatais).

---

[360] Remete-se ao item 4.2.

[361] No original: "*se debe tener en cuenta que la corrupción que eventualmente existe en los órganos reguladores no es sólo una consecuencia de la captura regulatoria. por otro lado, se pude afirmar que la captura regulatoria tiene como consecuencia natural un camino que conlleva a la corrupción, dicho de otra manera, se pude decir que la captura de las agencias reguladoras es una ventana abierta a la corrupción y por eso debe ser fuertemente combatida*". (VASCONCELLOS, Rodrigo Abijaodi Lopes de. **Mitigación de la captura regulatoria para reducir los riesgos de corrupción en las agencias reguladoras federales brasileñas**. Dissertação (Mestrado em Estrategias anticorrupción y políticas de integridad) - Universidad de Salamanca, Salamanca, 2018, p. 42. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/documents/656835/14876412/Disserta%C3%A7%C3%A3o+Rodrigo+2018.pdf/ae9f3f68-4fcd-9451-147c-4ec3d61ffecb. Acesso em: 14 jan. 2019).

[362] GHIGNONE, Luciano Taques, 2013, op. cit., p. 1207.

[363] FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da administração pública brasileira. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/05/governanca-combate-corrupcao.pdf. Acesso em: 13 jan. 2019.

A despeito de todo esse enfrentamento legislativo, que se aproxima do arranjo internacionalmente utilizado para combate de ações corruptas, a corrupção ainda é de presença acentuada no cenário nacional, e incrementa ferozmente a captura política regulatória ainda predominante.

É da junção nefasta de sequestro político do regulador e corrupção pública que redundam os danos exemplificados linhas atrás, comprobatórios da vulnerabilidade da despolitização regulatória brasileira.

Por isso tudo, reafirma-se sem receio de enfado, é preciso fortalecer a neutralidade política do regulador pátrio, que se rompe a cada manifestação de seu caos particular (captura política).

E mais! Seria possível antifragilizá-la? A resposta a essa indagação é mais um desafio que se impõe à possível elaboração de uma moldura jurídica de efetiva contenção da influência do mau partidarismo na regulação brasileira, e que precisa se adequar aos padrões do *renew deal* regulatório.

Na busca dessas respostas, há um derradeiro ponto a ser verificado, cujas validade e importância são inquestionáveis: a experiência internacional de peleja contra a partidarização regulatória. Tal análise é relevante, por ser "fonte inegável de enriquecimento cultural, com notória utilidade para o melhor conhecimento do direito nacional e para o seu aperfeiçoamento"[364].

É essa ajuda que se recorrerá, no item subsequente.

5.2 **As propostas ádvenas para despolitização regulatória: o exemplo português**

Considerando a amiúde mencionada dificuldade de despolitizar e de enfrentar a captura política, a investigação sobre o robustecimento (ou antifragilidade, talvez) da neutralidade política do regulador pátrio não pode dispensar a verificação da correspondente experiência estrangeira.

A partir da contribuição das tentativas alienígenas de mitigar o efeito da *bad politics*, enquanto ação fragilizadora da independência política

[364] CARDOSO, Gustavo Vitorino. O Direito Comparado na jurisdição constitucional. **Revista Direito GV**, São Paulo, ano 6, n. 2, p. 471, jul./dez. 2010.

regulatória, é possível burilar a práxis nacional, notadamente quando se intenta melhorar o formato existente.

Se, de um lado, há o arranjo originário local, sinalizando seus defeitos e mazelas, de outra banda, há o cenário estrangeiro, revelando as escolhas tomadas e concretizadas, como também a validação concreta ou não delas. A conjunção dessas perspectivas amplia o espectro investigativo, por disponibilizar mais dados para análise.

Por isso, é inegável o valor do Direito Comparado, ou da Comparação de Direitos, na formação e atuação do jurista e para o existir do próprio Direito, pelo descortinar de outras realidades jurídicas, nada obstante suas distâncias geográficas, oferecendo oportunidade de identificação de orientações, diretrizes, posicionamentos e construções jurídicas eleitas nos ordenamentos alienígenas, pois:

> ‘O primeiro objetivo dos estudos comparativos’, escreve com algum *humour* o Prof. Hansom (*Revue Internationale de Droit Comparé*, 1950, p. 679), não é de nos fazer adquirir conhecimentos sobre um outro sistema, mas o de nos fazer 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 tornando-se prisioneiro do seu próprio direito. ‘As árvores lhe escondem a floresta.’ O jurista não mais enxerga as linhas essenciais que fazem a verdadeira originalidade do Sistema. Que é, então, que o especifica? Ele só pode responder por *comparação*.[365]

Por óbvio, essa verificação comparativa não se confunde com a mera cópia de propostas, arranjos, modelos ou soluções externas, pois, como tratado anteriormente[366], a imitação de direitos não garante, no Estado copiador, a repetição do êxito ocorrido no país imitado. O que se pretende com o estudo juscomparativo, ratifica-se, é o aperfeiçoamento do sistema jurídico nacional, a partir da observação de outras estruturas jurídicas contemporâneas, sem desprezar nossas peculiaridades, tanto na tentativa de neutralizar, como nas práticas de capturar.

Sendo assim, “em um mundo onde a captura varia, parece muito provável que alguns sistemas e agências da regulação tenham feito um

---

[365] RIVERO, Jean. **Curso de Direito Administrativo comparado**. Tradução de J. Cretella Jr, São Paulo: RT, 1995. p. 20-21. Grifos do original.

[366] Conforme abordado no item 2.2.

trabalho melhor do que os outros em resistir”[367], a pesquisa sobre os acertos e desacertos externos na estruturação da neutralização política regulatória auxilia na construção de um novo e (quiçá?) não-frágil estado da arte da despolitização do regulador brasileiro.

Incontáveis países cuidam do problema da captura política e/ou tratam de reforçar a neutralização partidarista de seus reguladores. Itália, Espanha, México e EUA são alguns deles. [368]

Entretanto, para aqui se escolheu Portugal como objeto do estudo juscomparativo.

Vários são os pontos de identidade entre eles e nós, aptos a justificar a escolha, dentre os quais três se destacam, a saber, inserção na mesma família jurídica, similitude da estrutura regulatória e preocupação com a captura política do regulador.

Assim como o Brasil, Portugal adota o sistema jurídico *civil law*. Contudo, basearam suas moldagens regulatórias na figura das agências, cuja origem remonta ao sistema jurídico *common law*.

Demais disso, a introdução do modelo de regulação estatal em ambos países ocorreu após a promulgação das respectivas Constituições, situação a reclamar adequações normativas posteriores e sequenciais, para fins de constitucionalidade dos arranjos regulatórios.

Pertinentemente ao problema objeto de verificação, cumpre destacar que, mesmo não vivenciando um caos na neutralidade política do seu regulador, como se passa aqui, a captura política sempre foi objeto de cuidado no ambiente regulatório português.

Neste sentido, clara é a Declaração de Condeixa[369], acerca das “razões que se advogam a favor da independência das autoridades

---

[367] No original: “*In a world where capture varies, it seems very likely that some regulatory systems and agencies have done a better job than others at resisting it*” (MOSS, David A.; CARPENTER, Daniel, 2014, op. cit., p. 452).

[368] Cf., dentre outros, MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda, 2003, op. cit.; POLLITT, Christopher; TALBOT, Colin (Ed.), 2004, op. cit.; SØREIDE, Tina; WILLIAMS, Aled Williams (Ed.). **Corruption, grabbing and development**: real world challenges. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2014.

[369] Também conhecida como Manifesto de Condeixa, trata-se de documento que define os princípios do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade Coimbra, que resultou dos debates realizados no "Fórum de Condeixa", havido em 4 de outubro de 2002.

reguladoras"[370], no tocante às questões do profissionalismo e neutralidade política e da blindagem contra a captura regulatória:

> Na mesma linha do argumento anterior, defende-se hoje que a regulação é essencialmente uma questão técnica, devendo estar tão afastada quanto possível da disputa política. Isso favorece o recrutamento de especialistas profissionais, em vez de pessoal político, dando garantias de maior neutralidade e objectividade da atividade regulatória.
> (...)
> Por isso, a criação de reguladores independentes, afastados das constrições próprias da luta partidária e do ciclo eleitoral, proporciona melhores condições para resistir às eventuais pressões dos regulados do que sucederia em relação a serviços da Administração directa ou indirecta, no sentido de inflectir a regulação em seu proveito.[371]

Em razão disso, optou-se por visitar a experiência lusitana de despolitização regulatória.

Em linhas gerais, a regulação e os entes reguladores independentes portugueses são compreendidos da seguinte forma:

(a) A assunção lusa do formato de Estado regulador se deu com a desintervenção do Estado na Economia, e de desgovernamentalização da regulação, seguindo, a seu modo e sob influxo da comunitarização que se desenvolveu na Europa Continental, a trajetória de evolução dos modelos estatais delineada alhures[372];[373]

(b) Assim, a regulação portuguesa "abrange áreas que eram anteriormente exploradas por operadores públicos, onde se confundia o papel do Estado-Empresário com o de Estado-Regulador"[374];

(c) Essa regulação exige um modelo regulatório com garantias de neutralidade e independência, mas de natureza administrativa e dotada de

---

[370] MOREIRA, Vital. **Por uma regulação ao serviço da economia de mercado e do interesse público**: "Declaração de Condeixa". 2002, p. 2. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/43192991_Por_uma_regulacao_ao_servico_da_economia_de_mercado_e_do_interesse_publico_Declaracao_de_Condeixa. Acesso em: 4 mar. 2019.

[371] *Idem, Ibidem*, p. 2 e 3.

[372] Ver item 2.1.

[373] MOREIRA, Vital, 2002, op. cit.

[374] GONÇALVES, João Luís Mendonça. **Da independência das autoridades reguladoras independentes**. Lisboa: dissertação de mestrado em Direito e Gestão pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa, 2014. p. 9. Disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17150/1/Tese%20de%20Mestrado%20_Da%20Independ%C3%AAncia%20das%20Autoridades%20Reguladoras%20I.pdf. Acesso em: 1 mar. 2019.

autoridade, decorrendo, então, a necessidade da criação de instrumental regulatório específico, que é o ente regulador independente;[375]

(d) Os entes reguladores independentes lusos são denominados de autoridades administrativas independentes (AAI);

(e) As AAI's não se incluem na administração directa[376], indirecta[377] ou autónoma[378], mas igualmente não ostentam perfil jurídico único, já que o "sistema regulatório português é composto por entidades diversas que assumem configurações diferentes, mas que têm em comum o facto de serem dotados de autonomia administrativa, financeira e património próprio"[379];

(f) O desenho institucional das AAI's busca atender aos critérios de neutralidade, credibilidade, *expertise*, delegação de poderes do Poder Executivo para os reguladores, desresponsabilização do poder político, agente-principal, entre outros, ao passo que intenta debelar as críticas relacionadas à (i)legitimidade democrática e à (ausência de) *accountability*;[380]

(g) A proclamada independência de uma AAI é entendida como possibilidade de ação pelo regulador sem constrangimentos externos, distintos dos legalmente instituídos, ou seja, sem a hipótese de punição ou premiação por desagradar ou agradar a atores outros;[381]

(h) Essa independência, no seu aspecto formal, diz respeito ao modo (funcional)[382] e aos procedimentos legais (orgânica)[383] para o exercício das competências regulatórias pela AAI;

---

375 CONFRARIA, João. Uma análise económica da lei-quadro das autoridades reguladoras independentes. **Revista de concorrência e regulação**, Lisboa, ano V, n. 17, p. 139-169, jan.-mar. 2014. Disponível em: http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%2017.pdf. Acesso em: 4 mar. 2019.

376 "Actividade exercida por serviços integrados na pessoa colectiva Estado", caracterizando-se pelo "poder de direcção, ou seja, o poder de dar ordens e emitir instruções...". (GONÇALVES, João Luís Mendonça, 2014, op. cit., p. 26 e 27)

377 "Exercício da actividade administrativa é exercido por intermédio de outra entidade administrativa, 'recorrendo aos meios, órgãos e actividades de outras pessoas jurídicas', sempre sob a orientação do Estado, através de linhas gerais, fixação de objectivos ou apontar de direcções." (*Idem, Ibidem*, p. 27. Grifos do original)

378 "Atividade que 'está confinada, em maior ou menor medida, aos próprios interessados que assim se auto-administram, em geral por intermédio de um órgão ou organismo representativo e que se baseia numa lógica territorial, profissional ou outra'". (*Idem, Ibidem*, p. 27)

379 *Idem, Ibidem*, p. 28.

380 *Idem, Ibidem.*

381 *Idem, Ibidem.*

382 "Por independência funcional entende-se a 'ausência de ordens e de instruções ou mesmo de directivas vinculantes; inexistência de controlo de mérito ou da obrigatoriedade da prestação de contas em relação à orientação definida'" (*Idem, Ibidem,* op. cit., p. 18)

(i) A independência, na perspectiva de fato, está relacionada à capacidade de os reguladores decidirem e agirem imunes a instruções, ameaças, pressões ou incentivos, sejam oriundos dos políticos eleitos, sejam decorrentes das empresas reguladas;[384]

(j) No tocante à neutralidade política de uma AAI, o sequestro político pode se verificar em situações, por exemplo, de frequência de contatos, influência no orçamento do regulador, influência na organização interna e a sua adequação, interferência em matéria de regulação, partidarização ou politização das nomeações e vulnerabilidade política da autoridade[385].

A partir de 2013, com a edição da lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo (Lei nº 67, de 28 de agosto de 2013), tem-se um novo regime jurídico para o regulador lusitano, mudança resultante de todo um processo reorganizador da Administração portuguesa, iniciado no final do século XX.[386]

Essa lei-quadro tem proposta existencial bem específica:

> Define um quadro geral para a constituição e funcionamento de autoridades reguladoras independentes. Não é uma lei dirigida ao conjunto da atividade reguladora do Estado e, assim, não tem como objeto definir as condições que a justificam. Na Lei-quadro procura-se somente estabelecer as circunstâncias em que se justifica o exercício

---

[383] "Por independência orgânica entende-se o *i)* modo de designação dos titulares dos órgãos de administração das ARI's; *ii)* as regras relativas ao mandato (fixo e inamovível); *iii)* modo de destituição ou dissolução; *iv)* regime de impedimentos e incompatibilidades." (GONÇALVES, João Luís Mendonça, 2014, op. cit., p. 18. Grifos do original).

[384] Essa nuance fática da indepedência, no que pertine ao poder político, implica mais especificamente em neutralidade política, tema desta pesquisa. Entretanto, impensável é a dissociação dos outros aspectos da independêencia do regulador, para fins de despartidarização, como se expôs ao longo desse trabalho.

[385] GONÇALVES, João Luís Mendonça, 2014, op. cit.

[386] Cumpre mencionar que tal lei-quadro deriva de acerto firmado no âmbito do *Memorandum of Understanding* (*MoU*), assinado entre Portugal e a *Troika* (Banco Central Europeu, Comissão Europeia e Fundo Monetário Internacional), em 2011, para reforço da independência dos reguladores portugueses. E, a partir dos estudos da consultoria internacional A. T. Kearney, surgiu o projeto de lei da lei-quadro, abandonando-se efetivamente os estudos de mesma finalidade realizados por Vital Moreira e Fernanda Maçãs, cuja obra aqui já foi mencionada. (CALVÃO, João Nuno. Poderes e instrumentos regulatórios das entidades reguladoras ao abrigo da lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 90, n. 1, p. 6-30, jan.-dez. 2018. Disponível em: https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/download/236595/29129. Acesso em: 2 mar. 2019).

> do poder regulador através de autoridades independentes assim como as regras mais adequadas ao seu funcionamento.[387]

Nessa trilha, a lei-quadro objetiva robustecer a independência das AAI's, razão pela qual tal norma impõe, dentre outros aspectos:

> i) a não submissão destas à tutela ou superintendência (o que, neste último caso, significa que as entidades de regulação que revestissem a forma de institutos públicos deixariam de estar integradas na Administração indirecta);
> ii) o financiamento através de taxas e contribuições, ao invés de transferência de recursos do Orçamento de Estado;
> iii) a harmonização do regime de incompatibilidades e impedimentos;
> iv) alterações ao modelo de governo interno;
> v) os deveres de reporte;
> vi) a clarificação e determinação de regras sobre o mandato, incluindo a nomeação, exercício e cessação de funções.[388]

E, enquanto instrumento de fortalecimento da independência regulatória, a lei-quadro das entidades reguladoras portuguesas igualmente perpassa pela neutralização partidarista da AAI.

Foi visto antes que há um elenco doutrinariamente apresentado de mecanismos objetivos e concretizadores da despolitização regulatória[389]. Com base nesse rol, será analisado o arranjo neutralizante de ações do mau partidarismo no cenário regulatório português. Para tanto, utiliza-se novamente a forma ilustrativa:

Quadro 6 – Confronto entre as estratégias para despolitização regulatória, de David A. Moss e Daniel Carpenter, e as garantias de independência constantes na lei-quadro das entidades reguladoras portuguesas:

ESTRATÉGIAS PARA DESPOLITIZAÇÃO REGULATÓRIA	**GARANTIAS DE INDEPENDÊNCIA CONSTANTES NA LEI-QUADRO DAS ENTIDADES REGULADORAS PORTUGUESAS**
Concorrência regulatória	Inexiste previsão para concorrência regulatória. Entretanto, o art. 11º trata da cooperação, associação e colaboração entre as entidades reguladoras portuguesas; entre elas e suas similares em nível comunitário ou

[387] CONFRARIA, João, 2014, op. cit., p. 140.
[388] GONÇALVES, João Luís Mendonça, 2014, op. cit., p. 30.
[389] Constante do item 3.2.

	internacional; e entre elas e outras entidades de direito público ou privado, desde que seja necessário ou conveniente para o cumprimento do respectivo mister
Fixação de procedimentos administrativos para o exercício regulatório	O art. 5º dispõe que o Código de Procedimento Administrativo[390] será aplicado subsidiariamente à lei-quadro
Atuação da Mídia	Nada dispõe a lei-quadro especificamente em relação à Mídia. Porém, há de ser considerada a transparência na atuação, enquanto princípio de gestão (a ser abordado em seguida), e o dever de reserva, constante no art. 18º, que impede os membros do Conselho de administração de prestar declarações sobre processos em curso ou questões concretas relativas a entidades do setor regulado, salvo para defesa da honra ou para a realização de outro interesse legítimo, como também para prestação de informações que visem a realização de direitos ou interesses legítimos, por força do acesso à informação
Protagonismo social	O art. 4º estabelece, como um dos princípios de gestão, a transparência na atuação, mediante discussão pública de projetos de documentos que contenham normas regulamentares e, também, por meio da disponibilização pública de documentação relevante sobre as suas atividades e funcionamento com impacto sobre os consumidores e entidades reguladas, incluindo sobre o custo da sua atividade para o setor regulado Além disso, o art. 41º trata das hipóteses de consulta pública
Composição plúrima, democrática técnica e diversa do regulador	O art. 17º trata da composição e designação do Conselho de administração, órgão colegiado responsável pela definição da

[390] Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

	atuação regulatória e pela direção dos respectivos serviços[391]-[392], preconizando as seguintes regras:

[391] Cf. art. 16º da lei-quadro, que trata da função do Conselho de administração.

[392] "Artigo 21.º - Competência:

1 - Compete ao conselho de administração, no âmbito da orientação e gestão da entidade reguladora:

a) Dirigir a respetiva atividade;

b) Definir e aprovar a organização interna da respetiva entidade;

c) Elaborar os planos e relatórios a submeter anualmente à Assembleia da República e ao Governo e assegurar a respetiva execução;

d) Acompanhar e avaliar sistematicamente a atividade desenvolvida, designadamente responsabilizando os diferentes serviços pela utilização eficiente dos meios postos à sua disposição e pelos resultados atingidos;

e) Elaborar o relatório de atividades;

f) Elaborar o balanço social, nos termos da lei aplicável;

g) Exercer os poderes de direção, gestão e disciplina do pessoal;

h) Praticar atos respeitantes ao pessoal que estejam previstos na lei e nos estatutos;

i) Aprovar os regulamentos previstos nos estatutos e os que sejam necessários ao desempenho das atribuições da entidade reguladora;

j) Praticar os demais atos de gestão decorrentes da aplicação da lei e dos estatutos e necessários ao bom funcionamento dos serviços;

k) Designar os representantes da entidade reguladora junto de outras entidades;

l) Exercer funções de consulta à Assembleia da República nos termos dos estatutos e prestar informações e esclarecimentos sobre a respetiva atividade ao abrigo do artigo 49.º;

m) Coadjuvar o Governo através de apoio técnico, elaboração de pareceres, estudos, informações e projetos de legislação;

n) Assegurar a representação da entidade reguladora e, a pedido do Governo, do Estado em organismos e fóruns nacionais e internacionais no âmbito das relações com entidades nacionais e internacionais congéneres ou com relevância para a respetiva atividade;

o) Constituir mandatários da entidade reguladora, em juízo e fora dele, incluindo a faculdade de substabelecer;

p) Designar um secretário a quem cabe certificar os atos e deliberações;

q) Exercer as demais competências fixadas nos estatutos da entidade reguladora.

2- Compete ao conselho de administração, no domínio da gestão financeira e patrimonial:

a) Elaborar o orçamento anual e assegurar a respetiva execução;

b) Arrecadar e gerir as receitas e autorizar as despesas necessárias ao seu funcionamento;

c) Elaborar o relatório e contas do exercício;

d) Gerir o património;

e) Aceitar doações, heranças ou legados a benefício de inventário;

f) Assegurar as condições necessárias ao exercício do controlo financeiro e orçamental pelas entidades legalmente competentes;

g) Exercer os demais poderes previstos na lei e nos estatutos e que não estejam atribuídos a outro órgão;

h) Exercer as demais competências fixadas nos estatutos da entidade reguladora.

3 - As entidades reguladoras são representadas, designadamente, em juízo ou na prática de atos jurídicos, pelo presidente do conselho de administração, por dois dos seus membros ou por mandatários especialmente designados por eles.

4 - Sem prejuízo do disposto na alínea o) do n.º 1, o conselho de administração pode sempre optar por solicitar o apoio e a representação em juízo por parte do Ministério Público, ao qual compete, nesse caso, defender os interesses da entidade reguladora.

5 - Os atos praticados pelo conselho de administração são impugnáveis junto dos tribunais competentes, nos termos da lei.

6 - O conselho de administração pode delegar competências em qualquer um dos seus membros." (PORTUGAL, Lei n.º 67/2013 de 28 de agosto. Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo. Disponível em: https://dre.pt/application/conteudo/499499. Acesso em: 3 mar. 2019).

	a) Composição em número impar, por um presidente e até três vogais, podendo ter um vice-presidente; b) O provimento do presidente do Conselho de administração deve garantir a alternância de gênero, como também o provimento dos vogais deve assegurar a representação mínima de 33% de cada gênero; c) Indicação dos integrantes pelo membro do Governo responsável pela principal área de atuação do regulador; d) Critérios para indicação: indivíduos com reconhecida idoneidade, competência técnica, aptidão, experiência profissional e formação adequadas ao exercício das respectivas funções; e) Sabatina/audição dos indicados na Comissão Competente da Assembleia da República; f) Elaboração de parecer pela Comissão de Recrutamento e Seleção da Administração Pública, relativo à adequação do perfil do indivíduo indicado pelo Governo às funções a desempenhar, incluindo o cumprimento das regras de incompatibilidade e impedimento aplicáveis previstas no art. 19º[393];

[393] "Artigo 19.º - Incompatibilidades e impedimentos:
1 - Os membros do conselho de administração exercem as suas funções em regime de exclusividade não podendo, designadamente:
a) Ser titulares de órgãos de soberania, das regiões autónomas ou do poder local, nem desempenhar quaisquer outras funções públicas ou profissionais, salvo funções docentes ou de investigação, desde que não remuneradas;
b) Manter, direta ou indiretamente, qualquer vínculo ou relação contratual, remunerada ou não, com empresas, grupos de empresas ou outras entidades destinatárias da atividade da entidade reguladora ou deter quaisquer participações sociais ou interesses nas mesmas;
c) Manter, direta ou indiretamente, qualquer vínculo ou relação contratual, remunerada ou não, com outras entidades cuja atividade possa colidir com as suas atribuições e competências.
2 - Depois da cessação do seu mandato e durante um período de dois anos os membros do conselho de administração não podem estabelecer qualquer vínculo ou relação contratual com as empresas, grupos de empresas ou outras entidades destinatárias da atividade da respetiva entidade reguladora, tendo direito no referido período a uma compensação equivalente a 1/2 do vencimento mensal.
3 - No caso da entidade reguladora com competência para a aplicação das regras de defesa da concorrência, a proibição prevista no número anterior respeita às empresas ou entidades que tenham tido intervenção em processos ou sido destinatárias de atos, decisões ou

	g) Designação dos membros do Conselho de administração por resolução do Conselho de Ministros, devidamente fundamentada, é publicada no Diário da República, juntamente com o breve currículo acadêmico e profissional dos designados; h) Na hipótese de designação simultânea de mais de um membro, o término dos mandatos deve ser descoincidente, por força de limitação da duração de mandatos; i) Entre a convocação de eleições para a Assembleia da República ou a demissão do Governo e a investidura parlamentar do Governo recém-designado, não pode ocorrer designação ou proposta dela, exceto em casos de vacância do cargo ou urgência de nova designação, situação que será confirmada pelo Governo recém-designado Conforme art. 20º, os mandatos terão prazo de seis anos, não renováveis, constando também nesse dispositivo as hipóteses de

deliberações daquela entidade, durante o período em que os membros do conselho de administração em causa tenham exercido funções.

4 - No caso da entidade reguladora com competência na área da saúde, para efeitos do disposto na alínea b) do n.º 1, os profissionais do sistema nacional de saúde devem suspender o respetivo vínculo ou relação contratual, não lhes sendo aplicável o disposto no n.º 2 quando regressem ao lugar de origem.

5 - A compensação prevista no n.º 2 não é atribuída nas seguintes situações:

a) Se e enquanto o membro do conselho de administração desempenhar qualquer outra função ou atividade remunerada;

b) Quando o membro do conselho de administração tenha direito a pensão de reforma ou de aposentação e opte por esta; ou

c) Nos casos em que o mandato do membro do conselho de administração cesse por outro motivo que não o decurso do respetivo prazo.

6 - Em caso de incumprimento do disposto nos n.os 2 e 3, o membro do conselho de administração fica obrigado à devolução do montante equivalente a todas as remunerações líquidas auferidas durante o período em que exerceu funções, bem como da totalidade das compensações líquidas recebidas nos termos do n.º 2, aplicado o coeficiente de atualização resultante das correspondentes taxas de variação média anual do índice de preços no consumidor apurado pelo Instituto Nacional de Estatística, I. P.

7 - Os estatutos de cada entidade reguladora podem acrescer, nos termos da lei e dos atos de direito da União Europeia aplicáveis, outras incompatibilidades e outros impedimentos aplicáveis aos membros do conselho de administração.

8 - Em tudo o que não esteja especificamente regulado na presente lei -quadro e nos estatutos da entidade reguladora, os membros do conselho de administração ficam sujeitos ao regime de incompatibilidades e impedimentos estabelecido para os titulares de altos cargos públicos.” (PORTUGAL, 2013, op. cit.)

	cessação deles
Revisão externa das decisões regulatórias pelos Poderes Executivo e Judiciário	De acordo com o art. 21º, 5, os atos praticados pelo Conselho de administração são impugnáveis junto dos tribunais competentes, nos termos da lei E o art. 45º impede a sujeição à superintendência ou tutela do regulador ao membro do Governo responsável pela área de atividade econômica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora

Fonte: Autoria própria, 2019.

Feita tal análise, julga-se necessário investigar as repercussões de tal arranjo legal, com vistas à efetividade das medidas adotadas.

Ab ovo, cumpre frisar que, como sói acontecer na temática da regulação, longe de aceitação pacífica se encontram as regras estabelecidas na lei-quadro em análise.

Na verdade, é objeto de questionamento de validade a própria existência da lei-quadro:

> Temos sérias dúvidas sobre a utilidade de uma lei-quadro das entidades administrativas independentes nacionais com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo, porquanto cada um destes organismos é *sui generis*, serve necessidades específicas de diferentes sectores, devendo, por isso, dispor do tamanho, poderes e responsabilidades adequados ao respectivo contexto.[394]

E mesmo quando sua existência é defendida, tal posição não transita pela seara da aceitação integral:

> Em nossa opinião o regime vem, de forma positiva, harmonizar um conjunto de disposições que careciam de um tratamento próprio e comum mas padece de soluções que minam a independência dos reguladores e que diz respeito a às causas de cessação do mandato e a uma deliberada tutela orçamental.[395]

[394] CALVÃO, João Nuno, 2018, op. cit., p. 8. Grifos do original.
[395] GONÇALVES, João Luís Mendonça, 2014, op. cit., p. 35.

Exemplo disso é o debate acerca da utilização de conceitos indeterminados atinentes à destituição dos membros do Conselho de Administração ou dissolução do órgão, constantes no art. 20.º (motivo justificado, falta grave, responsabilidade individual, responsabilidade colectiva, incumprimento substancial e injustificado do plano de actividades ou do orçamento) e à recusa na autorização do orçamento, planos plurianuais, balanço e as contas, constante no art. 45.º.[396]

Mesmo reconhecendo o valor das críticas, que oportunizam melhoria e possível corrigenda da norma, constata-se que o enquadramento proposto pela lei em análise visa ao estabelecimento de nova dinâmica na relação entre reguladores e poder político, seja o Goverrno, seja a Assembleia da República. Para tanto, tem-se "mecanismos de salvaguarda da 'boa governança pública', ao serviço do interesse público e da prevenção e mitigação do risco de captura particularista e clientelar no plano da regulação"[397]

Afinal, em termos de independência orgânica, isto é, referente à forma de composição dos membros da AAI e suas respectivas garantias estatutárias, "a Lei-quadro em análise consagra soluções razoáveis e há muito conhecidas"[398], por garantir a estabilidade da atividade regulatória, através de mandatos dos membros do Conselho de administração apartados da maioria partidária e sua alternância no poder político.

Entrementes, no tocante à independência funcional, ou seja, a que se relaciona a não sujeição à autoridade e/ou poder externo, a lei-quadro estabelece vinculação da AAI a um ministério responsável, para fins e aprovação prévia em área financeira e orçamentária, que redunda em certa e questionável tutela de mérito.[399]

---

[396] GONÇALVES, João Luís Mendonça, 2014, op. cit., p. 35.

[397] BILHIM, João Abreu; SANTOS, Gonçalo Castilho dos. A tensão entre independência e controle político: o caso das entidades portuguesas da regulação. **Quaestio Iuris**, Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, v. 10, n. 03, 2017, p. 1755. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/28048/23458. Acesso em: 3 mar. 2019. Grifos do original.

[398] CALVÃO, João Nuno, 2018, op. cit., p. 15.

[399] "Trata-se de *solução que vai em sentido contrário ao reforço da independência dos reguladores, mas compreensível no quadro da crise económica vivida no nosso país e do correspondente (e inevitável…) imperativo de centralização de prerrogativas de controlo das contas públicas pelo Governo*." (*Idem*, *Ibidem*, p. 17. Grifos do original)

Passados alguns anos do surgimento da lei-quadro dos entes reguladores portugueses, pode-se vislumbrar uma certa adstrição administrativa[400], situação entendida como “um relacionamento dual entre o nível administrativo, das entidades reguladoras, e o nível político, do Governo e, ou, do Parlamento”.[401]

Explique-se!

Ao tempo em que cada AAI é vinculada a um ministério responsável pela principal área de atividade econômica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora, para fins de cumprimento do preceito constitucional de ser o Governo o órgão superior da administração pública portuguesa, tem-se, de outra banda, o afastamento do Governo de qualquer possibilidade de tutela, superintendência ou ingerência.[402]

Noutras palavras, as AAI’s são parte da administração pública, e, mesmo independentes, buscam ser imunes às disputas das “arenas políticas onde cada um prossegue a maximização dos seus interesses egoístas”[403].

Outra não poderia ser a solução construída pela lei-quadro, que não a dessa adstrição administrativa, já que:

> Num contexto democrático, há um limite para a independência regulativa do poder político, dado pela necessidade de supervisão democrática dos orçamentos, pois os recursos das autoridades reguladoras, ainda que recursos próprios nos termos em cada caso legalmente aplicáveis, são em regra recursos públicos. A melhor forma de evitar influências das circunstâncias políticas e eleitorais na aprovação dos planos orçamentos e contas que contrariasse os próprios fins para que são criadas as autoridades reguladoras seria densificar o conceito de interesse público aplicável neste caso.[404]

Igual raciocínio (de impossibilidade de desatrelamento integral do contato político com a atividade regulatória) se aplica à nomeação dos membros do regulador português, em que a superficialidade do conceito de interesse público também pode ocasionar malefícios imponderáveis, tais como “o risco de uma maior politização do processo de nomeação, por exemplo, se

[400] Utilizando de expressão constante no art. 9º, da lei-quadro.
[401] BILHIM, João Abreu; SANTOS, Gonçalo Castilho dos, 2017, op. cit., p. 1743.
[402] *Idem*, *Ibidem*.
[403] *Idem, Ibidem,* p. 1750.
[404] CONFRARIA, João, 2014, op. cit., p.155-156. Grifos nossos.

um processo de audição vier a estar integrado num conjunto de medidas sujeitas a negociação entre Governo e Assembleia"[405].

Assim, nada obstante o valor do arcabouço, como instrumento garantidor da independência regulatória, respeitadas as opiniões contrárias a isso, ele por si só não se revela suficiente para o mister de despolitização e enfrentamento da captura política do regulador, caso a percepção de interesse público não esteja densamente espargida na sociedade.

Reafirme-se algo mencionado repetidas vezes neste estudo: as noções de moralidade administrativa e de Ética pública e institucional devem ser basilares a qualquer ação/medida de combate ao sequestro partidarista do regulador, transcendendo ao espectro íntimo e pessoal, para fins de *accuracy*.

Enfim, pelo exposto, identifica-se que, em Portugal, a lei-quadro das entidades reguladoras almeja fortalecer a independência do respectivo ente regulador, inclusive no aspecto da política, para que, de modo mais específico, a atividade regulatória não se afaste do interesse público e da eficiência econômica, em razão da possível sensibilidade das escolhas públicas aos ciclos eleitorais.[406]

Assim, em terras lusitanas, como igualmente se passa em outros Estados reguladores, busca-se erigir uma estrutura (por meio da lei-quadro, no cenário em foco) apta a "garantir a independência em relação ao Governo, não só numa perspetiva organizacional, de natureza financeira e administrativa, mas sobretudo, numa perspetiva fundamentalmente reguladora"[407].

A experiência portuguesa, incipiente em face da recente lei-quadro, mas consistente por força das vivências anteriores à norma em questão, indica mecanismos e instrumentos passíveis de utilização exitosa para a despolitização do regulador, ao tempo em que evidencia os insucessos de determinadas medidas, em razão do malabarismo que as práticas de sequestro político podem desenvolver para driblar as ações que o intente conter.

Eis o valor do olhar juscomparativo: aprender com as experiências positivas e negativas de outro ordenamento jurídico. Adequando o que precisa ser ajustado, inspira-se na vivência alienígena para enfrentar situações em que

---

[405] CONFRARIA, João, 2014, op. cit., p. 156.
[406] *Idem, Ibidem.*
[407] *Idem, Ibidem*, p. 154.

“políticas que não deveriam ser adotadas mas que são fonte de ganhos eleitorais imediatos [ocorrem]. É um problema relativamente frequente nas democracias ocidentais.”[408]

O Brasil é uma dessas democracias, necessitada de ajustes na sua independência política regulatória.

5.3 **Entre *intermezzo* ou prelúdio[409], um breve reavivar temático**

Aproxima-se o momento de encontro definitivo com a razão existencial deste estudo, posto ser chegada a época de responder ao problema desta pesquisa.

Todavia, dizer isso (a época de responder ao problema desta pesquisa) não pode ser entendido como desprezo a todo exposto precedentemente, ou que a análise realizada antes é dispensável.

O intuito desta pesquisa é saber[410] se é possível a construção de uma moldura jurídica neutralizadora das influências oriundas do mau partidarismo, para efetivar a despolitização dos entes reguladores independentes brasileiros. E, para tanto, é de se atentar para a complexidade envolta na temática, de sensíveis naturezas acadêmica e social, e de implicações teórica e prática assaz contundentes.

Essa constatação tolhe a instantaneidade na apresentação da resposta à questão-problema desta pesquisa.

Destarte, é do conjunto deste trabalho que emerge a solução para a questão posta, já que, ao longo de seus capítulos, foram enfrentados temas considerados imperiosos para a satisfatória análise a que se propôs.

---

[408] CONFRARIA, João, 2014, op. cit., p. 151. Acréscimos nossos.

[409] Cabe ao leitor decidir se o presente item é um pequeno intervalo entre dois atos desta pesquisa ou um incompleto início da futura conclusão. A mim, são os dois.

[410] A ideia de saber deve ser considerada aqui de forma restrita, face exclusivamente aos temas, análises e conclusões desenvolvidas ao longo deste estudo. Não há qualquer pretensão de esgotamento temático, fala última ou verdade final. O que se saberá no final desta pesquisa é o resultado evidenciado pelos dados coletados e analisados, na perspectiva dos recortes, enquadramentos e delimitações aqui realizados, plena e conscientemente desatrelado do delírio de um conhecimento integral e absoluto sobre o tema. Ainda assim, ter-se-ão expostos nas próximas laudas o saber e a verdade deste trabalho.

Sendo assim, tem-se em vista uma nova etapa da pesquisa, que corresponde ao deslinde da investigação principiada desde a página inaugural deste estudo, e que conduziu todas as linhas tracejadas.

Em suma, responde-se a seguir ao problema de pesquisa, mas tendo por base e fundamento tudo o que fora previamente analisado.

Para isso, *hic et nunc*, crer-se forçoso reavivar breve e pontualmente os resultados do levantamento temático realizado antecedentemente, já que eles balizam o percurso derradeiro desta tese.

É o que se fará a seguir, a despeito do enfado da repetição, mas em benefício da memória e do debate.

Na relação Estado, sociedade e Economia, vive-se o momento do *renew deal* regulatório, opção que se revela mais acertada que a da desregulação ou do retorno do Estado-empresário. Com vistas a uma governança regulatória superior e aprimorada, pretende-se corrigir as falhas havidas na etapa inicial da regulação estatal e do Estado regulador.

Por *renew deal* regulatório se entende o reforço, não na intensidade, mas sim na qualidade da ação regulatória, o que implica em redesenho dos arranjos atualmente utilizados para o mister.

Para essa *better* ou *smart regulation*, é necessário, dentre outros aspectos, fortalecer a independência do ente regulador, por ser ele o artífice do mister em foco. Aliás, a atuação e ação insatisfatórias dele muito contribuíram para o insucesso da atividade que se deseja melhorar.

E, mais particularmente atrelado ao presente estudo, prima-se pela independência política do regulador, a fim de promover a indispensável neutralização às influências do mau partidarismo.

A lógica da despolitização nada mais é do que afastar as influências da *bad politics* do âmbito da regulação, já que elas se fulcram no atendimento dos interesses egoísticos dos partidos e seus filiados, sem observância dos interesses da comunidade.

Para fins de melhoria regulatória, a despolitização precisa se basear em objetividade e eficiência, que consiste em critérios concretos de neutralização política do regulador e meios válidos de existência, aplicabilidade, controle e fiscalização desses critérios despolitizantes.

No espectro da objetividade, para que o regulador deixe de ser um instrumento da política de um governo, e passe a ser instrumento de política governamental, contabilizam-se seis estratégias, que são: concorrência regulatória, fixação de procedimentos administrativos, atuação da Mídia, protagonismo social, composição plúrima, democrática e diversa do regulador e revisão externa das decisões regulatórias pelos Poderes Executivo e Judiciário.

Já no tocante à eficiência, a neutralidade política do regulador exige de robustecimento das formas de controle interno e externo, cujos atores poderão validar ou não a satisfação das medidas despolitizantes, pelos parâmetros de aplicabilidade e fiscalização.

A concreção da independência política do regulador deve considerar a nocividade da captura correspondente e enfatizar a prevenção das ações do mau partidarismo.

A captura política é o mal que redunda da ausência de despolitização regulatória, enquanto manipulação do regulador pelo poder político, visando à satisfação das conveniências do mau partidarismo.

Com o sequestro político se tem o afastamento da técnica, da neutralidade e da independência do regulador, numa lógica de influenciação indevida na vida democrática e política, que, generalizadamente, pode ser denominada de corrupção *lato sensu*.

Essa espécie de captura regulatória, seja ela mais ou menos intensa, é hodiernamente percebida como ameaça à regulação, por desatrelamento da ação do regulador ao interesse público, ideia que se aparta das teorias tradicionais correlatas ao tema.

Para combater a captura política regulatória nesse multicitado *renew deal*, é preciso identificar o caráter metamorfósico, complexo, sofisticado e dissimulado do sequestro partidarista, que se transmuta de diversas maneiras, nem sempre de fácil visualização.

Tal diversidade criativa de dependência política pode ser sistematizada em seis categorias (constitucional, sistêmica, relacional/governança, individual, funcional e crônica), as quais se desdobram em 12 mecanismos (vieses do sistema constitucional, desequilíbrio afetivo na política de acesso, institucionalização subgovernamental, arbitragem regulatória, governança suplementar, governança substitutiva, incentivo na

tomada de decisão individual, desvio na implementação ou execução regulatória, controle de informações, mitos de competência, processo regulatório não racional e oportunismo de dependência).

O Brasil também vivencia esse momento de nova agenda da regulação estatal, para implementar *performance* regulatória, com igual necessidade de fortalecer o regulador, notadamente no viés da despolitização, para enfrentamento da captura política.

A independência política do regulador brasileiro se estabelece por meio de garantias orgânicas (estabilidade dos dirigentes e ausência de controle hierárquico) e administrativas (autonomia na gestão financeira e liberdade na organização dos serviços), fixadas nas leis criadoras de cada ente e na nova lei geral das AR's.

O atual estado da arte da neutralidade política do regulador brasileiro é vulnerável, pois as garantias de despolitização fixadas não atendem ao propósito da eficiência, já que as medidas existentes são insuficientes.

Confrontando o panorama nacional com as categorias e os mecanismos de captura política do regulador, constatam-se vários exemplos locais de partidarização regulatória, os quais evidenciam a ineficiência das garantias orgânicas e administrativas para a independência do ente regulador.

Reforçando (ou embasando) todo esse contexto, tem-se a corrupção pública, enquanto desvirtuamento na utilização da função pública para a obtenção de vantagens patrimoniais e extrapatrimoniais indevidas.

A corrupção pública, que não pode ser confundida com moralidade individual, por transitar no universo da ética institucional, é considerada alta no Brasil, em conformidade com a Transparência Internacional, cujo Índice de Percepção da Corrupção 2018, que lista os países menos corruptos, apresenta o Brasil na posição 105, dentre 180 países.

A despolitização regulatória no Brasil, fustigada pela captura política e pela corrupção pública, carece de robustecimento, ou, talvez, de antifragilização, para, não apenas enfrentar o sequestro partidário e o trato patrimonialista da coisa pública, mas também se aprimorar a cada embate.

O contexto de *renew deal* regulatório e, mais particularmente de redimensionamento eficiente da despolitização do regulador, para fins de *better regulation*, igualmente é vivenciado noutros Estados, dentre eles, Portugal, aqui

destacado em razão da pujança dos termos da Declaração de Condeixa e dos indeléveis pontos de contato entre eles e nós (inserção na mesma família jurídica, similitude da estrutura regulatória e preocupação com a captura política do regulador).

Na realidade lusitana, os fundamentos para regulação são a desintervenção do Estado na Economia e a desgovernamentalização da regulação, nos moldes da comunitarização da Europa Continental.

Para concreção dessa nova forma de atuação estatal, surge a autoridade administrativa independente (AAI), que é o regulador português, revestido de neutralidade e independência e com natureza administrativa.

De perfil jurídico heterogêneo, as AAI's têm desenho institucional focado na autonomia e visa a responder as críticas sobre possíveis arrepios aos padrões de legitimidade democrática e *accountability*.

No tocante à independência, a não sujeição da ação do regulador a constrangimentos estranhos aos legalmente instituídos pode ser de ordem formal (isto é, quanto ao modo de funcionamento e seus procedimentos) e de jaez prático (ou seja, imunização das indevidas influências de políticos eleitos e/ou de empresas reguladas).

A captura política de uma AAI pode decorrer de frequência de contatos, influência no orçamento do regulador e na organização interna, interferência em matéria de regulação, partidarização das nomeações e vulnerabilidade política da autoridade, dentre outras situações.

Em 2013, surge a Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo (Lei nº 67, de 28 de agosto de 2013), como novo regime jurídico das AAI's, derivada do *MoU* firmado em 2011 entre Portugal e *Troika*, legislação que objetiva o reforço da independência regulatória.

Pertinentemente à neutralização política do regulador, a lei-quadro das AAI's dispõe o que segue, em confronto com as seis estratégias de despolitização já expostas:

> (a) Inexistência de concorrência regulatória. Porém, são tratadas as cooperação, associação e colaboração entre as AAI's, entre elas e suas similares comunitárias e/ou internacionais ou mesmo entre

aquelas e outras entidades de direito público ou privado, para fins de efetivação de suas finalidades;

(b) Além das regras existentes na lei-quadro, o Código de Procedimento Administrativo será de aplicação subsidiária, para fins de procedimentalização;

(c) A transparência na atuação, o dever de reserva (quanto a declarações pelos membros do regulador sobre processos em curso ou questões concretas relativas a entidades do setor regulado) e o dever de prestar informações são regras transversais e propiciadoras da atuação da Mídia, sobre o que a lei-quadro não trata especificamente;

(d) O protagonismo social se estabelece pela discussão dos projetos de regulação, pela disponibilização pública de documentação relevante sobre atividades regulatórias e seus impactos, inclusive financeiros, sobre os consumidores e entidades reguladas, e pela consulta pública;

(e) A composição do Conselho de Administração de uma AAI é em formato de colegiado, em número ímpar, com um presidente e até três vogais, devendo se observada a representação de gênero. Os mandatos serão de seis anos, não renováveis, sendo previstas hipóteses de cessação antecipada. Os integrantes serão indicados pelo membro do Governo responsável pela principal área de atuação do regulador, cujos critérios para indicação são reconhecida idoneidade, competência técnica, aptidão, experiência profissional e formação adequadas ao exercício das respectivas funções. A Comissão de Recrutamento e Seleção da Administração Pública elaborará parecer relativo à adequação do perfil do indivíduo indicado pelo Governo às funções a desempenhar, incluindo o cumprimento das regras de incompatibilidade e impedimento. Após aprovação na sabatina dos indicados na Comissão Competente da Assembleia da República, ter-se-á a designação dos membros do Conselho de administração por resolução do Conselho de Ministros, devidamente fundamentada, é publicada no Diário da República, juntamente com o breve currículo acadêmico e profissional dos

designados. Caso ocorra designação simultânea de mais de um membro, o término dos mandatos deve ser descoincidente, por força de limitação da duração de mandatos. Entre a convocação de eleições para a Assembleia da República ou a demissão do Governo e a investidura parlamentar do Governo recém-designado, não pode ocorrer designação ou proposta dela, exceto em casos de vacância do cargo ou urgência de nova designação, situação que será confirmada pelo Governo recém-designado;

(f) Inexistência de possibilidade de revisão externa dos atos praticados pelo Conselho de administração pelos Poderes Executivo (através do membro do Governo responsável pela área de atividade econômica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora) e Judiciário.

Desde sua criação, a lei-quadro e as medidas de despolitização têm sido objeto de questionamento, não só quanto à validade de suas existências, mas primordialmente acerca da efetivação de suas presenças.

Referentemente às ações despolitizantes, verifica-se que, em termos de independência orgânica, a lei-quadro reproduz alternativas já utilizadas para a forma de composição dos membros da AAI e suas respectivas garantias estatutárias de estabilidade por mandatos. E, quanto à independência funcional, há sujeição à autoridade e/ou poder externo, tendo em vista que a lei-quadro vincula a AAI a um ministério responsável, para fins e aprovação prévia em área financeira e orçamentária.

A experiência da aplicação da lei-quadro portuguesa e suas práticas de neutralização política indicam que a objetividade e eficiência das medidas de contenção de sequestro politico regulatório só podem ser realizadas pela interação entre:

(a) Adstrição administrativa, enquanto mecanismo de vinculação administrativa de uma AAI com o Governo e Parlamento (para cumprimento do preceito constitucional de ser o Governo o órgão superior da administração pública portuguesa), mas de afastamento de relacionamento político-gerencial entre eles, propiciador de tutela, superintendência ou ingerência;

(b) Necessidade de ratificação e difusão das noções de moralidade administrativa e de Ética pública e institucional, para fins de *accuracy*.

Feita a revisão temática desejada, sem mais delongas, segue-se para o ato final deste capítulo.

5.4 **Um arranjo anticaptura política tupiniquim?**

Finda a exposição resumida das diversas temáticas anteriormente enfrentadas, expõem-se as evidências decorrentes dos dados analisados.

Nada obstante as regras definidoras de neutralização política regulatória sejam passíveis de aprimoramento, a vulnerabilidade do atual estado da arte da neutralidade política dos entes reguladores independentes brasileiros se estriba substancialmente na imperfeição do aspecto eficiência das medidas despolitizadoras eleitas para o regulador nacional.

Explique-se!

Para que as regras de neutralização política regulatória sejam satisfatórias, necessário é que elas ostentem contornos de objetividade e eficiência, como se verificou neste trabalho.

A objetividade pode ser entendida como a definição existencial de medidas para o intento despolitizador do regulador, enquanto que a eficiência se atrela a efetivação satisfatória de tais medidas, conforme o resultado da aplicação delas.

No caso pátrio, reconhece-se a imprescindibilidade de burilamento pontual no conjunto das regras despartidarizantes atualmente existente, como será assinalado logo mais. Porém, é clarividente que o aspecto da eficiência de tais práticas é o real objeto da melhoria e superior *performance* que se pretende nesta perspectiva delimitada da independência do ente regulador.

Tal conclusão se apoia no todo estudado, ao evidenciar que várias medidas elencadas como válidas pelos estudiosos e utilizadas exitosamente

em cenários regulatórios mundiais diversos são igualmente manejadas aqui, mas sem reproduzir o resultado colimado, como exposto no quadro 1[411].

Por conta disso, noutros Estados reguladores a presença da captura política do regulador é de menor volume (a ponto de não ser problema de maior consideração doutrinária e/ou legal, diferentemente da captura regulatória de jaez econômico), enquanto que aqui o sequestro político regulatório é comparativamente mais inflamado, presente e nocivo.

Impende mencionar que esse específico resultado da investigação não reflete, tampouco fundamenta, uma percepção depreciativa da realidade brasileira, em comparação a outros países. Para longe do "complexo de vira-lata"[412], tem-se apenas a identificação de uma real necessidade de melhoria do ideário regulatório brasileiro, podendo os exemplos ádvenos auxiliar na realização dessa empreitada singularmente relevante, quando cotejados para estudo e avaliação.

A visitação juscomparativa da experiência portuguesa reafirma tal compreensão. Ao mostrar que a similitude das medidas despolitizantes adotadas pelos lusitanos, em cotejo com as tomadas pelos demais integrantes do bloco comunitário, não promove obrigatoriamente igualdade nos resultados lusos, reforça-se a busca por opções corretivas mais particularizadas. Tal postura é assaz valorosa para o intento de *renew deal* regulatório nacional.

Assim, repita-se, a imperiosidade de reforço da neutralidade política do regulador pátrio se fundamenta na presença de regras objetivas para a contenção do mau partidarismo, mas com ênfase na eficiência delas no propósito de obstar a captura política regulatória.

Nesse aspecto de realce, para ser eficiente, o desenho brasileiro de neutralidade política do regulador precisa atender a questões de aplicabilidade, controle e fiscalização das medidas existentes, de modo a impossibilitar ou dificultar as ações da *bad politics* no âmbito da regulação.

Com inquestionável clareza, os quadros 3[413] e 5[414] demonstraram que as atuais regras de aplicabilidade, controle e fiscalização das medidas de

---

411 Item 3.3.
412 Para se utilizar de uma expressão cunhada por Nelson Rodrigues.
413 Item 4.3.
414 Item 5.1.

reforço da neutralidade política e enfrentamento da captura política são insatisfatórias, ante o volumoso e longevo cenário de partidarização regulatória.

Reafirme-se, pois, sem receio de enfado: ainda que seja possível melhor arranjar o modelo brasileiro de despartidarização regulatória, o enfoque indispensável para o enfrentamento da captura política nacional se concentra nos reparos aptos a tornar mais eficiente o esquadro já existente, percepção que já emergia desta pesquisa há muito[415].

Aliás, essa é a lógica capitaneadora da *better regulation*: ênfase na qualidade das ações regulatórias, e não na mera criação das ações em si.

A partir dessa premissa, e para trilhar o caminho que se assinala, necessário se faz considerar os *gaps* existentes no atual desenho regulatório e promover a escorreita subsunção do resultado prático atingido com o propósito inicialmente delineado pelo arranjo despolitizante adotado.

Sendo assim, os quadros 1 e 4 trazem as diretrizes para o mister pretendido, ao exporem as lacunas existentes na arquitetura neutralizadora da ingerência partidária no regulador brasileiro, tanto na sua objetividade, quanto, e, principalmente, na sua eficiência.

O já mencionado quadro 1[416] expõe os pontos passíveis de correção da objetividade das medidas despolitizantes, posto serem inexistentes ou incompletos no arranjo nacional, ao serem confrontadas com as estratégias de neutralidade política de Moss e Carpenter: controle regulatório cruzado, criação de lei-quadro para fixação de procedimentos, fomento da participação social e diversidade e tecnicismo na indicação dos dirigentes do regulador.

Cumpre destacar que tais estratégias igualmente favorecem à eficiência, por se apresentarem como medidas de fiscalização e controle interno e/ou externo das ações do regulador.

Já o quadro 4[417] noticia a fragilidade na efetivação das práticas manejadas, que possibilita o desvirtuamento das garantias nacionais de independência política.

Ainda quanto ao aspecto da eficiência da arquitetura brasileira de combate da influência da *bad politics* no regulador, é lastimável verificar que se

---

[415] Item 3.3.
[416] Também constante do item 3.3.
[417] Item 5.1.

trata de mazela generalizada, já que essa fraqueza se esparge por todo o conjunto de ações teoricamente despolitizante, razão pela qual não há como listar uma ou outra ação/medida/prática/regra a ser mais bem efetividade.

O enfrentamento dessa específica vulnerabilidade do regulador, por força de um *upgrade* na neutralidade política regulatória, resultará na mitigação dos exemplos dos multicitados quadros 3 e 5.

Porém, como realizar esse *upgrade*? De que forma as regras garantidoras da despolitização regulatória podem ser mais bem efetivadas? Ou, como se questiona desde o título desta pesquisa, como efetivar a contenção partidarista no ente regulador independente brasileiro?

Nada de particularmente original há nessas indagações, já que vários estudiosos prévia e igualmente a fizeram. Na verdade, a existência da recente lei geral das agências reguladoras nacionais patentea uma anterior busca por tais respostas.

A novidade que se imprime aqui nesse debate é a apresentação de possíveis balizas para a realização da teorizada neutralidade política regulatória, fincadas na objetividade das regras despolitizantes e mais enfaticamente na eficiência delas (aplicabilidade, controle e fiscalização).

E mais: tais balizas serão cotejadas com a susomencionada Lei nº 13.848/2019, que pretende ser uma melhoria ao arranjo atualmente existente.

Neste sentir, volte-se, primeiramente, para a Lei nº 13.848/2019, que é fruto de anos de debates em torno de incontáveis projetos anteriores, até serem condensados no então Projeto de Lei nº 6.221/16[418].

Tal lei geral trata, mais especificamente, da gestão interna, do processo decisório e do controle externo e social do regulador brasileiro, em particular da agência reguladora.

A lei geral das agências reguladoras visa projetar transparência e *accountability* nesse regulador brasileiro, com o fito de minimizar uma possível

[418] Substitutivo da Câmara dos Deputados n° 10, de 2018, ao Projeto de Lei do Senado nº 52, de 2013. Posição em 11/04/2019: Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor (Secretaria de Apoio à Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor), matéria sob a relatoria do Senador Marcio Bittar (SENADO FEDERAL. Atividade legislativa. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134809. Acesso em: 21 abr. 2019).

interação mazeladora da integridade regulatória, a ser estabelecida entre alguns *players*, notadamente regulador, regulado e poder político.[419]

Para tanto, dentre outros pontos, dispõe sobre:

(a) Desvinculação orçamentária das agências aos respectivos ministérios, para atrelar ao Ministério da Economia;

(b) Elaboração obrigatória de Análise de Impacto Regulatório (AIR), para fins de verificação dos impactos econômicos, sociais e ambientais das ações regulatórias;

(c) Realização de audiências e consultas públicas, prévias à tomada de decisão pelos dirigentes das agências, com publicidade e transparência das contribuições nelas obtidas;

(d) Instalação de ouvidorias independentes nas agências;

(e) Envio de relatório anual ao Congresso Nacional, em cujo controle será auxiliado pelo Tribunal de Contas da União (TCU);

(f) Elaboração de plano estratégico quadrienal e de plano de gestão anual pelas agências, para fins de previsibilidade de atuação, além da implantação de agendas regulatórias, em que se detalhará a política setorial e a estratégia das agências, por meio do esforço anual de normatização;

(g) Interação externa entre agências, de todas as esferas políticas, e entre elas e órgãos de defesa do consumidor e da concorrência, além de entidades de defesa do meio ambiente;

(h) Reorganização das indicações, nomeações e mandatos dos dirigentes das agências, com indicação de critérios mínimos para indicação e nomeação (experiência funcional, formação acadêmica, desvinculação partidária, etc), prazo do mandato (5 anos), extinção da recondução, regra para os casos de vacância, etc.[420]

Finda a visão panorâmica da Lei nº 13.848/2019, debruça-se sobre a investigação das balizas cogitadas para a efetivação da despolitização regulatória, consoante os aspectos da objetividade e eficiência de suas regras.

Impende destacar que vários outros pontos são também relevantes para a melhoria regulatória que se pretende, como, por exemplo, a elaboração da AIR e do plano estratégico quadrienal e de plano de gestão anual pelas

[419] BOEHM, Frédéric, 2007, op. cit.
[420] BRASIL, 2019, op. cit.

agências. Contudo, por escolha metodológica já exposta, centra-se a atenção nas mencionadas balizas para esta investigação.

No tocante à objetividade das ações de contenção do mau partidarismo no regulador, foram assinalados, pelo já mencionado quadro 1, como mais carentes de melhoria o controle regulatório cruzado, a fixação de procedimentos, o fomento da participação social e a diversidade e a qualificação técnica na indicação dos dirigentes do regulador.

De logo, esclareça-se que as demais estratégias, a saber, atuação da Mídia e revisão externa das decisões do regulador pelos Poderes Executivo e Judiciário, não são desprezíveis ou perfeitas. Apenas o estudo demonstrou que, nos recorte e limites aqui efetivados, inexiste necessidade de maior atenção quanto a tais medidas no atual estágio em que se situa a neutralidade política do regulador pátrio.[421]

Sendo assim, segue-se para a análise das estratégias apontadas como frágeis, comparando o cenário atual com aquele delineado pela Lei nº 13.848/2019, relembrando-se que tais estratégias se entrelaçam à lógica de eficiência, por tratarem de medidas de fiscalização e controle.

De forma ilustrada, o resultado do arranjo proposto pela Lei nº 13.848/2019, em termos de objetividade na definição de regras promotoras de neutralidade política, é o indicado abaixo:

Quadro 7 – Análise das estratégias para despolitização regulatória previstas na Lei nº 13.848/2019, a partir do confronto com o elenco de David A. Moss e Daniel Carpenter e o cenário atual da objetividade dessas estratégias no Brasil:

IDENTIFICAÇÃO DAS ESTRATÉGIAS PARA DESPOLITIZAÇÃO REGULATÓRIA UTILIZADAS NO BRASIL	**IDENTIFICAÇÃO DAS ESTRATÉGIAS PARA DESPOLITIZAÇÃO REGULATÓRIA PREVISTAS NA LEI Nº 13.848/2019**	**RESULTADO**
CONCORRÊNCIA REGULATÓRIA	**CONCORRÊNCIA REGULATÓRIA** * Forma de controle externo	Parcialmente satisfatório

[421] No tocante ao controle judicial, para fins de combate à captura política do regulador, tem se avultado o debate sobre o alargamento da verificação jurisdicional, no intuito de se estender o controle de legalidade à motivação dos atos, redimensionando a discricionariedade administrativa e o respectivo conceito de mérito. Essa nova repercussão do controle judicial enseja contendas severas. Ainda que relevante e necessária, não será tal questão objeto de aprofundamento, em atenção aos limites, recortes e metodologia aqui adotados.

1 Inexistência da concorrência entre reguladores	**1** Inexiste previsão de concorrência regulatória. Porém, há previsão de articulação/cooperação entre agências (arts. 29 e 30)[422] e entre elas e órgãos de defesa da concorrência (arts. 25 a 28)[423], do consumidor (arts. 31 e 32)[424] e do meio ambiente (art. 33)[425]	

[422] "**Art. 29**. No exercício de suas competências definidas em lei, duas ou mais agências reguladoras poderão editar atos normativos conjuntos dispondo sobre matéria cuja disciplina envolva agentes econômicos sujeitos a mais de uma regulação setorial.
§ 1º Os atos normativos conjuntos deverão ser aprovados pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada de cada agência reguladora envolvida, por procedimento idêntico ao de aprovação de ato normativo isolado, observando-se em cada agência as normas aplicáveis ao exercício da competência normativa previstas no respectivo regimento interno.
§ 2º Os atos normativos conjuntos deverão conter regras sobre a fiscalização de sua execução e prever mecanismos de solução de controvérsias decorrentes de sua aplicação, podendo admitir solução mediante mediação, nos termos da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei da Mediação), ou mediante arbitragem por comissão integrada, entre outros, por representantes de todas as agências reguladoras envolvidas.
Art. 30. As agências reguladoras poderão constituir comitês para o intercâmbio de experiências e informações entre si ou com os órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), visando a estabelecer orientações e procedimentos comuns para o exercício da regulação nas respectivas áreas e setores e a permitir a consulta recíproca quando da edição de normas que impliquem mudanças nas condições dos setores regulados." (BRASIL, 2019, op. cit.).

[423] "**Art. 25**. Com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados, as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência devem atuar em estreita cooperação, privilegiando a troca de experiências.
Art. 26. No exercício de suas atribuições, incumbe às agências reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência).
§ 1º Os órgãos de defesa da concorrência são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados, incumbindo-lhes a análise de atos de concentração, bem como a instauração e a instrução de processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica.
§ 2º Os órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às agências reguladoras pareceres técnicos relacionados a seus setores de atuação, os quais serão utilizados como subsídio à análise de atos de concentração e à instrução de processos administrativos.
Art. 27. Quando a agência reguladora, no exercício de suas atribuições, tomar conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis.
Art. 28. Sem prejuízo de suas competências legais, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) notificará a agência reguladora do teor da decisão sobre condutas potencialmente anticompetitivas cometidas no exercício das atividades reguladas, bem como das decisões relativas a atos de concentração julgados por aquele órgão, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas após a publicação do respectivo acórdão, para que sejam adotadas as providências legais." (*Idem, Ibidem*).

[424] "**Art. 31**. No exercício de suas atribuições, e em articulação com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) e com o órgão de defesa do consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública, incumbe às agências reguladoras zelar pelo cumprimento da

FIXAÇÃO DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS PARA O EXERCÍCIO REGULATÓRIO **1** Inexistência de uma lei geral ou lei-quadro para os entes reguladores **2** A lei criadora de cada ente regulador nacional dispõe sobre aspectos procedimentais **3** Pelo trato particularizado, a fixação de procedimentos administrativos pode gerar diversidade ou conflito, no âmbito geral da regulação pátria	**FIXAÇÃO DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS PARA O EXERCÍCIO REGULATÓRIO** **1** Criação de uma lei geral para as agências reguladoras já existentes ou as que forem criadas após ela (art. 2º, parágrafo único). Porém, não trata de outros entes reguladores que não sejam agências	Satisfatório
PROTAGONISMO SOCIAL	**PROTAGONISMO SOCIAL** * Forma de controle externo	Parcialmente satisfatório

legislação de defesa do consumidor, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor regulado.
§ 1º As agências reguladoras poderão articular-se com os órgãos e as entidades integrantes do SNDC, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor e do usuário de serviço público no âmbito das respectivas esferas de atuação.
§ 2º As agências reguladoras poderão firmar convênios e acordos de cooperação com os órgãos e as entidades integrantes do SNDC para colaboração mútua, sendo vedada a delegação de competências que tenham sido a elas atribuídas por lei específica de proteção e defesa do consumidor no âmbito do setor regulado.
Art. 32. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, as agências reguladoras são autorizadas a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas a sua competência regulatória, aplicando-se os requisitos do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.
§ 1º Enquanto perdurar a vigência do correspondente termo de ajustamento de conduta, ficará suspensa, em relação aos fatos que deram causa a sua celebração, a aplicação de sanções administrativas de competência da agência reguladora à pessoa física ou jurídica que o houver firmado.
§ 2º A agência reguladora deverá ser comunicada quando da celebração do termo de ajustamento de conduta a que se refere o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, caso o termo tenha por objeto matéria de natureza regulatória de sua competência." (BRASIL, 2019, op. cit.).

[425] "**Art. 33**. As agências reguladoras poderão articular-se com os órgãos de defesa do meio ambiente mediante a celebração de convênios e acordos de cooperação, visando ao intercâmbio de informações, à padronização de exigências e procedimentos, à celeridade na emissão de licenças ambientais e à maior eficiência nos processos de fiscalização." (*Idem, Ibidem*).

1 Apresenta-se na forma participativa (mediante conselhos consultivos e/ou representativos, audiências e/ou consultas públicas, ouvidorias), e também de modo	**1** Há previsão de consulta (art. 9º[426]) e audiência (art. 10[427]) públicas, além de possibilitar a criação de outras formas de participação social (art. 11[428]), para a formação do juízo	

[426] "**Art. 9º** Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.
§ 1º A consulta pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora.
§ 2º Ressalvada a exigência de prazo diferente em legislação específica, acordo ou tratado internacional, o período de consulta pública terá início após a publicação do respectivo despacho ou aviso de abertura no Diário Oficial da União e no sítio da agência na internet, e terá duração mínima de 45 (quarenta e cinco) dias, ressalvado caso excepcional de urgência e relevância, devidamente motivado.
§ 3º A agência reguladora deverá disponibilizar, na sede e no respectivo sítio na internet, quando do início da consulta pública, o relatório de AIR, os estudos, os dados e o material técnico usados como fundamento para as propostas submetidas a consulta pública, ressalvados aqueles de caráter sigiloso.
§ 4º As críticas e as sugestões encaminhadas pelos interessados deverão ser disponibilizadas na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 10 (dez) dias úteis após o término do prazo da consulta pública.
§ 5º O posicionamento da agência reguladora sobre as críticas ou as contribuições apresentadas no processo de consulta pública deverá ser disponibilizado na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 30 (trinta) dias úteis após a reunião do conselho diretor ou da diretoria colegiada para deliberação final sobre a matéria.
§ 6º A agência reguladora deverá estabelecer, em regimento interno, os procedimentos a serem observados nas consultas públicas.
§ 7º Compete ao órgão responsável no Ministério da Fazenda opinar, quando considerar pertinente, sobre os impactos regulatórios de minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidas a consulta pública pela agência reguladora." (BRASIL, 2019, op. cit.).

[427] "**Art. 10**. A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.
§1º A audiência pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual é facultada a manifestação oral por quaisquer interessados em sessão pública previamente destinada a debater matéria relevante.
§ 2º A abertura do período de audiência pública será precedida de despacho ou aviso de abertura publicado no Diário Oficial da União e em outros meios de comunicação com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis.
§ 3º A agência reguladora deverá disponibilizar, em local específico e no respectivo sítio na internet, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis ao início do período de audiência pública, os seguintes documentos:
I – para as propostas de ato normativo submetidas a audiência pública, o relatório de AIR, os estudos, os dados e o material técnico que as tenha fundamentado, ressalvados aqueles de caráter sigiloso;
II – para outras propostas submetidas a audiência pública, a nota técnica ou o documento equivalente que as tenha fundamentado.
§ 4º A agência reguladora deverá estabelecer, em regimento interno, os procedimentos a serem observados nas audiências públicas, aplicando-se o § 5º do art. 9º às contribuições recebidas." (*Idem, Ibidem*).

[428] "**Art. 11**. A agência reguladora poderá estabelecer, em regimento interno, outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e

indireto (através de mecanismos de pressão popular, presenciais e/ou virtuais) **2** Entrementes, é de presença capenga no ambiente nacional, por força da descrença popular e/ou de estímulo, oportunização válida e efetividade resolutiva	e tomada de decisão regulatórias. Porém, inexiste previsão de conselhos consultivos e/ou representativos **2** Para fortalecer a confiança social, a agência reguladora deve promover a divulgação de suas atividades e direitos do usuários, com vistas à informação e educação (art. 16)[429]	
COMPOSIÇÃO PLÚRIMA, DEMOCRÁTICA, TÉCNICA E DIVERSA DO REGULADOR **1** O regulador se estrutura como colegiado, presidido por um diretor **2** A composição é integralmente da lavra indicativa do chefe do Executivo respectivo, não contemplando múltiplas e diversas fontes para indicação **3** Tem-se diversidade na indicação nos conselhos consultivos, órgãos existentes nalguns reguladores, mas	**COMPOSIÇÃO PLÚRIMA, DEMOCRÁTICA, TÉCNICA E DIVERSA DO REGULADOR** * Forma de controle interno **1** Mantidas a estrutura colegiada e a presidência de um diretor (art. 7º)[430] **2** Mantida a integral indicação pelo chefe do Executivo, não contemplando múltiplas e diversas fontes para indicação (dentre outros, art. 42)[431] **3** Como dito, inexiste previsão de conselhos consultivos	Parcialmente satisfatório

associações legalmente reconhecidas, aplicando-se o §5º do art. 9º às contribuições recebidas." (BRASIL, 2019, op. cit.).

[429] "**Art. 16**. A agência reguladora deverá implementar, em cada exercício, plano de comunicação voltado à divulgação, com caráter informativo e educativo, de suas atividades e dos direitos dos usuários perante a agência reguladora e as empresas que compõem o setor regulado." (*Idem, Ibidem*).

[430] "**Art. 7º** O processo de decisão da agência reguladora referente a regulação terá caráter colegiado.
§ 1º A diretoria colegiada ou o conselho diretor da agência reguladora deliberará por maioria absoluta dos votos de seus membros, entre eles o diretor-presidente, o diretor-geral ou o presidente, conforme definido no regimento interno.
§ 2º É facultado à agência reguladora adotar processo de delegação interna de decisão, sendo assegurado à diretoria colegiada ou ao conselho diretor o direito de reexame das decisões delegadas." (*Idem, Ibidem*).

[431] "**Art. 42**. A Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações: (...)
Art. 5º O Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada (CD II) serão brasileiros, indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea "f" do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, (...)" (*Idem, Ibidem*).

que são desprovidos de poder ou competência decisória		
4 O critério da técnica para indicação/nomeação de dirigente do regulador não é bem delimitado na legislação pátria, tampouco nas leis criadoras dos entes	**4** Há previsão de critérios técnicos para indicação/nomeação de dirigente do regulador (art. 42)[432] e também de impedimentos para a indicação deles[433]	

[432] ““**Art. 42**. A Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações: (...)
Art. 5º O Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada (CD II) serão brasileiros, indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea “f” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento no campo de sua especialidade, devendo ser atendidos 1 (um) dos requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e, cumulativamente, o inciso II:
I – ter experiência profissional de, no mínimo:
a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, no campo de atividade da agência reguladora ou em área a ela conexa, em função de direção superior; ou
b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:
1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa no campo de atividade da agência reguladora, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa;
2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;
3. cargo de docente ou de pesquisador no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexa; ou
c) 10 (dez) anos de experiência como profissional liberal no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexa; e
II – ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado.” (BRASIL, 2019, op. cit.).

[433] “**Art. 42**. A Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações: (...)
Art. 8º-A. É vedada a indicação para o Conselho Diretor ou a Diretoria Colegiada:
I – de Ministro de Estado, Secretário de Estado, Secretário Municipal, dirigente estatutário de partido político e titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados dos cargos;
II – de pessoa que tenha atuado, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;
III – de pessoa que exerça cargo em organização sindical;
IV – de pessoa que tenha participação, direta ou indireta, em empresa ou entidade que atue no setor sujeito à regulação exercida pela agência reguladora em que atuaria, ou que tenha matéria ou ato submetido à apreciação dessa agência reguladora;
V – de pessoa que se enquadre nas hipóteses de inelegibilidade previstas no inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990;
VI – de pessoa que mantenha, ou tenha mantido, nos 12 (doze) meses anteriores à data de início do mandato, um dos seguintes vínculos com empresa que explore qualquer das atividades reguladas pela respectiva agência:
a) participação direta como acionista ou sócio;
b) administrador, gerente ou membro de Conselho Fiscal;
c) empregado, ainda que com contrato de trabalho suspenso, inclusive de sua instituição controladora, ou empregado de fundação de previdência de que a empresa ou sua controladora seja patrocinadora ou custeadora;

Fonte: Autoria própria, 2019.

Do quadro acima, constatam-se que, a partir da Lei nº 13.848/2019:

(a) Não haveria a concorrência entre reguladores de um mesmo setor, já que o legislador brasileiro, tal qual o português, não a concebe como medida possibilitadora de independência política do regulador.

E como se verifica no cenário lusitano, optar-se-ia pela cooperação entre reguladores e/ou outras entidades de proteção setorial, com vistas à promoção de desempenho regulatório superior.

(b) Haveria a fixação de procedimentos do regulador, mediante a existência da própria lei geral.

(c) Haveria estímulos à participação social no âmbito da regulação estatal, tudo ainda tímido, já que o protagonismo popular permaneceria envolto no simbolismo existencial, pela ausência de regramento mais incisivo e decisionalmente vinculante para fins de atuação popular.

Além disso, o controle e participação social esbarria na limitada educação para o exercício cidadão e democrático dos indivíduos, situação que a lei geral não pretende incrementar, salvo por ações de divulgação das próprias atividades e direitos dos respectivos usuários.

(d) Haveria um reforço na técnica na nomeação de dirigentes para o regulador, restando ainda claudicante o pluralismo na indicação deles.

Na lei geral, registra-se um avanço no juízo técnico para indicação dos membros dirigentes do regulador, antes inexistente.

Viu-se que os membros do regulador precisariam ser brasileiros e ter reputação ilibada e notório conhecimento no campo de sua especialidade. Esse último requisito seria comprovado pela conjugação da experiência profissional com a formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado, em consonância com as hipóteses elencadas na lei em tela.

VII – de membro de conselho ou de diretoria de associação, regional ou nacional, representativa de interesses patronais ou trabalhistas ligados às atividades reguladas pela respectiva agência.

Parágrafo único. A vedação prevista no inciso I do *caput* estende-se também aos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau das pessoas nele mencionadas.” (BRASIL, 2019, op. cit.).

Além disso, a lei geral dispõe sobre hipóteses de vedação à indicação, em razão de funções anteriormente desempenhadas, dentro ou fora do contexto regulatório, como visto.

A despeito dessas conquistas, a lei geral não trata da diversidade de indicação para o regulador, mantendo a atual centralização de todo o procedimento na figura do Presidente da República.

O então projeto de lei tratava do processo público de formação de lista tríplice para a escolha, pelo Presidente da República, de conselheiros, diretores, presidentes, diretores-presidentes e diretores-gerais de agências reguladoras, a serem submetidos à aprovação do Senado Federal. [434]

Tal lista, formada por uma comissão de seleção, seria a fonte da indicação do Presidente da República, e poderia oportunizar a diversidade de fontes para a indicação de dirigente de regulador pelo Presidente da República.

Porém, tal proposta foi vetada, sob a pecha de inconstitucionalidade, "por perpetrar violação ao princípio da separação dos poderes"[435].

Ultrapassada a questão acerca da objetividade das medidas de neutralidade política do regulador brasileiro, cumpre verificar o aspecto da eficiência delas, com enfoque na aplicabilidade, controle e fiscalização, nuance que fora exposta como de capital valor para o redesenho do atual estado da arte da despolitização regulatória nacional.

---

[434] "**Art. 42** A Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações: (...)

Art. 5º *Omissis*

§ 1º A escolha, pelo Presidente da República, de Conselheiros, Diretores, Presidentes, Diretores-Presidentes e Diretores-Gerais de agências reguladoras, a serem submetidos à aprovação do Senado Federal, será precedida de processo público de pré-seleção de lista tríplice a ser formulada em até 120 (cento e vinte) dias antes da vacância do cargo decorrente de término de mandato, ou em até 60 (sessenta) dias depois da vacância do cargo nos demais casos, por comissão de seleção, cuja composição e procedimento serão estabelecidos em regulamento.

§ 2º O processo de pré-seleção será amplamente divulgado em todas as suas fases e será baseado em análise de currículo do candidato interessado que atender a chamamento público e em entrevista com o candidato pré-selecionado.

§ 3º O Presidente da República fará a indicação prevista no caput em até 60 (sessenta) dias após o recebimento da lista tríplice referida no § 1º.

§ 4º Caso a comissão de seleção não formule a lista tríplice nos prazos previstos no § 1º, o Presidente da República poderá indicar, em até 60 (sessenta) dias, pessoa que cumpra os requisitos indicados no caput."

"§ 6º Caso o Senado Federal rejeite o nome indicado, o Presidente da República fará nova indicação em até 60 (sessenta) dias, independentemente da formulação da lista tríplice prevista no § 1º." (BRASIL, 2019, op. cit.).

[435] BRASIL. PLANALTO. Mensagem nº 266, de 25 de junho de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-266.htm. Acesso em: 24 ago. 2019.

Considerando que essa vulnerabilidade em específico contamina o ambiente regulatório como um todo, em acordo com o já assinalado, essa investigação se fulcra na identificação das práticas domésticas de partidarização regulatória, a serem confrontadas com as garantias de independência política constantes do provável novo arranjo dos entes reguladores pátrios, oriundo da Lei nº 13.848/2019.

Aqui, novamente, optar-se-á pela utilização de quadro, para a exposição que se pretende:

Quadro 8 – Análise das garantias da independência política do regulador nacional previstas na Lei nº 13.848/2019, a partir do confronto com as práticas domésticas de partidarização regulatória do cenário atual:

PRÁTICAS DOMÉSTICAS DE PARTIDARIZAÇÃO REGULATÓRIA NO ATUAL CENÁRIO BRASILEIRO	**GARANTIAS DA INDEPENDÊNCIA POLÍTICA DO REGULADOR PREVISTAS NA LEI Nº 13.848/2019**	**RESULTADO**
GARANTIA ORGÂNICA **1** Estabilidade dos dirigentes: **1.1.a** Nomeação de dirigentes pautada pela partilha de postos entre a base de sustentação partidária do Governo	**GARANTIA ORGÂNICA** **1** Estabilidade dos dirigentes: **1.1.a** Vedação à indicação para dirigentes "Ministro de Estado, Secretário de Estado, Secretário Municipal, dirigente estatutário de partido político e titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados dos cargos"[436]	Parcialmente satisfatório
1.1.b Nomeação de dirigentes com baixo nível de *expertise* e/ou desprovido de experiência profissional no setor	**1.1.b** Conforme quadro 7, há previsão de critérios técnicos para indicação/nomeação de dirigente do regulador (notório conhecimento no campo de sua especialidade, comprovado por experiência profissional e formação acadêmica compatível com o cargo)	

[436] Conforme art. 42, que cria o art. 8-A, da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras e dá outras providências (BRASIL, 2019, op. cit.).

1.1.c Sabatina-simulacro pelo Senado Federal, quando da escolha dos novos dirigentes	**1.1.c** Considerando que a lei geral não dispõe sobre critérios para a sabatina, respeitando-se a repartição de poderes e competências, e também considerando que tal ponto depende de concretização para ser investigado, resta prejudicada essa análise	
1.2.a Nomeação de dirigentes em bloco, após certo período de vacância, para minimizar o escalonamento de mandatos	**1.2.a** Inexiste previsão explícita de impedimento à nomeação de dirigentes em bloco, após certo período de vacância, para minimizar o escalonamento de mandatos. Há, porém, o reforço da dicção de mandatos descoincidentes[437]	
1.2.b Possibilidade de recondução nos cargos de diretoria, a submeter os dirigentes ao atendimento do arbítrio e conveniências do Poder Político	**1.2.b** Vedação à recondução[438]	
1.3 Nomeação de diretores interinos e, portanto, demissíveis a qualquer tempo	**1.3** Mantida a previsão de nomeação de diretores interinos e, portanto, demissíveis a qualquer tempo	
1.4 Recorrente *revolving door,* com executivos das empresas reguladas entrando e saindo pelas portas giratórias das diretorias dos reguladores	**1.4** Inexiste previsão de impedimento de *revolving door*. Porém, a quarentena, após mandato, seria de seis meses, garantinda a remuneração no período[439]	

[437] "**Art. 42**. A Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações:
Art. 4º *Omissis*
§ 1º Os mandatos dos membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada serão não coincidentes, de modo que, sempre que possível, a cada ano, ocorra o vencimento de um mandato e uma consequente nova indicação." (BRASIL, 2019, op. cit.).

[438] Conforme art. 42, que altera o art. 6, da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras e dá outras providências (*Idem*, *Ibidem*).

[439] "**Art. 42**. A Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações:
Art. 8º Os membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada ficam impedidos de exercer atividade ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência,

2 Considerando que poucos reguladores são obrigados por lei a ter contrato de gestão (ANEEL, ANS e ANVISA), e que nos demais entes, o contrato de gestão é opcional ou não previsto, não há como identificar ocorrência de danos à neutralidade política, quanto a esse aspecto, pelo que resta prejudicado	**2** Inexiste previsão de celebração de contrato de gestão	
GARANTIA ADMINISTRATIVA OU FUNCIONAL **1** Contingenciamento de recursos financeiros, a impedir o exercício ordinário das atividades regulatórias **2.a** Paralisia decisória no âmbito do regulador independente, por ausência de *quorum*, decorrente da não nomeação de diretores **2.b** Usurpação das competências dos entes reguladores por órgãos do Governo, de natureza essencialmente político-partidária, restringindo a atuação daqueles e maculando sua autonomia no respectivo setor de atuação	**GARANTIA ADMINISTRATIVA OU FUNCIONAL** **1** Apesar da previsão de autonomia financeira, inexiste vedação de contingenciamento de recursos financeiros, a impedir o exercício ordinário das atividades regulatórias **2.a** Considerando que a lei geral não dispõe sobre o tema, e também considerando que tal ponto depende de concretização para ser investigado, resta prejudicada essa análise **2.b** Apesar de, no âmbito da interação operacional entre as agências reguladoras e os órgãos de regulação estaduais, distritais e municipais, ser vedada a delegação de competências regulatórias, permitindo-se apenas a descentralização das atividades fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais[440], inexiste qualquer	Insatisfatório

por período de 6 (seis) meses, contados da exoneração ou do término de seu mandato, assegurada a remuneração compensatória." (BRASIL, 2019, op. cit.).

[440] "**Art. 34**. As agências reguladoras de que trata esta Lei poderão promover a articulação de suas atividades com as de agências reguladoras ou órgãos de regulação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de competência, implementando, a seu critério, a descentralização de suas atividades fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais,

	disposição na lei geral sobre o tema, cuja investigação também depende de concretização para melhor análise	
2.c Contingenciamento de recursos materiais e de pessoal, a impedir o exercício ordinário das atividades regulatórias	**2.c** Apesar da previsão de autonomia administrativa, inexiste vedação de contingenciamento de recursos materiais e de pessoal, a impedir o exercício ordinário das atividades regulatórias	

Fonte: Autoria própria, 2019.

Desse derradeiro quadro, emergem as seguintes observações:

(a) Inicialmente, cumpre destacar que, por se tratar de eficiência, i.e. de aplicabilidade, fiscalização e controle das medidas, a análise carece de maior efetivação, considerando a recente existência da lei geral.

Sendo assim, a eficiência só poderá ser realmente mensurada, quando da aplicação dessa lei geral, até porque, como este trabalho evidenciou, comum que é a efetivação demonstre que a teoria erigida passou por mácula, desnaturação e invalidade.

É por isso que, das 12 práticas analisadas, três delas (25%) tiveram seus exames prejudicados, pela falta de realidade factual, a saber, sabatina-

---

mediante acordo de cooperação, exceto quanto a atividades do Sistema Único de Saúde (SUS), que observarão o disposto em legislação própria.
§ 1º É vedada a delegação de competências regulatórias.
§ 2º A descentralização de que trata o **caput** será instituída desde que a agência reguladora ou o órgão de regulação da unidade federativa interessada possua serviços técnicos e administrativos competentes devidamente organizados e aparelhados para a execução das respectivas atividades, conforme condições estabelecidas em regimento interno da agência reguladora federal.
§ 3º A execução, por agência reguladora ou órgão de regulação estadual, distrital ou municipal, das atividades delegadas será permanentemente acompanhada e avaliada pela agência reguladora federal, nos termos do respectivo acordo.
§ 4º Na execução das atividades de fiscalização objeto de delegação, o órgão regulador estadual, distrital ou municipal que receber a delegação observará as normas legais e regulamentares federais pertinentes.
§ 5º É vedado ao órgão regulador estadual, distrital ou municipal conveniado, no exercício de competência fiscalizatória delegada, exigir de concessionária ou permissionária obrigação não prevista previamente em contrato.
§ 6º Além do disposto no § 2º deste artigo, a delegação de competências fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais somente poderá ser efetivada em favor de agência reguladora ou órgão de regulação estadual, distrital ou municipal que gozar de autonomia assegurada por regime jurídico compatível com o disposto nesta Lei.
§ 7º Havendo delegação de competência, a agência reguladora delegante permanecerá como instância superior e recursal das decisões tomadas no exercício da competência delegada." (BRASIL, 2019, op. cit. Grifos do original)

simulacro pelo Senado Federal, paralisia decisória no âmbito do regulador independente, por ausência de *quorum*, decorrente da não nomeação de diretores e usurpação das competências dos entes reguladores por órgãos do Governo, de natureza essencialmente político-partidária.

Nada obstante essa impossibilidade de verificação, das 12 práticas em análise, cinco delas (41,66%) foram objeto de tratamento direto e explícito na recente lei geral (nomeação de dirigentes pautada pela partilha de postos entre a base de sustentação partidária do Governo, nomeação de dirigentes com baixo nível de *expertise* e/ou desprovido de experiência profissional no setor, possibilidade de recondução nos cargos de diretoria, nomeação de diretores interinos e demissíveis a qualquer tempo e celebração de contrato de gestão) e quatro delas (33,33%) não receberam dicção legal mais expressiva, mas foram objeto de parcial ou indireta averiguação (nomeação de dirigentes em bloco, após certo período de vacância, *revolving door* e contingenciamento de recursos financeiros, materiais e de pessoal).

Desta feita, resta comprovada a validade da análise realizada, já que 74,99% do universo pesquisado pode ser devidamente confrontado.

(b) A lei geral em foco impede que a nomeação de dirigentes para o regulador recaia sobre aliados políticos do Governo, minimizando a luta de partidos e a formação de partidocracia.

(c) Pela nova lei geral, a nomeação de dirigentes para o regulador se fundamentaria em critérios mais efetivos e objetivos de comprovação de *expertise* para o desempenho da respectiva função.

(d) A lei geral proíbe a recondução dos dirigentes do regulador, o que inibe fortemente tentativas de sequestro político regulatório.

(e) Grave falha se verifica na lei geral em tela, com a manutenção da possibilidade de nomeação de diretores interinos e, portanto, demissíveis a qualquer tempo, o que favorece a captura política do regulador.

(f) A problemática do *revolving door* é tratada de forma indireta e parcial, já que há previsão de quarentena, após o fim de mandato, pelo prazo de seis meses, devidamente remunerado. Porém, nada prevê sobre a espécie porta de entrada, conforme explicado alhures.[441]

[441] Item 4.2.

(g) A novel lei geral não prevê a celebração de contrato de gestão entre regulador e respectivo Ministério.

(h) Outra lacuna da lei geral é a não vedação de nomeação de dirigentes em bloco, após certo período de vacância, prática que macula o escalonamento de mandatos, critério que é sustentado pela norma em questão.

(i) Outro *gap* na lei geral reside na omissão de proibição de contingenciamento de recursos financeiros, materiais e de pessoal, apesar da previsão das correspondentes autonomias, que, dada a vagueza dos termos legais, assemelha-se mais a uma autonomia para pedir do que para agir.

Além da dotação orçamentária geral, melhor seria uma dicção propositiva de receita própria ao regulador, pela cobrança de taxas regulatórias ou a isso equivalente e aplicação de multas, e autonomia orçamentária.

Por todo o exposto, em particular pelo exame dos dois últimos quadros, constata-se que a Lei nº 13.848/2019 propõe avanços na definição objetiva de regras promotoras de despartidarização e na salvaguarda de medidas que obstem a influência do mau partidarismo no ambiente regulatório.

Em que pese isso, ao confrontar as propostas da nova lei geral com as balizas apontadas para a investigação, fulcrada na objetividade das regras despolitizantes e mais enfaticamente na eficiência delas (aplicabilidade, controle e fiscalização), vê-se que ainda persistem lacunas a serem completadas e/ou aprimoradas.

Ressalte-se também que as medidas previstas na lei geral só terão suas eficiências ratificadas, após a implementação delas, por ser a real oportunidade de verificação positiva de sua aplicabilidade e teste para seu desenho fiscalizatório e de controle.

Mesmo assim, a par das lições colhidas neste estudo, decorrentes da investigação teórica e da análise da experiência portuguesa, é possível propor complementações à nova lei geral das agências reguladoras brasileiras.

De logo, cumpre mencionar que, em consonância com o pontuado no item 2.4, na regulação estatal brasileira há outros arranjos de reguladores, distintos do modelo de agência reguladora. A lei geral se debruça exclusivamente sobre uma forma específica de regulador, ensejando o desabrigo de uma moldura legal ao regulador brasileiro como um todo.

Mais que desabrigo, trata-se de efetiva omissão, situação diversa do que se passa na lei-quadro portuguesa, que ao excluir entidades específicas da tutela da lei-quadro, registra a existências delas e o tratamento que devem receber, conforme art. 2º, 3[442].

Ademais, merecem aperfeiçoamento a efetividade do protagonismo social, a diversidade da indicação para dirigente do regulador, o impedimento de nomeação em bloco, a restrição à nomeação de interino, o impedimento de *revolving door* na espécie porta de entrada, a efetividade das autonomias administrativa e financeira perante contingenciamentos e a definição da atuação e competência do regulador.

Cumpre frisar que a concorrência regulatória é alternativa a ser mais bem verificada, que pode ou não a vir ser incrementada pelo legislador (talvez como complemento futuro de alguma lacuna a ser identificada!), haja vista que sua presença não é tão recorrente nos Estados reguladores.

Crer-se que, da junção dessas sugestões com as regras contidas na lei geral, ter-se-ia uma melhoria regulatória, com o fortalecimento da independência política regulatória pátria. E por se fulcrar na eficiência da atuação regulatória, relembra-se que apenas a experiência poderá ratificar a validade das medidas escolhidas, pela testagem da atuação dos controles interno e/ou externo na fiscalização das respectivas nuances da aplicabilidade.

Outrossim, é oportuno não se olvidar do debate em torno da validade de uma lei geral, já que, aqui e lá fora, o real valor e a efetiva utilidade de uma lei-moldura para o regulador são objetos de consideração, tanto por quem não os identifica[443], como por quem os sustenta[444].

---

[442] PORTUGAL, 2013, op. cit.

[443] Sobre a desimportância da lei-quadro portuguesa, raciocínio que pode ser estendido ao problema como um todo, afirma Calvão: “Teria sido preferível, em nosso modo de ver, a adopção de um conjunto de *linhas directrizes* ou de *orientações gerais* inspiradoras da criação das entidades reguladoras nacionais, alternativa provavelmente mais eficaz em termos de enquadramento destes organismos do que a emissão de uma lei-quadro de cariz vinculativo… Neste sentido, acompanhamos Luís Morais, autor que, recentemente, além de outras importantes propostas para a reforma da regulação em Portugal, sugeriu o estabelecimento de ‘um conjunto de orientações gerais para o enquadramento dos reguladores sectoriais, o que não tem necessariamente de se traduzir numa Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras’.” (CALVÃO, João Nuno, 2018, op. cit., p. 9. Grifos do original).

[444] A já mencionada Declaração de Condeixa sustenta como basilar à independência regulatória, a existência de uma lei-quadro: “Por isso julga-se aconselhável um exame da situação institucional da regulação entre nós, de modo a: (...) c) Estabelecer, mediante uma lei-quadro, um padrão comum mínimo quanto aos princípios básicos que devem reger a organização, poderes e funcionamento das autoridades reguladoras independentes, por

Contudo, ambas posições defendem a necessidade da existência de uma moldura mínima, fixadora de critérios objetivos, para afugentar o subjetivismo e/ou imprecisão na definição de aspectos, procedimentos e fatores relevantes para o bom funcionamento do regulador.

Afinal de contas:

> Quem se dedica a estudar as entidades reguladoras em Portugal (mas a questão não é só nacional) não pode deixar de ficar impressionado com alguns fenómenos:
> - primeiro, existindo muitos organismos reguladores, é porém notória a falta de homogeneidade das soluções institucionais, dando lugar a soluções organizatórias diferentes (...)
> - terceiro, (...) está longe de haver homogeneidade nas soluções relativas às diversas autoridades reguladoras independentes, havendo consideráveis diferenças entre elas, mesmo dentro das que operam em áreas afins (por exemplo, as do sector financeiro, as do sector dos transportes).[445]

O impasse, então, estabelece-se na dúvida sobre o arranjo que essa moldura mínima deve ter.

Uma lei geral tem como principal vantagem a racionalização e objetividade dos procedimentos regulatórios, de forma a estabelecer "um quadro de referência quanto ao seu regime jurídico, que limite a tentação da singularidade de regimes sem justificação razoável"[446].

Sem dúvidas, uma lei geral assegura certa estandardização dos fundamentos e do regime jurídico dos reguladores, como também dos procedimentos por eles adotados. E tal panorama, ao tempo que respalda a objetividade das medidas regulatórias (e, mais particularmente, as de feição despolitizante), também oportuniza a celebrada eficiência regulatória, já que os critérios de aplicabilidade, fiscalização e controle das ações e regras regulatórias podem ser mais facilmente identificados e concretizados.

Doutra banda, seu maior óbice é a restrição de atuação regulatória, capaz de produzir uma homogeneização artificial, que desatenda a natural complexidade do regulador, exigente de tratamento diferenciado e especialização técnica.

---

forma a conferir consistência ao sistema, sem prejuízo de uma ampla margem de discricionariedade na formatação estatutária de cada entidade reguladora em particular, em homenagem às especificidades de cada caso". (MOREIRA, Vital, 2002, op. cit., p. 8-9).

[445] MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda, 2003, op. cit, p. 260.

[446] *Idem*, *Ibidem*.

As singularidades no ambiente regulatório que reclamam limitação são as que se referem exclusivamente àquelas desprovidas de logicidade e razão de ser (sem justificação razoável). E essas especificidades, de ordem técnica e setorial, concretamente existentes em cada regulador, não podem ser aniquiladas por uma moldura jurídica, por escaparem dela.

A observação de tais detalhes ou caracteres especiais influencia no êxito do arranjo geral estabelecido para o regulador, podendo impactar positiva ou negativamente nos mais diversos aspectos do ente independente. E isso deve ser obervado para a feitura do desenho anticaptura política colimado.

Destarte, sopesando ônus e bônus, lúcida parece a opção de:

> ...desenhar um *modelo jurídico típico,* que deverá ser seguido pela generalidade dos organismos deste tipo, assente em regras comuns, desde o estatuto dos dirigentes às relações laborais, passando pelo regime financeiro e pelo regime procedimental. Todavia, como é próprio de uma lei-quadro, o nível de densificação dos preceitos propostos tem de manter-se dentro de um nível adequado, deixando para os estatutos de cada entidade a necessária liberdade de conformação, de acordo com as especificidades de cada uma.[447]

É por força de um equilíbrio entre o plano geral dos reguladores, submetidos a uma lei geral, e as singularidades de cada um deles, regidas pelas documentações estruturantes e particularizadas de cada ente, que se poderia salvaguardar a ação regulatória do subjetivismo nefasto, mas sem promover o engessamento procedimental igualmente nocivo.

No caso pátrio, subsumindo-se à generalidade disciplinadora contida na lei geral, as leis criadoras e os regulamentos, estatutos ou regimentos de cada regulador deveriam estabelecer o tratamento das peculiaridades técnicas de cada setor regulado.

Desta feita, o estudo indica como possibilidade válida para concretização da necessária separação entre regulador e mau partidarismo uma lei geral para delineamento do arranjo geral dos entes independentes, que promova a independência política do regulador, complementada pelas leis criadoras, regulamentos, estatutos, regimentos ou afins de cada ente regulador, respeitando-lhes as devidas especificidades.

---

[447] MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda, 2003, op. cit, p. 264. Grifos do original.

No cenário objeto da análise juscomparativa, vê-se, exemplificativamente, que, em atenção às peculiaridades, a lei-quadro portuguesa não se aplica ao Banco de Portugal e à Entidade Reguladora para a Comunicação Social, regendo-se ambos por legislação própria, conforme mencionado anteriormente.

Analisando a recente lei geral das agências reguladoras brasileiras, constata-se a previsão (ainda que singela) de regras particularizadas, em conformidade com as respectivas leis criadoras dos entes, como é o caso, por exemplo, do art. 3º da lei em foco:

> Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.[448]

Ademais, viu-se que os dados analisados evidenciaram, em tese, que a Lei nº 13.848/2019 carece de reforço nos pontos já destacados, dentre eles a inclusão de outros modelos de reguladores, que não as agências reguladoras, demonstrando, também, a necessidade de complementação por legislação ou documento normativo mais particularizado.

Por tudo, conclui esta pesquisa pela impossibilidade de construção de padrão hermético para a contenção partidária no regulador independente brasileiro, dadas as especificidades de cada regulador e correlato setor.

Apesar disso, não se impede a existência de uma lei geral ou moldura mínima (como se prefira denominar!), a qual, jungida a outros instrumentos normativos e legais, possa estabelecer medidas e diretrizes para a efetiva neutralização política no cenário brasileiro.

Por força dessa lei geral, pode-se resguardar o ator da regulação estatal contra as indevidas interferências partidárias e suas cooptações políticas, sendo essa proteção uma das ações propiciadoras do *renew deal* regulatório pátrio.

Contudo, esse resguardo tem limites, dentre eles, o da impossibilidade de uma blindagem integral contra a captura política.

---

[448] BRASIL, 2019, op. cit. Grifos nossos.

Na tarefa de obstar o sequestro político do regulador, é inafastável a consideração de que as já mencionadas criatividade de meios (diversos categorias e mecanismos) e multiplicidade de razões para capturar politicamente o regulador (interesses ensejadores do móvel sequestrador) são vetores imponderáveis e impenetráveis para qualquer lei geral ou afim, o que torna sobrehumano qualquer exercício de impedimento pleno da malsinada interferência da *bad politics* no regulador nacional.

Demais disso, não se pode olvidar que despolitizar o cenário regulatório doméstico reclama outro exercício igualmente árido, que é o de descontaminar o ambiente público brasileiro do problema da corrupção, pois, como já visto[449], a corrupção pública favorece a ocorrência do sequestro político do regulador nacional, em face do comportamento e trato patrimonialistas de certos agentes públicos e de outras pessoas que interajam com o poder público.

E a corrupção é também de hercúleo combate, justamente por se originar de vários meios e razões balizadoras para suas existências, tal qual se passa com a captura política regulatória. Às vezes, até mesmo compartilhando os meios e as razões.

Viu-se que, para uma *better regulation,* não se pode desprezar a relevância da mudança no comportamento dos *players* regulatórios, notadamente os de jaez político, de modo a os inserir na conta da solução e não mais do problema, ante o aperfeiçoamento de suas condutas.[450]

Para além do controle em si das ações em si mesmas (na esfera de repressão), deve-se pautar numa proposta preventiva, de estímulo de boas práticas, descortinando um cenário de *compliance* na governança pública.

Uma alternativa possível para tal transformação é:

> ...mostrar que a política e a modernização gerencial não são antagônicas, mas, pelo contrário, que a capacidade de gestão passa a ser um recurso fundamental para lidar com o problema da transformação no papel do Estado e sua demanda por desempenho governamental. A sobrevivência político-eleitoral deve estar acoplada à importante noção do desempenho, sem a qual as sociedades continuarão a enfrentar pesados custos paa continuar mantendo

[449] No item 5.1.
[450] Desde o item 4.3 e na sequência dele.

> governos que pouco tem a ver com a realização efetiva das demandas de longo-prazo das sociedades.[451]

Neste sentir, é preciso que os atores políticos compreendam "que as reformas representam um dos mais poderosos aliados para sua sobrevivência eleitoral, e não o contrário"[452].

Árdua é essa tarefa de mutação comportamental, tendo em vista que "em sociedades marcadas por corrupção generalizada, por clientelismo rampante, e, forte captura dos interesses públicos por interesses privados, esta redefinição de crenças e ideias enfrenta maiores resistências"[453].

E mais, por nos arranjar num formato de presidencialismo de coalização, que se fundamenta:

> Numa estrutura multipartidária, marcada pelo fracionamento, o sucesso das negociações, na direção de um acordo explícito que compatibilize as divergências e potencialize os pontos de consenso, é decisivo para capacitar o sistema político a atender ou conter legitimamente demandas políticas, sociais e econômicas competitivas e a formular um programa coerente e efetivo.[454]

Tudo isso reforça a ideia de que, para ter e manter-se no poder, "os partidos na coalizão se enfrentam em manobras calculadas para obter cargos e influência decisória"[455].

Retornando aos limites do trabalho, em razão dessa interação (meio que simbiótica), entre corrupção e captura política do regulador, constata-se que ambas são males que não podem ser absolutamente extintos. Portanto, o eficiente enfrentamento das problemáticas delas se estriba em as posicionar em um nível mínimo de ocorrência, ou um nível ótimo.

Destarte, a sugerida moldura mínima para neutralidade política do ente regulador independente brasileiro, ao tempo em que robustece a lógica da despolitização regulatória entre nós, pressupõe a existência de uma captura política igualmente mínima.

---

[451] REZENDE, Flávio da Cunha, 2016, op. cit., p. 248-249.
[452] *Idem, Ibidem*, p. 249.
[453] *Idem, Ibidem*, p. 249.
[454] ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, 1988, p. 28. Disponível em: https://politica3unifesp.files.wordpress.com/2013/01/74783229-presidencialismo-de-coalizao-sergio-abranches.pdf. Acesso em: 15 out. 2019.
[455] *Idem, Ibidem*, p. 28.

E, desse ponto, ressurge uma derradeira questão: é possível ir além do robustecimento, e antifragilizar a despolitização?

Viu-se que antifragilizar politicamente o ator da regulação estatal seria a possibilidade de, diante do caos (*in casu,* a cada ataque maculador à sua independência política), pudesse ele, não apenas resistir ao malsinado intento capturador, mas, principalmente, ter sua moldura aprimorada, elevando continuamente seu estado da arte.

Já se sabe que o caos, isto é, a captura política do regulador, persistirá, nesse patamar de existência mínima/ótima. E, com a lei geral recomendada, pretende-se o fortalecimento do ente independente, tornando-o capaz de suportar toda a investida do mau partidarismo.

Desta feita, perquire-se se tal lei geral tem o condão de propiciar ao ente regulador independente brasileiro a qualidade de se aperfeiçoar ante a cooptação partidarista que o visitará.

Acerca da viabilidade de se alcançar esse estado da arte idealizado, a saber, um estado da arte antifrágil, resta-nos a incerteza, já que a constatação de uma antifragilidade só pode ser revelada pela experiência vivenciada, condição que o arranjo mínimo aqui proposto não dispõe.

Por ora, tem-se meramente uma tentativa de fortalecimento da neutralidade política do regulador nacional, através de uma moldura mínima para contenção partidarista, cuja implementação exitosa, por si só, já produzirá benesses para o festejado propósito de *better regulation*.

Só o futuro, com seus riscos, modernidades, incertezas e disrupções, a partir das experiências com a lei geral, poderá desvelar seu caráter antifrágil. Ou lhe negar qualquer caráter, mesmo o da utilidade mínima.

Enquanto isso, no momento presente, embora pré-colonizado pelo futuro, predomina o caos. E ante esses desafios, tem-se muito por fazer...

6 **CONCLUSÃO**

Entre falhas de mercado e falhas de governo, entre aplausos e apupos, subsiste a regulação estatal. E essa imanência contém incongruidades que precisam ser urgentemente equalizadas.

Um desses descompassos (registre-se que são muitos!) é a politização do regulador independente, em particular no âmbito brasileiro. Enquanto desalinho oportunizador do desvirtuamento das ações regulatórias, mediante o sequestro do mau partidarismo, foi a este tema que o estudo em conclusão se dedicou.

Desde o início desta investigação (na verdade, ainda na etapa do pojeto dela), sabia-se que despolitizar é um exercício em construção e com diversos obstáculos. E, ao fim e ao cabo desta pesquisa, esse pensamento original assume contornos axiomáticos. Aspérrima é tarefa de neutralizar o regulador contra as investidas da partidocracia.

De igual modo, o transcurso do estudo ratificou outra percepção também dos primórdios, a saber, a da indeclinabilidade do mister despolitizador, ainda que árduo seja ele.

Sem a pretensão de ser panaceia da questão em investigação, esta tese busca contribuir singelamente para o aclaramento de pontos obscuros, desprezados, indevidamente naturalizados ou simplesmente não vislumbrados nos debates já realizados.

Como a Hidra de Lerna, a captura política do regulador estatal é monstro de muitas cabeças, e essas nuances reclamam um enfrentamento específico, apurado e estratégico, conforme exemplicado nas páginas findas. Do contrário, o esforço de combate à *bad politics* na regulação estatal continuará a ser destruído pelo hálito do mau partidarismo, que transforma o palco público em pântano, onde sucumbem a racionalidade democrática e a sociedade.

Por isso, sobressai a percepção, mesmo para o mais desatento observador, de quão hercúleo é o trabalho de descontaminação partidarista no regulador nacional.

Como efetivamente despolitizar a regulação estatal brasileira? Como objetivamente concretizar a neutralidade política do regulador nacional? Eis as

questões capitaneadoras desta empreitada científica, na busca pelos tições e rochedos derrotadores do sequestro político.

A odisseia aqui realizada (para finalizar a tônica mitológica destas linhas) perpassa por múltiplas temáticas, muitas das quais foram metodologicamente escolhidas para o longo trajeto percorrido até a resolução do problema da pesquisa.

E por tão longa ser a viagem, é que se optou, no item 5.3, por momentaneamente interromper o fluxo da jornada investigativa (o *intermezzo*), a fim de congregar as conclusões erigidas até aquele ato, o que redundou também num prelúdio do presente capítulo.

Sendo assim, a despeito do enfado da repetência, mas para evitar a invencionice, opta-se por retornar *ipsis litteris* ao reavivar temático elaborado antecedentemente. Noutras palavras, é fruto de escolha metodológica a transcrição literal daquele ato (item 5.3), por assim considerar adequado ao escorreito desenvolvimento desta conclusão.

Porém, antes da mencionada transcrição, é de se ressaltar a severíssima contenda doutrinária incidente nas temáticas eleitas, o que corporifica a importância delas e das inferências a que se chegou.

Tem-se, então, a reprodução textual multicitada.

Na relação Estado, sociedade e Economia, vive-se o momento do *renew deal* regulatório, opção que se revela mais acertada que a da desregulação ou do retorno do Estado-empresário. Com vistas a uma governança regulatória superior e aprimorada, pretende-se corrigir as falhas havidas na etapa inicial da regulação estatal e do Estado regulador.

Por *renew deal* regulatório se entende o reforço, não na intensidade, mas sim na qualidade da ação regulatória, o que implica em redesenho dos arranjos atualmente utilizados para o mister.

Para essa *better* ou *smart regulation*, é necessário, dentre outros aspectos, fortalecer a independência do ente regulador, por ser ele o artífice do mister em foco. Aliás, a atuação e ação insatisfatórias dele muito contribuíram para o insucesso da atividade que se deseja melhorar.

E, mais particularmente atrelado ao presente estudo, prima-se pela independência política do regulador, a fim de promover a indispensável neutralização às influências do mau partidarismo.

A lógica da despolitização nada mais é do que afastar as influências da *bad politics* do âmbito da regulação, já que elas se fulcram no atendimento dos interesses egoísticos dos partidos e seus filiados, sem observância dos interesses da comunidade.

Para fins de melhoria regulatória, a despolitização precisa se basear em objetividade e eficiência, que consiste em critérios concretos de neutralização política do regulador e meios válidos de existência, aplicabilidade, controle e fiscalização desses critérios despolitizantes.

No espectro da objetividade, para que o regulador deixe de ser um instrumento da política de um governo, e passe a ser instrumento de política governamental, contabilizam-se seis estratégias, que são: concorrência regulatória, fixação de procedimentos administrativos, atuação da Mídia, protagonismo social, composição plúrima, democrática e diversa do regulador e revisão externa das decisões regulatórias pelos Poderes Executivo e Judiciário.

Já no tocante à eficiência, a neutralidade política do regulador exige robustecimento das formas de controle interno e externo, cujos atores poderão validar ou não a satisfação das medidas despolitizantes, pelos parâmetros de aplicabilidade e fiscalização.

A concreção da independência política do regulador deve considerar a nocividade da captura correspondente e enfatizar a prevenção das ações do mau partidarismo.

A captura política é o mal que redunda da ausência de despolitização regulatória, enquanto manipulação do regulador pelo poder político, visando à satisfação das conveniências do mau partidarismo.

Com o sequestro político se tem o afastamento da técnica, da neutralidade e da independência do regulador, numa lógica de influenciação indevida na vida democrática e política, que, generalizadamente, pode ser denominada de corrupção *lato sensu*.

Essa espécie de captura regulatória, seja ela mais ou menos intensa, é hodiernamente percebida como ameaça à regulação, por desatrelamento da ação do regulador ao interesse público, ideia que se aparta das teorias tradicionais correlatas ao tema.

Para combater a captura política regulatória nesse multicitado *renew deal*, é preciso identificar o caráter metamorfósico, complexo, sofisticado e

dissimulado do sequestro partidarista, que se transmuta de diversas maneiras, nem sempre de fácil visualização.

Tal diversidade criativa de dependência política pode ser sistematizada em seis categorias (constitucional, sistêmica, relacional/governança, individual, funcional e crônica), as quais se desdobram em 12 mecanismos (vieses do sistema constitucional, desequilíbrio afetivo na política de acesso, institucionalização subgovernamental, arbitragem regulatória, governança suplementar, governança substitutiva, incentivo na tomada de decisão individual, desvio na implementação ou execução regulatória, controle de informações, mitos de competência, processo regulatório não racional e oportunismo de dependência).

O Brasil também vivencia esse momento de nova agenda da regulação estatal, para implementar *performance* regulatória, com igual necessidade de fortalecer o regulador, notadamente no viés da despolitização, para enfrentamento da captura política.

A independência política do regulador brasileiro se estabelece por meio de garantias orgânicas (estabilidade dos dirigentes e ausência de controle hierárquico) e administrativas (autonomia na gestão financeira e liberdade na organização dos serviços), fixadas nas leis criadoras de cada ente e na nova lei geral das AR's.

O atual estado da arte da neutralidade política do regulador brasileiro é vulnerável, pois as garantias de despolitização fixadas não atendem ao propósito da eficiência, já que as medidas existentes são insuficientes.

Confrontando o panorama nacional com as categorias e os mecanismos de captura política do regulador, constatam-se vários exemplos locais de partidarização regulatória, os quais evidenciam a ineficiência das garantias orgânicas e administrativas para a independência do ente regulador.

Reforçando (ou embasando) todo esse contexto, tem-se a corrupção pública, enquanto desvirtuamento na utilização da função pública para a obtenção de vantagens patrimoniais e extrapatrimoniais indevidas.

A corrupção pública, que não pode ser confundida com moralidade individual, por transitar no universo da ética institucional, é considerada alta no Brasil, em conformidade com a Transparência Internacional, cujo Índice de

Percepção da Corrupção 2018, que lista os países menos corruptos, apresenta o Brasil na posição 105, dentre 180 países.

A despolitização regulatória no Brasil, fustigada pela captura política e pela corrupção pública, carece de robustecimento, ou, talvez, de antifragilização, para, não apenas enfrentar o sequestro partidário e o trato patrimonialista da coisa pública, mas também se aprimorar a cada embate.

O contexto de *renew deal* regulatório e, mais particularmente de redimensionamento eficiente da despolitização do regulador, para fins de *better regulation*, igualmente é vivenciado noutros Estados, dentre eles, Portugal, aqui destacado em razão da pujança dos termos da Declaração de Condeixa e dos indeléveis pontos de contato entre eles e nós (inserção na mesma família jurídica, similitude da estrutura regulatória e preocupação com a captura política do regulador).

Na realidade lusitana, os fundamentos para regulação são a desintervenção do Estado na Economia e a desgovernamentalização da regulação, nos moldes da comunitarização da Europa Continental.

Para concreção dessa nova forma de atuação estatal, surge a autoridade administrativa independente (AAI), que é o regulador português, revestido de neutralidade e independência e com natureza administrativa.

De perfil jurídico heterogêneo, as AAI's têm desenho institucional focado na autonomia e visa a responder as críticas sobre possíveis arrepios aos padrões de legitimidade democrática e *accountability*.

No tocante à independência, a não sujeição da ação do regulador a constrangimentos estranhos aos legalmente instituídos pode ser de ordem formal (isto é, quanto ao modo de funcionamento e seus procedimentos) e de jaez prático (ou seja, imunização das indevidas influências de políticos eleitos e/ou de empresas reguladas).

A captura política de uma AAI pode decorrer de frequência de contatos, influência no orçamento do regulador e na organização interna, interferência em matéria de regulação, partidarização das nomeações e vulnerabilidade política da autoridade, dentre outras situações.

Em 2013, surge a Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo (Lei nº 67, de 28 de agosto de 2013), como novo

regime jurídico das AAI's, derivada do *MoU* firmado em 2011 entre Portugal e *Troika*, legislação que objetiva o reforço da independência regulatória.

Pertinentemente à neutralização política do regulador, a lei-quadro das AAI's dispõe o que segue, em confronto com as seis estratégias de despolitização já expostas:

> (a) Inexistência de concorrência regulatória. Porém, são tratadas as cooperação, associação e colaboração entre as AAI's, entre elas e suas similares comunitárias e/ou internacionais ou mesmo entre aquelas e outras entidades de direito público ou privado, para fins de efetivação de suas finalidades;
>
> (b) Além das regras existentes na lei-quadro, o Código de Procedimento Administrativo será de aplicação subsidiária, para fins de procedimentalização;
>
> (c) A transparência na atuação, o dever de reserva (quanto a declarações pelos membros do regulador sobre processos em curso ou questões concretas relativas a entidades do setor regulado) e o dever de prestar informações são regras transversais e propiciadoras da atuação da Mídia, sobre o que a lei-quadro não trata especificamente;
>
> (d) O protagonismo social se estabelece pela discussão dos projetos de regulação, pela disponibilização pública de documentação relevante sobre atividades regulatórias e seus impactos, inclusive financeiros, sobre os consumidores e entidades reguladas, e pela consulta pública;
>
> (e) A composição do Conselho de Administração de uma AAI é em formato de colegiado, em número ímpar, com um presidente e até três vogais, devendo se observada a representação de gênero. Os mandatos serão de seis anos, não renováveis, sendo previstas hipóteses de cessação antecipada. Os integrantes serão indicados pelo membro do Governo responsável pela principal área de atuação do regulador, cujos critérios para indicação são reconhecida idoneidade, competência técnica, aptidão, experiência profissional e formação adequadas ao exercício das respectivas funções. A Comissão de Recrutamento e Seleção da Administração Pública

elaborará parecer relativo à adequação do perfil do indivíduo indicado pelo Governo às funções a desempenhar, incluindo o cumprimento das regras de incompatibilidade e impedimento. Após aprovação na sabatina dos indicados na Comissão Competente da Assembleia da República, ter-se-á a designação dos membros do Conselho de administração por resolução do Conselho de Ministros, devidamente fundamentada, é publicada no Diário da República, juntamente com o breve currículo acadêmico e profissional dos designados. Caso ocorra designação simultânea de mais de um membro, o término dos mandatos deve ser descoincidente, por força de limitação da duração de mandatos. Entre a convocação de eleições para a Assembleia da República ou a demissão do Governo e a investidura parlamentar do Governo recém-designado, não pode ocorrer designação ou proposta dela, exceto em casos de vacância do cargo ou urgência de nova designação, situação que será confirmada pelo Governo recém-designado;

(f) Inexistência de possibilidade de revisão externa dos atos praticados pelo Conselho de administração pelos Poderes Executivo (através do membro do Governo responsável pela área de atividade econômica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora) e Judiciário.

Desde sua criação, a lei-quadro e as medidas de despolitização têm sido objeto de questionamento, não só quanto à validade de suas existências, mas primordialmente acerca da efetivação de suas presenças.

Referentemente às ações despolitizantes, verifica-se que, em termos de independência orgânica, a lei-quadro reproduz alternativas já utilizadas para a forma de composição dos membros da AAI e suas respectivas garantias estatutárias de estabilidade por mandatos. E, quanto à independência funcional, há sujeição à autoridade e/ou poder externo, tendo em vista que a lei-quadro vincula a AAI a um ministério responsável, para fins e aprovação prévia em área financeira e orçamentária.

A experiência da aplicação da lei-quadro portuguesa e suas práticas de neutralização política indicam que a objetividade e eficiência das medidas

de contenção de sequestro político regulatório só podem ser realizadas pela interação entre:

> (a) Adstrição administrativa, enquanto mecanismo de vinculação administrativa de uma AAI com o Governo e Parlamento (para cumprimento do preceito constitucional de ser o Governo o órgão superior da administração pública portuguesa), mas de afastamento de relacionamento político-gerencial entre eles, propiciador de tutela, superintendência ou ingerência;
>
> (b) Necessidade de ratificação e difusão das noções de moralidade administrativa e de Ética pública e institucional, para fins de *accuracy*.

Reescritas essas linhas, segue-se para as inferências oriundas do item 5.4.

Considerando a objetividade (definição existencial de medidas para o intento neutralizador) e eficiência (efetivação satisfatória de tais medidas, conforme os resultados da aplicação delas) para a despolitização regulatória, a vulnerabilidade do atual estado da arte da neutralidade política do regulador brasileiro se fulcra na imperfeição do critério eficiência.

A melhoria regulatória brasileira deve se concentrar nas questões de aplicabilidade, controle e fiscalização, as ações que compõem a eficiência, mesmo sendo possível o burilamento da objetividade, particularmente nas medidas definidoras de controle e fiscalização.

Constatar que medidas festejadas por teóricos e pela experiência ádvenos não produzem aqui idênticos resultados, divergência essa também percebida no cotejo entre a vivência lusitana e a de outros países do bloco europeu, reforça a lógica da *better regulation*, que é ênfase na eficiência, através da qualidade das ações regulatórias.

Por isso, os quadros 3 (que aponta as categorias e mecanismos utilizados para captura política do regulador brasileiro) e 5 (que exemplifica os danos advindos do sequestro partidarista do regulador brasileiro) demonstram o atendimento insatisfatório das questões de eficiência das medidas objetivas existentes entre nós.

Essa insuficiência é exposta nos quadros 1 (que identifica as estratégias para despolitização regulatória no Brasil) e 4 (que examina a

eficiência das garantias de independência política do regulador brasileiro), nos quais as lacunas da arquitetura neutralizadora da ingerência partidária no regulador doméstico são apontadas.

Para corrigir tais lacunas e mitigar tais danos, são propostas balizas fixadoras de aplicabilidade, controle e fiscalização. Essas balizas estão registradas nos quadros 1 (que se refere à objetividade, com vistas ao controle e fiscalização) e 4 (que se refere à eficiência).

Considerando a existência da Lei nº 13.848/2019, denominada lei geral das agências reguladoras, que trata da gestão interna, processo decisório e controle externo e social das AR's, é importante confrontar as balizas escolhidas metodologicamente com os ditames do novo instrumento normativo.

Reforça-se o aspecto da escolha metodológica, o que não desmerece o valor de outros critérios pelo fato de não serem trabalhados.

Dessa comparação exsurgem os quadros 7 (que analisa as estratégias de despolitização do regulador brasileiro previstas na lei geral das agências reguladoras) e 8 (que analisa as garantias da independência política do regulador brasileiro previstas na lei geral das agências reguladoras), que tratam das objetividade e eficiência, respectivamente.

Quanto à objetividade das medidas despolitizadoras contidas na Lei nº 13.848/2019, inexiste concorrência entre reguladores; fixa-se procedimentos para o regulador, através da própria lei, mas que só se debruça sobre AR, esquecendo-se dos demais reguladores pátrios; mesmo estimulado, o protagonismo social ainda é carente de regramento específico e da necessária promoção estatal de educação cidadã dos usuários; há reforço na técnica de nomeação de dirigentes para o regulador (com fixação de critérios objetivos para indicação, mesmo que centralizada na figura do Presidente da República, e hipóteses de vedação a ela).

No tocante à eficiência das medidas despolitizadoras contidas na Lei nº 13.848/2019, de pronto, é importante destacar que, em sendo recente, a lei geral não pode ser plenamente testada. Contudo, tal precocidade não é impeditiva de análise, quando ciente da ressalva feita.

Demais disso, vê-se que a novel lei impede que a nomeação de dirigentes para o regulador recaia sobre aliados políticos do Governo; estipula critérios mais efetivos e objetivos de comprovação de *expertise* para nomeação

de dirigentes para o regulador; proíbe a recondução dos dirigentes do regulador, mas mantém a nomeação de diretores interinos e a nomeação de dirigentes em bloco; não aprofunda o enfrentamento do *revolving door*, já que não trata da espécie porta de entrada; não prevê a celebração de contrato de gestão entre regulador e respectivo Ministério; é omissão quanto à proibição de contingenciamento de recursos financeiros, materiais e de pessoal, apesar da previsão vaga das correspondentes autonomias.

A despeito de ser uma melhoria do cenário regulatório brasileiro, constata-se que a nova lei ainda claudica nalguns aspectos relevantes para a despolitização colimada, em consonância com as balizas aqui eleitas.

Portanto, identifica-se oportuno:

(a) Dar abrigo legal às demais espécies de ente regulador independente brasileiro, não se concentrado especificamente na figura da agência reguladora;

(b) Aperfeiçoar o protagonismo social, calcado em diretrizes vinculativas para atuação e fomento da educação social para o despertar da consciência cidadã;

(c) Promover a diversidade de origem na indicação para dirigente do regulador, de modo a não se restringir a realizada pelo Chefe do Executivo;

(d) Vedar a possibilidade de nomeação de dirigente em bloco, para salvaguardar o escalonamento dos mandatos, como previsto em lei;

(e) Restringir a nomeação de dirigente na condição de interino, salvo nas exceções pontualíssimas legalmente previstas;

(f) Estabelecer regras de contenção para a espécie porta de entrada no *revolving door*;

(g) Resguardar as autonomias administrativa e financeira perante contingenciamentos;

(h) Definir as atuação e competência do regulador, notadamente nas questões orçamentárias e financeiras;

(i) No tocante à concorrência regulatória, constatou-se, a partir das experiências estrangeiras, que essa alternativa pode ou não a ser incrementada, restando a definição dela no espaço de valoração do legislador.

E essas inovações a serem jungidas à lei existente produziriam a viável moldura jurídica mínima, que, fustigando o subjetivismo e a imprecisão

na definição de preceitos, possa efetivamente segregar a atuação da política ruim na ambiência regulatória nacional.

Não há espaço para a construção de um padrão hermético contemplativo de todas as especificidades de todos os entes reguladores em cada setor ou área de atuação, proposta igualmente dissonante da lógica da melhoria regulatória que se intenta.

Neste sentir, é relevante que o delineamento da moldura jurídica para a promoção da independência política dos entes reguladores seja composta por uma lei geral de procedimento, complementada pelas leis criadoras, regulamentos, estatutos, regimentos ou afins de cada ente regulador, respeitando-lhes as devidas especificidades.

Esse arranjo legal apto a concretizar a contenção partidarista no âmbito do regulador brasileiro precisa observar certos critérios desafiantes à blindagem integral do ente regulador local à captura política dele.

Primeiramente, é de se atentar que a criatividade de meios e a multiplicidade de razões para o sequestro político do regulador são infindas e renováveis, o que inviabiliza a pretensão de plena extirpação desse mal na ambiência regulatória nacional.

Depois, não há como se olvidar que a corrupção é nefasto elemento de presença destacada no ambiente público nacional, cuja existência favorece a captura política. E a relação simbiótica entre corruptos e cooptadores de certos agentes públicos reforça a impossibilidade de absoluto alijamento da partidarização regulador local.

Por fim, a arrumação brasileira de presidencialismo de coalizão incita o sistema político a produzir manobras dissociadas das lógicas democrática e republicana, tudo em prol da negociação para o consenso.

Destarte, esse arranjo legal mínimo pressupõe a ocorrência de uma captura igualmente mínima ou ótima, que exige mudança comportamental dos *players* regulatórios da cena politica, de modo a aquilatar a conduta deles, em razão de uma *compliance* de governança pública, a todos mais vantajosa do que a continuidade do trato patrimonialista com a coisa pública.

A construção de uma ética institucional coletiva, contrapondo-se a desonestidade no setor público longevamente testemunhada, é, sem dúvidas, um exercício a que não mais se pode fugir, apesar das dificuldades.

Pelo reconhecimento das dificuldades do exercício despolitizador, entende-se que a transmutação do atual estado da arte da neutralidade política regulatória no Brasil não pode assumir contornos de antifragilização, por ser sobrehumana a tarefa de erigir uma moldura apta a suportar toda e qualquer investida da *bad politics*. Afinal, a proposta de um *renew deal* regulatório transita no campo da eficiência possível, e não do idealismo inconcludente.

Agora, a lei geral das agências reguladoras reclama ajustes para implantação, como aqui proposto. E, no futuro, essa moldura jurídica mínima sugerida vindicará esforços de variados matizes e *players* para efetivação de suas regras. Provavelmente, também exigirá correção delas. Tudo porque, repita-se, despolitizar o regulador é prática contínua, renovável e árdua.

Em suma, a pesquisa finda propõe a construção de uma moldura jurídica mínima para robustecer a neutralidade política do regulador doméstico, formada por uma lei geral (na prática, oriunda do aprimoramento da Lei nº 13.848/2019) e da coexistência de um aparato legal particularmente atrelado às especificidades de cada ente regulador, para reforço da eficiência das medidas de contenção da influência do mau partidarismo, objetivando mitigar a ocorrência da captura política regulatória no Brasil.

E, confirmando as hipóteses aventadas, ratifica-se o compromisso desta tese em contribuir com o burilamento da neutralidade política do regulador nacional, pela oferta de subsídios para melhoria do resultado das medidas anticaptura, o que implica no contínuo aperfeiçoamento dos estudos e debates correlatos à temática, o que se adequa às conclusões aqui apontadas.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, 1988, p. 5-34. Disponível em: https://politica3unifesp.files.wordpress.com/2013/01/74783229-presidencialismo-de-coalizao-sergio-abranches.pdf. Acesso em: 15 out. 2019.

ALEGRETTI, Laís. Orçamento sobe a R$ 120 milhões e Aneel retoma serviços cortados. **G1**, 14 jun. 2016. Disponível em: http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/06/aneel-retoma-servicos-cortados-apos-orcamento-subir-r-120-milhoes.html. Acesso em: 5 mar. 2019.

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: 6 maio 2017.

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.

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.

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

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. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-ALEXANDRE%20ARAG%C3O.pdf. Acesso em: 3 jun. 2017.

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.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding regulation**. Theory, strategy, and practice. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BAPTISTA, Rodrigo. Indicações para diretoria da Anac são aprovadas em comissão e vão ao Plenário. **Agência Senado**, Brasília/DF, 23 mar. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/03/23/indicacoes-para-diretoria-da-anac-sao-aprovadas-em-comissao-e-vao-ao-plenario. Acesso em: 5 mar. 2019.

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.

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: 11 ago. 2018.

BILHIM, João Abreu; SANTOS, Gonçalo Castilho dos. A tensão entre independência e controle político: o caso das entidades portuguesas da regulação. **Quaestio Iuris**, Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, v. 10, n. 03, p. 1736-1759, 2017. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/28048/23458. Acesso em: 3 mar. 2019.

BINENBOJM, Gustavo (Coor.). **Agências reguladoras e Democracia**: direitos fundamentais, Democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

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.br/codrevista.asp?cod=336. Acesso em: 27 out. 2017.

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: https://mpassosbr.files.wordpress.com/2013/03/dicionario_de_politica.pdf. Acesso em: 6 maio 2017.

BOEHM, Frédéric. Corrupción y captura en la regulación de los servicios públicos. **Revista de Economía Institucional**, Bogotá, v. 7, n. 13, jul-dez. 2005, p. 245-263. Disponível em: https://www.economiainstitucional.com/pdf/No13/fboehm13.pdf. Acesso em: 2 jun. 2018.

BOEHM, Frédéric. Regulatory capture revisited – lessons from Economics of corruption. **Internet Center for Corruption Research**, 2007. Disponível em: http://www.icgg.org/downloads/Boehm%20-%20Regulatory%20Capture%20Revisited.pdf. Acesso em: 13 jan. 2019.

BOWORNWATHANA, Bidhya. Putting new public management to good use: Autonomous public organizations in Thailand. *In*: POLLITT, Christopher; TALBOT, Colin (Ed.). **Unbundled government**: a critical analysis of the global trend to agencies, quangos and contractualisation. Londres: Routledge, 2004. p. 247-263.

BRASIL. ANATEL. Aníbal Diniz. Disponível em: http://www.anatel.gov.br/institucional/index.php?option=com_content&view=article&id=725. Acesso em: 5 mar. 2019.

BRASIL. ANATEL. Conselho diretor. Disponível em: http://www.anatel.gov.br/institucional/conselho-diretor/reunioes-e-sorteios-de-materias-do-conselho-diretor/conselho-diretor-detalhe/sobre-o-conselho-diretor. Acesso em: 11 fev. 2018.

BRASIL. ANVISA. Conselho consultivo. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/resultado-de-busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=406177&_101_type=content&_101_groupId=33784&_101_urlTitle=conselho-consultivo&redirect=http%3A%2F%2Fportal.anvisa.gov.br%2Fresultado-de-

busca%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D1%26_3_groupId%3D0%26_3_keywords%3Dconsultivo%26_3_cur%3D1%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_format%3D%26_3_formDate%3D1441824476958&inheritRedirect=true. Acesso em: 11 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. PLANALTO. Mensagem nº 266, de 25 de junho de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-266.htm. Acesso em: 24 ago. 2019.

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: 18 maio 2017.

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.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno01.pdf. Acesso em: 18 maio 2017.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Da Administração Pública burocrática à gerencial**. Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.admpublicaburocraticaagerencial.pdff. Acesso em: 19 maio 2017.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. Entre o Estado e o Mercado: o público não-estatal. *In*: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill (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 18 maio 2017.

CALVÃO, João Nuno. Poderes e instrumentos regulatórios das entidades reguladoras ao abrigo da lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 90, n. 1, p. 6-30, jan.-dez. 2018. Disponível em: https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/download/236595/29129. Acesso em: 2 mar. 2019.

CARDOSO, Gustavo Vitorino. O Direito Comparado na jurisdição constitucional. **Revista Direito GV**, São Paulo, ano 6, n. 2, p. 469-492, jul./dez. 2010.

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: https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-9-fevereiro-2007-jose-carvalho.pdf. Acesso em: 25 nov. 2017.

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. 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.

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: 16 maio 2017.

CONFRARIA, João. Uma análise económica da lei-quadro das autoridades reguladoras independentes. **Revista de concorrência e regulação**, Lisboa, ano V, n. 17, p. 139-169, jan.-mar. 2014. Disponível em: http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%2017.pdf. Acesso em: 4 mar. 2019.

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

DANTAS, Ivo. Da repercussão geral como pressuposto específico e como filtro ou barreira de qualificação do recurso extraordinário. **ANIMA – Revista Eletrônica do curso de Direito da OPET**, Curitiba, n. 01, v. I, p. 336-382, 2009. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Ivo_Dantas_da_repercussao.pdf. Acesso em: 20 maio 2017.

DANTAS, Ivo. **Novo Direito Constitucional Comparado.** Introdução. Teoria e Metodologia. 3. ed. rev., atual., e ampl. Curitiba: Juruá, 2010.

DANTAS, Ivo. **Novo Processo Constitucional Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado** – Direito Constitucional I. Belo Horizonte: Del Rey, 1989.

DANTAS, Ivo **Teoria do Estado contemporâneo**. 2. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DE NEGRI, João Alberto; ARAÚJO, Bruno César; BACELETTE, Ricardo (Org.). **Desafios da Nação**: artigos de apoio. v. 2. Brasília, DF: IPEA, 2018. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180413_desafios_da_nacao_artigos_vol2_cap31.pdf. Acesso em: 5 mar. 2019.

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

DOWNS, Anthony. An economic theory of political action in a democracy. **The Journal of Political Economy**, v. 65, issue 2, abr. 1957, p. 135-150. Disponível em: https://msuweb.montclair.edu/~lebelp/PSC643IntPolEcon/DownsEcThDemocJPE1957.pdf. Acesso em: 1 jun. 2018.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **Democracia, jueces y control de la administración**. 6. ed. Madrid: Editorial Civitas, 2009.

FAINSOD, Merle. Some reflections on the nature of the regulatory process. *In*: Carl J. Friedrich; Edward S. Mason (Eds.). **Public Policy**. v. 1. Cambridge: Harvard University Press. p. 297-323. Disponível em: https://archive.org/stream/publicpolicy032464mbp/publicpolicy032464mbp_djvu.txt. Acesso em: 19 maio 2018.

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: 13 maio 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. 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.

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: 8 maio 2017.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da administração pública brasileira. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/05/governanca-combate-corrupcao.pdf. Acesso em: 13 jan. 2019.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. O mito do Estado liberal brasileiro. **Revista Direito do Estado**, n. 44, 2015. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/vladimir-da-rocha-franca/o-mito-do-estado-liberal-brasileiro. Acesso em: 15 maio 2017.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reguladores vorazes. **Revista Direito do Estado**, n. 352, 2017. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/vladimir-da-rocha-franca/reguladores-vorazes. Acesso em: 21 maio 2017.

FREITAS, Rafael Véras de. **Expropriações regulatórias**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

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: 4 nov. 2017.

GARCIA, Naiara Diniz. **A mídia *versus* o Poder Judiciário**: a influência da mídia no processo penal brasileiro e a decisão do juiz. Pouso Alegre: dissertação de mestrado em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2015. Disponível em: https://www.fdsm.edu.br/mestrado/arquivos/dissertacoes/2015/02.pdf. Acesso em: 10 mar. 2018.

GHIGNONE, Luciano Taques. Corrupção e eficiência administrativa: um exame à luz da Análise Econômica do Direito (II). **Revista Internacional de Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 2, n. 2, p. 1187-1276, 2013. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/02/2013_02_01187_01276.pdf. Acesso em: 10 jan. 2019.

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

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: 30 set. 2017.

GONÇALVES, João Luís Mendonça. **Da independência das autoridades reguladoras independentes**. Lisboa: dissertação de mestrado em Direito e Gestão pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa, 2014. Disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17150/1/Tese%20de%20Mestrado%20_Da%20Independ%C3%AAncia%20das%20Autoridades%20Reguladoras%20I.pdf. Acesso em: 1 mar. 2019.

GONÇALVES, Leonardo Gomes Ribeiro. Regulação, concessões e "oba-oba administrativo". **Revista Direito do Estado**, n. 342, 2017. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/leonardogoncalves/regulacaoconcessoeseobaobaadministrativo. Acesso em: 30 maio 2017.

GONÇALVES, Ricardo Miguel Pereira. A captura regulatória - uma abordagem introdutória. **Publicações CEDIPRE Online**, Coimbra, n. 25, set. 2014, p. 11. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_25.pdf. Acesso em: 16 jun. 2018.

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: 3 out. 2017.

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

GRAY, Horace M. The Passing of the Public Utility Concept. **The Journal of Land & Public Utility Economics**, v. 16, n. 1, fev. 1940, p. 8-20. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/3158751?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 18 maio 2018.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Revista Direito do Estado**, n. 71, 2016. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle. Acesso em: 9 maio 2017.

GUINARD-HERNÁNDEZ, David. La ‘regulación económica’ como instrumento de dirección estatal de la economia. **Revista Digital de Derecho Administrativo**, Bogotá, n. 18, nota 84, jul./dez. 2017. p. 177-224.

HUNTINGTON, Samuel P. The marasmus of the ICC: The Commission, the railroads, and the public interest. **Yale Law Journal**, v. 61, n. 4, abr. 1952, p. 467-509. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/793586?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 20 maio 2018.

JORDÃO, Eduardo Ferreira; RIBEIRO, Mauricio Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 180-209, jul., 2017. Disponível em: https://estudosinstitucionais.com/REI/article/download/155/132. Acesso em: 30 mar. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **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://docplayer.it/71021935-Lo-stato-regolatore-di-antonio-la-spina-stato-regolatore-stato-gestore-stato-sociale-welfare-state-stato-minimo.html. Acesso em: 4 fev. 2018.

LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. Separation of regulators against collusive behavior. **The RAND Journal of Economics**, v. 30, n. 2, Summer 1999. p. 232-262. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/2556079?seq=26#page_scan_tab_contents. Acesso em: 26 jan. 2018

LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. The Politics of Government Decision-Making: A Theory od Regulatory capture. **The Quarterly Journal of Economics**, 1991, v. 106, issue 4, p. 1089-1127. Disponível em: https://archive.org/details/politicsofgovern00laff. Acesso em 11 ago. 2018.

LEAL, Rogério Gesta Leal; RECK, Janrié Rodrigues. A regulação da contratação pública pelas agências reguladoras: limites e possibilidades. **Revista digital de Derecho Administrativo**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, n. 19, jan.-jun., p. 49-81. Disponível em: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5142/6210. Acesso em: 15 out. 2018.

LEVI-FAUR, David (Ed.). **Handbook on the politics of regulation**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

LEVI-FAUR, David. Regulation and regulatory governance. *In*: LEVI-FAUR, David (Ed.). **Handbook on the politics of regulation**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas. 2013.

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**: Fundamentos e instituciones de la regulación. 1. ed. Madrid: Iustel, 2009. v. 1. p. 15-243.

MACHADO, Santiago Muñoz; PARDO, José Esteve (Dir.). **Derecho de la regulación económica**: Fundamentos e instituciones de la regulación. 1. ed. Madrid: Iustel, 2009. v. 1.

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 maio 2017.

MAJONE, Giandomenico. 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: 7 maio 2017.

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: 7 maio 2017.

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: 17 jun. 2017.

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

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.

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 (Coor.). **Incentivos fiscais**: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal. São Paulo: MP Editora, 2006.

MASHAW, Jerry L. Reinventando o governo e reforma regulatória: estudos sobre a desconsideração e o abuso do direito administrativo. *In*: MATTOS, Paulo (Coor.). **Regulação econômica e Democracia**: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 281-299.

MATTOS, Paulo (Coor.). **Regulação econômica e Democracia**: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004.

MCCUBBINS, Mathew D.; NOLL, Roger G.; WEINGAST, Barry R. Administrative procedures as instruments of political control. **Journal of Law, Economics, & Organization**, v. 3, n. 2, Autumn 1987. p. 243-277. Disponível em: http://mccubbins.us/mccubbins_files/AdministrativeProceduresInstrumentsPoliticalControl.pdf. Acesso em: 26 jan. 2018.

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 dicionário brasileiro da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2019. Disponível em: https://michaelis.uol.com.br. Acesso em: 6 jan. 2019.

MITNICK, Barry M. Capturing “capture”: definition and mechanisms. *In*: LEVI-FAUR, David (Ed.). **Handbook on the politics of regulation**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 34-49.

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

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes: a necessidade de seu reforço institucional por meio de uma lei-quadro. **Revista Direito do Estado**, n. 196, 2016. Disponível em:

http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/agencias-reguladoras-independentes-a-necessidade-de-seu-reforco-institucional-por-meio-de-uma-lei-quadro. Acesso em: 27 ago.2017.

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

MOREIRA, Vital. **Por uma regulação ao serviço da economia de mercado e do interesse público**: "Declaração de Condeixa". 2002. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/43192991_Por_uma_regulacao_ao_servico_da_economia_de_mercado_e_do_interesse_publico_Declaracao_de_Condeixa. Acesso em: 4 mar. 2019.

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

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

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOSS, David A.; CARPENTER, Daniel. Conclusion. A focus on evidence and prevention. *In*: MOSS, David A.; CARPENTER, Daniel (Ed.). **Preventing regulatory capture**. Special interest influence and how to limit it. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 451-465.

MOSS, David A.; CARPENTER, Daniel (Ed.) **Preventing regulatory capture**. Special interest influence and how to limit it. New York: Cambridge University Press, 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: 30 set. 2017.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003.

NOVAK, William J. A revisionist history of regulatory capture. *In*: MOSS, David A.; CARPENTER, Daniel (Ed.). **Preventing regulatory capture**. Special interest influence and how to limit it. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 25-48.

NUNES, António Avelãs. **O Estado Capitalista em tempos de globalização**. Disponível em: http://www.odiario.info/b2-img/estadocapitalistaANunes.pdf. Acesso em: 7 maio 2017.

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: 3 jun. 2018.

OLIVEIRA, Paulo Augusto de. O Estado regulador e garantidor em tempos de crise e o direito administrativo da regulação. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 1, p. 163-183, 2016. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/104322. Acesso em: 15 maio 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança regulatória e o desenho institucional das agências reguladoras brasileiras. **Revista Direito do Estado**, n. 165, 2016. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/governanca-regulatoria-e-o-desenho-institucional-das-agencias-reguladoras-brasileiras-. Acesso em: 12 maio 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal**: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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. 15-33.

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: 25 maio 2017.

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

PECI, Alketa. **Regulação comparativa**: uma (des)construção dos modelos regulatórios. *In*: PECI, Alketa (Org.). Regulação no Brasil: desenho, governança, avaliação. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 73-92.

PECI, Alketa (Org.). **Regulação no Brasil**: desenho, governança, avaliação. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PECI, Alketa Peci; VIEIRA, Alexandre Sérgio Alves. Agências reguladoras independentes? análise das trajetórias de carreira dos reguladores federais brasileiros. In: DE NEGRI, João Alberto; ARAÚJO, Bruno César; BACELETTE, Ricardo (Org.). **Desafios da Nação**: artigos de apoio. v. 2. Brasília, DF: IPEA, 2018. p. 539-557. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180413_desafios_da_nacao_artigos_vol2_cap31.pdf. Acesso em: 5 mar. 2019.

PELTZMAN, Sam. A teoria econômica da regulação depois de uma década de desregulação. *In*: MATTOS, Paulo (Coor.). **Regulação econômica e Democracia**: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 81-127.

PELTZMAN, Sam. Toward a more general theory of regulation. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 19, 1976, p. 211-240. Disponível em: http://www.nber.org/papers/w0133.pdf. Acesso em: 9 jun. 2018.

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.

PERNAMBUCO. ARPE. Disponível em: http://www.pe.gov.br/orgaos/arpe-agencia-estadual-de-regulacao-de-pernambuco/. Acesso em: 13 fev. 2018.

PIROTTA, Fernanda de Abreu. **O fenômeno da captura nas agências reguladoras**. 2006. Disponível em:

http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19678-19679-1-PB.pdf. Acesso em: 26 nov. 2017.

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: 2 out. 2017.

PORTUGAL, Lei n.º 67/2013 de 28 de agosto. Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo. Disponível em: https://dre.pt/application/conteudo/499499. Acesso em: 3 mar. 2019.

POSNER, Eric A.; WAYL, E. Glen. **Mercados radicais**: reinventando o capitalismo e a democracia para uma sociedade justa. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2019.

POSNER, Richard. Teorias da Regulação Econômica. *In*: MATTOS, Paulo (Coor.). **Regulação econômica e Democracia**: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 49-80.

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.

PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard (Ed.). **Democracy, accountability and representation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil. RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). **Regulação e agências reguladoras**. Governança e análise de impacto regulatório. Brasília, DF: Anvisa, 2009. p. 125-159.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). **Regulação e agências reguladoras**. Governança e análise de impacto regulatório. Brasília, DF: Anvisa, 2009.

REZENDE, Flávio da Cunha. **Os leviatãs estão fora do lugar**: democracia, globalização e transformações no papel do Estado 1990-2010. Recife: Editora UFPE, 2016.

RIVERO, Jean. **Curso de Direito Administrativo comparado**. Tradução de J. Cretella Jr, São Paulo: RT, 1995.

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: 13 maio 2017.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Análise econômica progressista do direito – e o novo direito administrativo. *In*: MATTOS, Paulo (Coor.). **Regulação econômica e Democracia**: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 243–280.

ROSSETTO, Gislaine A. R. da Silva et al. Desafios dos estudos “estado da arte”: estratégias de pesquisa na pós-graduação. **Educação**: Saberes e Práticas, v. 2, n. 1, 2013, p. 1-15. Disponível em: http://www.icesp.br/revistas-eletronicas/index.php/SaberesPratica/article/view/54. Acesso em: 4 fev. 2018.

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. 160-165. Disponível em: https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=2679&context=ilj. Acesso em: 20 maio 2018.

SADDY, André. Descrédito da Regulação Estatal, Autorregulação Privada e Concurso de Fontes. **Revista Direito do Estado**, n. 269, 2016. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/andre-saddy/descredito-da-regulacao-estatal-autorregulacao-privada-e-concurso-de-fontes. Acesso em: 15 maio 2017.

SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur. **Nomeação de dirigentes de agências reguladoras**: um estudo descritivo. São Paulo, FGV Direito SP, Grupo de Relações entre Estado e Empresa Privada (GRP), 2016. Disponível em:

http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/GRP_arquivos/grp_-_relatorio_de_pesquisa_-_nomeacao_de_dirigentes_nas_agencias_reguladoras_sponsor.pdf. Acesso em: 30 mar. 2018.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Por um uso abrangente da análise de impacto regulatório no Brasil. **Revista Direito do Estado**, n. 126, 2016. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/natasha-salinas/por-um-uso-abrangente-da-analise-de-impacto-regulatorio-no-brasil. Acesso em: 28 maio 2017.

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

SALVADOR. ARSAL. Disponível em: http://www.arsal.salvador.ba.gov.br/index.php/quem-somos. Acesso em: 14 fev. 2018.

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.ndsr.org/SEER/index.php?journal=rdet&page=article&op=view&path%5B%5D=69&path%5B%5D=59. Acesso em: 14 out. 2017.

SANCHES, José Luís Saldanha. Regulação: história breve de um conceito. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 60, p. 5-22, 2000.

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: 5 maio 2017.

SANTOS, Manoel Leonardo; CUNHA, Lucas. **Propostas de regulamentação do *lobby* no Brasil**: uma análise comparada. Texto para discussão n. 2094. Brasília, DF: IPEA. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4374/1/td_2094.pdf. Acesso em: 1 set. 2019.

SENADO FEDERAL. Atividade legislativa. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134809. Acesso em: 21 abr. 2019.

SMITH, Adam. **An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**. Project Gutenberg EBook. Disponível em: http://www.gutenberg.org/files/3300/3300-h/3300-h.htm#link2HCH0031. Acesso em: 5 maio 2017.

SOARES, Magda Becker; MACIEL, Francisca (Org.) **Alfabetização**. Brasília, DF: MEC/Inep/Comped, 2000. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me000084.pdf. Acesso em: 4 fev. 2018.

SØREIDE, Tina; WILLIAMS, Aled Williams (Ed.). **Corruption, grabbing and development**: real world challenges. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2014.

SOUTO, Marcos Juruena 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. 1135-1160.

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

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função regulatória. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 11, fev. 2002. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-13-FEVEREIRO-2008-MARCOS%20JURUENA%20VILLELA%20SOUTO.pdf. Acesso em: 30 ago. 2017.

SOUZA, Mariângela Alice Pieruccini et al*.* **A importância da economia no cotidiano: uma revisão sobre as principais noções e conceitos econômicos**. Disponível: http://cac-php.unioeste.br/eventos/xseminarioccsa/anais2011/Economia/A_IMPORTANCIA_DA_ECONOMIA_NO_COTIDIANO_UMA_REVISAO_SOBRE_AS_PRINCIPAIS_NOCOES_E_CONCEITOS_ECONOMICOS.pdf. Acesso em: 5 maio 2017.

SOUZA, Nivaldo. Agências reguladoras perderam seu papel, diz Barroso. **Exame**, Brasília/DF, 21 ago. 2014. Disponível: https://exame.abril.com.br/economia/agencias-reguladoras-perderam-seu-papel-diz-barroso/. Acesso em: 15 out. 2018.

STIGLER, George J. A Teoria da Regulação Econômica. *In*: MATTOS, Paulo (Coor.). **Regulação econômica e Democracia**: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 23-48.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coor.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

SUNSTEIN, Cass R. Empirically Informed Regulation. **The University of Chicago Law Review**, v. 78, 2011, issue 4. p. 1349-1429. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5551&context=uclrev. Acesso em: 3 fev. 2018.

TALBOT, Colin. The agency idea. *In*: POLLITT, Christopher; TALBOT, Colin (Ed.). **Unbundled government**: a critical analysis of the global trend to agencies, quangos and contractualisation. Londres: Routledge, 2004. p. 3-21.

TALEB, Nassim Nicholas. **Antifrágil**: coisas que se beneficiam com o caos. Tradução de Eduardo Rieche. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Best Business, 2019.

TITO, Fábio. PF ouve pessoas ligadas à Anatel sobre suposto tráfico de influência. **G1**, 3 dez. 2010. Disponível em: http://g1.globo.com/politica/noticia/2010/12/pf-ouve-pessoas-ligadas-anatel-sobre-suposto-trafico-de-influencia.html. Acesso em: 5 mar. 2019.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. Disponível em: https://transparenciainternacional.org.br. Acesso em: 10 jan. 2019.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. Índice de Percepção da Corrupção 2019. Disponível em: https://ipc.transparenciainternacional.org.br/. Acesso em 13 fev. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. Índice de Percepção da Corrupção 2019. Disponível em: https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/67:indice-de-percepcao-da-corrupcao-2019?stream=1. Acesso em 13 fev. 2020.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Contribuição do Direito Comparado às fontes do Direito brasileiro. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 5, p. 59-77, 2006. Disponível em: http://www.redalyc.org/html/934/93400504/. Acesso em: 21 maio 2017.

VASCONCELLOS, Rodrigo Abijaodi Lopes de. **Mitigación de la captura regulatoria para reducir los riesgos de corrupción en las agencias reguladoras federales brasileñas**. Dissertação (Mestrado em Estrategias Disponível em: http://www.aneel.gov.br/documents/656835/14876412/Disserta%C3%A7%C3%A3o+Rodrigo+2018.pdf/ae9f3f68-4fcd-9451-147c-4ec3d61ffecb. Acesso em: 14 jan. 2019.

VÉRAS, Rafael. As falhas da regulação brasileira. **Revista Direito do Estado**, n. 90, 2016. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Rafael-Veras/as-falhas-da-regulacao-brasileira. Acesso em: 24 maio 2017.

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://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/view/5182/3916. Acesso em: 30 jun. 2018.

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

WARTH, Anne et al. **Estado de São Paulo**, São Paulo, 23 abr. 2018. Economia & Negócios. Disponível em: https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,dominadas-por-indicacoes-politicas-agencias-tem-11-vagas-na-prateleira,70002279777. Acesso em: 15 out. 2018.

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.

YANDLE, Bruce. Bootleggers and Baptists in the theory of regulation. *In*: LEVI-FAUR, David (Ed.). **Handbook on the politics of regulation**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 25-33.