



Farlei Martins Riccio de Oliveira

**Não-Manipulabilidade e Contestabilidade
da Regulação**
Elementos para uma abordagem
neorrepública das agências reguladoras
independentes

Tese de Doutorado

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. José Ribas Vieira

Rio de Janeiro

Abril de 2012



Farlei Martins Riccio de Oliveira

**Não-Manipulabilidade e Contestabilidade
da Regulação**

**Elementos para uma abordagem
neorrepblicana das agências reguladoras**

Tese apresentada como requisito parcial para
obtenção de grau de doutor pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da PUC-Rio. Aprovada pela
Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. José Ribas Vieira

Orientador
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Gisele Guimarães Cittadino

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Juliana Neuenschwander Magalhães

Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Prof^a. Ana Lúcia de Lyra Tavares

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Jane Reis Gonçalves Pereira

Faculdade de Direito - UERJ

Prof^a. Mônica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do
Centro de Ciências Sociais da PUC-Rio

Rio de Janeiro, 12 de abril de 2012.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Farlei Martins Riccio de Oliveira

Graduou-se em Direito na UCAM (1995). Obteve o título de Mestre em Direito pela UGF (2003). É Advogado da União em exercício na Procuradoria Regional da União no Estado do Rio de Janeiro. Professor Adjunto de Direito Administrativo da graduação e pós-graduação da Universidade Cândido Mendes - Centro. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro - IDAERJ, do Instituto de Pesquisa em Direito Público - IPDP e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas - ABCD. Atua na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo, Direito Regulatório e Direito Militar.

Ficha Catalográfica

Oliveira, Farlei Martins Riccio de

Não-Manipulabilidade e Contestabilidade da Regulação
Elementos para uma abordagem neorrepública das
agências reguladoras / Farlei Martins Riccio de Oliveira ;
orientador: José Ribas Vieira. – 2012.

165f. ; 30 cm

1. Tese (doutorado)–Pontifícia Universidade Católica do
Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2012.

Inclui referências bibliográficas

1. Direito – Teses. 2. Regulação. 3. agências reguladoras
independentes. 4. neorrepública. 5. Democracia. 6. não-
manipulabilidade. 7. contestabilidade. I. Vieira, José Ribas. II.
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.
Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Á Silvia e Lécia,
Pelo apoio e paciência nas ausências sentidas
e por tudo que representam em minha vida.
Com amor.

Agradecimentos

O meu especial agradecimento ao Professor José Ribas Vieira pela amizade, paciência e rigor científico dispensado na orientação da tese.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, Ana Lúcia de Lyra Tavares, Antônio Cavalcanti Maia, Francisco Mauro Dias (in memoriam), Gisele Cittadino, José Maria Gomez, Nádia de Araújo, Ricardo Lobo Torres e Rosangela Cavallazi, os meus sinceros agradecimentos pela contribuição dada a minha formação acadêmica.

Ao Professor Marcos Juruena Villela Souto (in memoriam), pelos ensinamentos práticos sobre direito regulatório e pelas sugestões dadas na pré-defesa da tese.

Ao Professor José Baptista de Oliveira Júnior, Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Candido Mendes - Centro, pelo apoio e confiança nas atividades de coordenação acadêmica do curso.

Resumo

Oliveira, Farlei Martins Riccio de; Vieira, José Ribas. **Não-Manipulabilidade e Contestabilidade da Regulação Elementos para uma abordagem neorrepública das agências reguladoras.** Rio de Janeiro, 2012, 165p. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O modelo de regulação pública por meio de agências independentes foi recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro a partir dos anos 90, sob o influxo dos projetos de desregulação, desestatização e reforma administrativa, servindo a agência como garantia da segurança, da estabilidade e do equilíbrio nas relações econômicas e sociais. No entanto, o surgimento de centros de poder como os das agências reguladoras, criadas com autonomia em relação à administração direta do Estado, resultaram em diversos problemas institucionais e democráticos. No plano da teoria política, constatou-se uma desigualdade de acesso dos cidadãos aos canais de circulação do poder, típico das democracias representativas de massa (accountability vertical) e deficiências do controle político da instituição pelo sistema de freios e contrapesos (accountability horizontal). Tendo como referencial teórico o neorrepública, corrente do pensamento político que trabalha com eficientes categorias com vistas ao fortalecimento das instituições públicas a serviço da democracia, a hipótese central da tese é demonstrar se a intervenção regulatória por meio das agências reguladoras independentes atende os requisitos neorepúblicos de legitimação democrática quanto ao processo de tomada pública de decisão. Para sustentar a hipótese, a tese utiliza-se do método transdisciplinar e comparativo, e adota como ponto de referência e diálogo a obra de Philip Pettit, principal representante da vertente neorrepública.

Palavras-chave

Regulação; agências reguladoras independentes; neorrepública; democracia; não-manipulabilidade; contestabilidade

Abstract

Oliveira, Farlei Martins Riccio de; Vieira, José Ribas (Advisor). **Non-Manipulability and Contestability of Regulation: Elements for neorepublicanism's approach of independent regulatory agencies.** Rio de Janeiro, 2012, 165p. Doctoral Thesis. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The model of public regulation through independent agencies was approved in the Brazilian legal system from the 90's, under the influence of deregulation, privatization and reforms of public administration, serving the agency like guarantee of security, stability and balance in the economic and social relationships. However, the emergence of power centers such as regulatory agencies, created with autonomy from direct administration of the State, resulted in many democratic and institutional problems. For political theory, there was an inequality of access for citizens to power circulation channel, typical of representative democracies mass (vertical accountability) and deficiencies of political control of the institution by the system of checks and balances (horizontal accountability). The central hypothesis is demonstrating the character of republican and democratic regulatory intervention carried out in Brazil by means of independent agencies. Based on the new republicanism, political thought that working with efficient categories to strengthening public institutions in the service of democracy, the objective is to identify the potential of democratic legitimacy in decision-making process. To support the hypothesis, the thesis uses the transdisciplinary and comparative method, and adepts as reference and dialogue the Philip Pettit's books, most important scholar of new republicanism.

Keywords

Regulation; independent regulatory agencies; new republicanism; democracy; non-manipulability; contestability.

Sumário

1. Introdução	10
2. A formação do Estado capitalista regulador	22
2.1. Do Estado liberal ao Estado social: o paradigma da atuação estatal na ordem econômica e social	22
2.2. A crise do Estado social: o paradigma da ação estatal regulatória	31
2.3. Reforma da administração pública	40
3. Agências reguladoras independentes	48
3.1. Ação regulatória: conceito e características	48
3.2. O modelo americano	53
3.3. O modelo francês	55
3.4. O modelo brasileiro	56
3.5. Os mecanismos de accountability das agências reguladoras independentes	60
3.6. As recomendações da OCDE para aperfeiçoamento da estrutura regulatória	75
4. A tradição neorrepública e a formação do Estado Democrático de Direito	78
4.1. O retorno ao Direito: justiça distributiva, pluralismo e liberdade neorrepública	82
4.2. As formas neorrepúblicas do Estado democrático de direito	91
4.3. Constitucionalismo e não-manipulabilidade do poder	92
4.3.1. A condição do império da lei	93
4.3.2. A condição de dispersão do poder	95
4.3.3. A condição contramajoritária	96
4.4. Democracia de dissenso e contestabilidade do poder	97
4.4.1. Uma base para a contestação: a república deliberativa	99

4.4.2. Uma voz para a contestação: a república inclusiva	100
4.4.3. Um espaço para a contestação: a república responsiva	102
4.5. Síntese da teoria democrática de dissenso	105
4.6. Aproximações com a teoria democrática de Robert Dahl e Hannah Arendt	109
5. A legitimação democrática das agências reguladoras brasileiras	119
5.1. Condições de não-manipulabilidade do poder regulatório: restrições constitucionais e legais	119
5.2. Contestabilidade da ação regulatória: deliberação, inclusividade e responsividade	127
5.3. Os requisitos neorrepublicanos de legitimação democrática da Aneel	142
5.3.1. O processo de reestruturação do setor elétrico nos anos 1990	143
5.3.2. A criação da agência reguladora	146
5.3.3. A crise da energia de 2001	147
5.3.4. As condições neorrepublicanas na ação regulatória da Aneel	149
6. Conclusão	152
7. Referências bibliográficas	156