

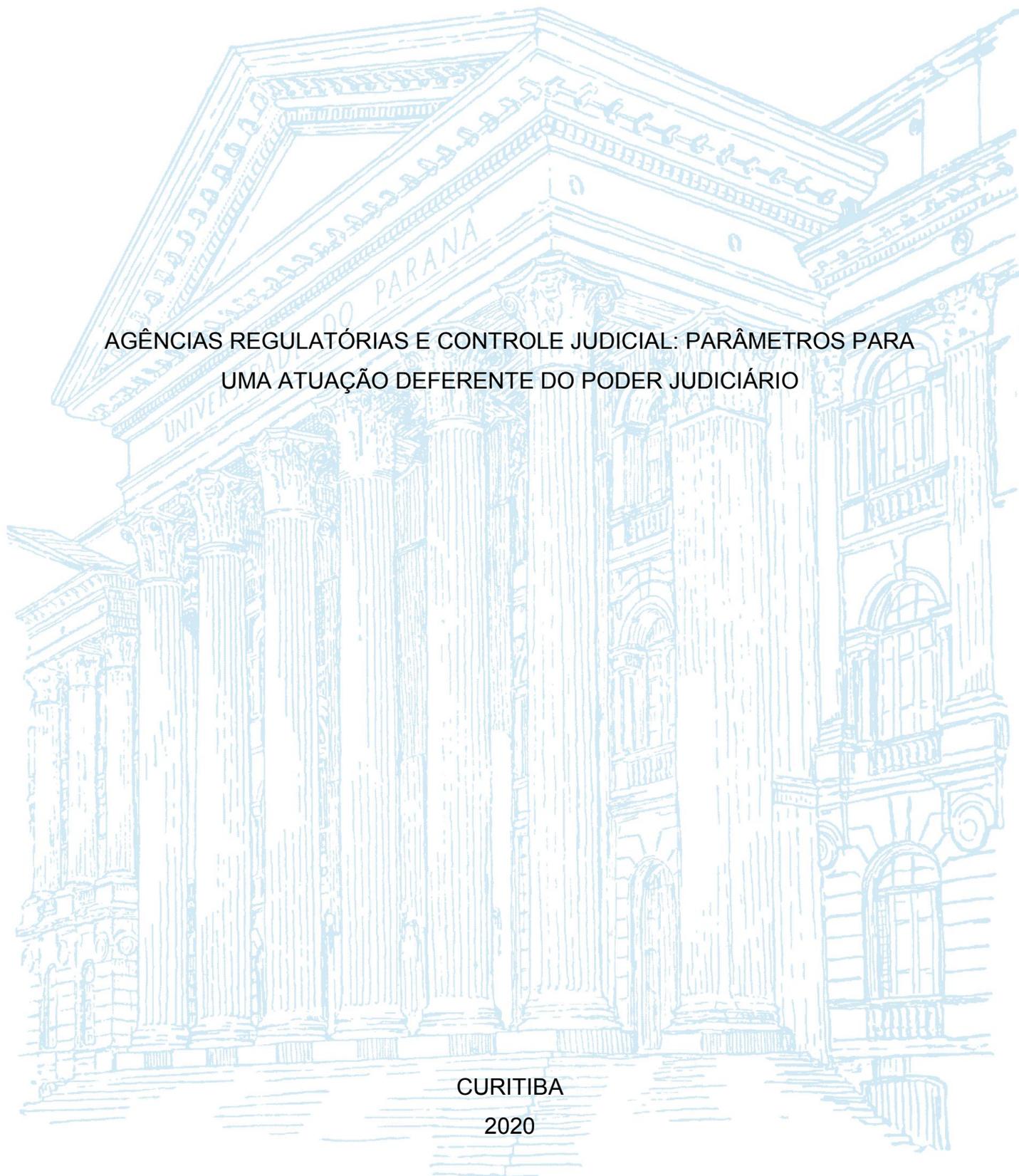
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RODRIGO FERNANDES LIMA DALLEDONE

AGÊNCIAS REGULATÓRIAS E CONTROLE JUDICIAL: PARÂMETROS PARA
UMA ATUAÇÃO DEFERENTE DO PODER JUDICIÁRIO

CURITIBA

2020



RODRIGO FERNANDES LIMA DALLEDONE

AGÊNCIAS REGULATÓRIAS E CONTROLE JUDICIAL: PARÂMETROS PARA
UMA ATUAÇÃO DEFERENTE DO PODER JUDICIÁRIO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná, como requisito
parcial à obtenção do título de Doutor em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

CURITIBA

2020

D146a

Dalledone, Rodrigo Fernandes Lima

Agências regulatórias e controle judicial: parâmetros para uma atuação deferente do poder judiciário [meio eletrônico] / Rodrigo Fernandes Lima Dalledone. - Curitiba, 2020.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2020.

Orientador: Egon Bockmann Moreira.

1. Agências reguladoras de atividades privadas. 2. Controle da constitucionalidade. 3. Regulação (Direito). I. Moreira, Egon Bockmann. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

CDU 35.07

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

ATA Nº111

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTOR EM DIREITO

No dia treze de novembro de dois mil e vinte às 08:30 horas, na sala REMOTA, CONFORME AUTORIZA PORTARIA 36/2020-CAPES, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese do doutorando **RODRIGO FERNANDES LIMA DALLEDONE**, intitulada: **AGÊNCIAS REGULATÓRIAS E CONTROLE JUDICIAL: PARÂMETROS PARA UMA ATUAÇÃO DEFERENTE DO PODER JUDICIÁRIO (REGULAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA E CONTROLE JUDICIAL: rumo a uma atuação deferente do Poder Judiciário)**, sob orientação do Prof. Dr. EGON BOCKMANN MOREIRA. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: EGON BOCKMANN MOREIRA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), JOSÉ GUILHERME GIACOMUZZI (UNIVER. FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL), VERA KARAM DE CHUEIRI (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), EDUARDO JORDÃO (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS/RJ), MARCAL JUSTEN FILHO (INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutor está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, EGON BOCKMANN MOREIRA, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 13 de Novembro de 2020.

Assinatura Eletrônica
13/11/2020 12:21:22.0
EGON BOCKMANN MOREIRA
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica
13/11/2020 10:54:16.0
JOSÉ GUILHERME GIACOMUZZI
Avaliador Externo (UNIVER. FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL)

Assinatura Eletrônica
13/11/2020 10:42:39.0
VERA KARAM DE CHUEIRI
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
13/11/2020 12:13:25.0
EDUARDO JORDÃO
Avaliador Externo (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS/RJ)

Assinatura Eletrônica
13/11/2020 12:13:20.0
MARCAL JUSTEN FILHO
Avaliador Externo (INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO)



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **RODRIGO FERNANDES LIMA DALLEONE** intitulada: **AGÊNCIAS REGULATÓRIAS E CONTROLE JUDICIAL: PARÂMETROS PARA UMA ATUAÇÃO DEFERENTE DO PODER JUDICIÁRIO (REGULAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA E CONTROLE JUDICIAL: rumo a uma atuação deferente do Poder Judiciário)**, sob orientação do Prof. Dr. EGON BOCKMANN MOREIRA, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 13 de Novembro de 2020.

Assinatura Eletrônica

13/11/2020 12:21:22.0

EGON BOCKMANN MOREIRA

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

13/11/2020 10:54:16.0

JOSÉ GUILHERME GIACOMUZZI

Avaliador Externo (UNIVER. FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL)

Assinatura Eletrônica

13/11/2020 10:42:39.0

VERA KARAM DE CHUEIRI

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

13/11/2020 12:13:25.0

EDUARDO JORDÃO

Avaliador Externo (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS/RJ)

Assinatura Eletrônica

13/11/2020 12:13:20.0

MARCAL JUSTEN FILHO

Avaliador Externo (INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO)

Praça Santos Andrade, 50 - CURITIBA - Paraná - Brasil

CEP 80020300 - Tel: (41) 3310-2739 - E-mail: ppgdufpr@gmail.com

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.

Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 61896

Para autenticar este documento/assinatura, acesse <https://www.pppg.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp> e insira o código 61896

Curitiba, 20 de janeiro de 2021.

À Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação
Universidade Federal do Paraná

Tendo em vista a anotação de diligência para fins de depósito da tese do discente abaixo nominado (*e-mail* anexo), declaramos que o título final do trabalho é “*Agências Regulatórias e Controle Judicial: Parâmetros Para Uma Atuação Deferente Do Poder Judiciário*”, sendo que aquele entre parênteses (“Regulação da Atividade econômica e controle judicial: rumo a uma atuação deferente do Poder Judiciário”) era provisório, tendo sido incluído apenas para viabilizar o procedimento de qualificação junto ao Sistema Siga.

Atenciosamente,

Assinado digitalmente
Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira
Orientador e Presidente da Banca

EGON
BOCKMANN
MOREIRA

Assinado de forma digital
por EGON BOCKMANN
MOREIRA
Dados: 2021.01.20 17:06:42
-03'00'


Rodrigo Fernandes Lima Dalledone
Discente

Ao meu orientador, Professor Egon Bockmann
Moreira, exemplo de integridade e dedicação, pela
generosidade, paciência e amizade.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho não seria possível sem o auxílio de um grande número de pessoas.

A começar pela minha família: Maria Eduarda, Ana Clara, Otávio e Bernardo, pelo amor, generosidade e compreensão. Sempre presentes nas minhas ausências.

Aos estimados Alexandre Gomes Gonçalves, Anna Renata Hammerschmidt, Anne Caroline Alves Mello, Arquelau Araújo Ribas, Carlos Maurício Ferreira, Cesar Ghizoni, Clayton de Albuquerque Maranhão, Fernando Andreoni Vasconcellos, Irajá Pigatto Ribeiro, José Arthur Castillo de Macedo, Luiz Fernando Casagrande Pereira, Marcelo Mazzali, Mariane Hiczy Lopes, Plínio Augusto Penteadó de Carvalho, Roberto Dalledone Machado Filho e Simone Cherem Fabrício de Mello, por todo o apoio e incentivo.

Aos amigos Rodrigo Otávio Cruz e Lima, Alexandre Ricardo Pessler, Marcella Pereira Ferraro e Melanie Merlin de Andrade, com quem tive a oportunidade de realizar esta jornada acadêmica.

Aos Professores Keith Rosen, Márcia Carla Pereira Ribeiro, Rodrigo Xavier Leonardo, Sérgio Cruz Arenhart e Alexandre Ditzel Faraco, pelo convívio e a proveitosa troca de ideias.

Aos Professores Vera Karam de Chueiri, Marçal Justen Filho, Eduardo Jordão e José Guilherme Giacouzzi, integrantes da banca examinadora desta tese, pelas críticas e sugestões que tornaram este trabalho mais completo e consistente.

À FVG/Rio, na pessoa do Prof. Sérgio Guerra, que me recebeu na disciplina de “dinâmica da regulação”.

À Valquiria Aguiar (da Secretaria do PPGD) e aos integrantes da Seção de Referência da Biblioteca de Ciências Jurídicas, sempre gentis e incansáveis no propósito de ajudar.

RESUMO

A regulação, espécie do gênero função administrativa, enseja um novo olhar sobre as atividades controladoras. Se anteriormente o Estado atuava sobre a ordem econômica de forma assistemática e unilateral, com a Constituição da República de 1988 a tônica passou a recair sobre o diálogo, a colaboração e a transparência. Não se trata, todavia, de sistemas que se sucederam, mas sim que se sobrepujaram. E foi nesse contexto, de ruptura de racionalidades e manutenção de estruturas, que surgem entre nós as agências reguladoras, unidades administrativas nitidamente inspiradas no direito norte-americano, que adotaram a vestimenta de autarquias, mas às quais foi aposto o atributo de autonomia reforçada. Nessa circunstância, as agências constituem órgãos constitucionais de segundo grau, sujeitos a um complexo feixe de controles, que operam de maneira concomitante e muitas vezes redundante. Enquanto o Poder Legislativo é o controlador nato das agências, que têm na lei seu fundamento e limite, ao Poder Executivo cabe dar coerência ao mosaico formado pelos vários setores regulados, alinhando-os aos grandes objetivos das políticas públicas. Para o controle judicial, por outro lado, vem sendo utilizado o mesmo ferramental forjado há muitos anos, para um Estado que tinha administrados e não cidadãos. Nesse sentido, uma pesquisa realizada a pedido do Conselho Nacional de Justiça detectou que, conquanto na maior parte dos casos o resultado final seja favorável às agências, o controle judicial representa um fator de insegurança e instabilidade. Sob esse prisma, mostra-se oportuno um exame das soluções cunhadas pelo direito-americano ao longo de muitos anos, com a ressalva de que institutos jurídicos não podem ser simplesmente enxertados em ordenamentos orientados por lógicas distintas. E com o advento das Leis 13.655/2018, 13.848/2019 e 13.874/2019 houve a instituição de um microsistema regulatório, que tem como vetor a lógica consequencialista, empregada como catalisador da segurança jurídica, considerando as capacidades de cada um dos atores que ocupam o palco regulatório. Desse modo, o sistema brasileiro consagra um controle judicial deferente às opções regulatórias, não propriamente pela transposição do critério binário da Teoria *Chevron*, mas sim por meio de um teste que contempla cânones substanciais e procedimentais.

Palavras-chave: Regulação. Agências Reguladoras. Controle Judicial. Consequencialismo. Segurança Jurídica. Deferência.

ABSTRACT

Regulation, a kind of administrative function, created a new perspective on controlling activities. If the State previously acted on the economic order in an unsystematic and unilateral way, with the 1988's Constitution the focus has changed to dialogue, collaboration and transparency. However, these have not been systems that succeeded each other, but that overlapped. In this context of rupture of rationalities and maintenance of structures that regulatory agencies emerged between us. Administrative units clearly inspired by American law, which adopted the shape of autarchies, with a reinforced attribute of autonomy. In this circumstance, the agencies constitute second-degree constitutional bodies, subject to a complex set of controls, which operate in a concomitant and often redundant manner. While the Legislative Power is the natural controller of the agencies, which have in law their foundation and limit, the Executive Power must give coherence to the mosaic formed by the various regulated sectors, aligning them with the major objectives of public policies. In the judicial control, on the other hand, have been used the same features that have been forged many years ago, for a state that had administrateds and not citizens. In this sense, a survey carried out at the request of the National Council of Justice found that, although in most cases the result is favorable to the agencies, judicial control represents a factor of insecurity and instability. From this point of view, an examination of the solutions coined by American law over many years has proved opportune, with the proviso that legal institutes cannot simply be implanted into orders guided by different logics. And with the advent of Laws 13,655 / 2018, 13,848 / 2019 and 13,874 / 2019, there was the establishment of a regulatory microsystem, whose vector is the consequentialist logic, used as a catalyst for legal security, considering the capabilities of each of the actors that occupy the regulatory stage. In this way, the Brazilian system enshrines the judicial deference in the control of regulatory options, not exactly by transposing the binary criterion of the Chevron Theory, but through a test that includes substantial and procedural canons.

Keywords: Regulation. Regulatory Agencies. Judicial Control. Consequentialism. Legal Certainty. Deference.

LISTA DE FIGURAS

| | |
|--------------------------------------|-----|
| Figura 1: Aplicação de Chevron | 118 |
| Figura 2: Organograma | 162 |

ABREVIATURAS

Ag. Int. – Agravo Interno

AIR – Análise de Impacto Regulatório

ALJ - *Administrative Law Judge*

ANA – Agência Nacional de Águas

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANCINE – Agência Nacional de Cinema

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANP – Agência Nacional do Petróleo

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

ampl. - ampliada

APA - *Administrative Procedure Act*

Art. – Artigo.

C. Cível – Câmara Cível

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

Coord. – Coordenação

CR – Constituição da República

DL – Decreto-lei

ed. – Edição

j. – Julgamento (data)

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Min. - Ministro

MS – Mandado de Segurança

Op. cit. – *opus citatus* (obra citada)

Org. – Organizador

p. – página

reimp. - Reimpressão

RICD – Regimento Interno da Câmara dos Deputados

RISF – Regimento Interno do Senado Federal

RE – Recurso extraordinário

Rel. - Relator

Res. - Resolução

REsp – Recurso Especial.

rev. – revista

RMS – Recurso em Mandado de Segurança

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

T. – Turma

tir. – tiragem

TJPR – Tribunal de Justiça do Paraná

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

TRF – Tribunal Regional Federal (o número a seguir indica a região respectiva)

v. - Volume

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 17 |
| 2 O PONTO DE PARTIDA | 22 |
| 2.1 COLOCAÇÃO DO TEMA | 22 |
| 2.2 CRÔNICA DE UM CERTO ESTADO REGULADOR | 24 |
| 2.3 O MOVIMENTO DE DESESTATIZAÇÃO | 30 |
| 2.4 AS AGÊNCIAS REGULADORAS | 33 |
| 2.4.1 À guisa de apresentação | 33 |
| 2.4.2 O regime jurídico das agências reguladoras – linhas gerais | 34 |
| 2.4.2.1 Autonomia organizacional | 35 |
| 2.4.2.2 Autonomia funcional | 40 |
| 3 SEPARAÇÃO DE PODERES E CONTROLE | 43 |
| 3.1 OBJETIVO | 43 |
| 3.2 VISÃO GERAL | 44 |
| 3.3 A POSIÇÃO DAS AGÊNCIAS NO ESTADO REGULADOR BRASILEIRO | 46 |
| 3.4. SOBRE O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS | 52 |
| 3.4.1. Controle social | 54 |
| 3.4.2. Controle legislativo | 56 |
| 3.4.3 Controle executivo | 62 |
| 3.4.4 Controle judicial | 64 |
| 3.4.4.1 Controle do mérito administrativo | 67 |
| 3.4.4.2 Desvio de finalidade | 70 |
| 3.4.4.3 Discricionariedade vinculada à juridicidade | 72 |
| 3.5 UM NOVO CONTROLE JUDICIAL DA REGULAÇÃO? | 75 |
| 3.6 REALINHANDO AS VISADAS | 78 |
| 4 O CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO SISTEMA NORTE-AMERICANO | 81 |
| 4.1 SITUANDO A QUESTÃO | 81 |
| 4.2. AGÊNCIAS REGULATÓRIAS, LEGITIMIDADE E CONTROLE | 83 |
| 4.3 OS ATOS DAS AGÊNCIAS | 85 |
| 4.3.1 <i>Adjudication</i> | 86 |
| 4.3.1.1 <i>Formal adjudication</i> | 87 |
| 4.3.1.1.1 Fase inicial | 87 |

| | |
|---|------------|
| 4.3.1.1.2 Instrução | 88 |
| 4.3.1.1.3 Fase decisória | 90 |
| 4.3.2 <i>Rulemaking</i> | 91 |
| 4.3.2.1 <i>Informal Rulemaking</i> | 92 |
| 4.3.3 A Ordem Executiva 12.866/1993 | 94 |
| 4.4 JUDICIAL REVIEW NO APA – UMA VISÃO GERAL | 96 |
| 4.4.1 COLOCAÇÃO DO TEMA | 96 |
| 4.4.2 REQUISITOS | 97 |
| 4.4.3 MOMENTO DA REVISÃO JUDICIAL | 99 |
| 4.4.3.1 Teoria da finalidade | 99 |
| 4.4.3.2 Teoria da exaustão | 100 |
| 4.4.3.3 Teoria da maturação | 101 |
| 4.5 ESCOPO DA REVISÃO JUDICIAL | 102 |
| 4.6 DEFERÊNCIA E CONTROLE JUDICIAL | 104 |
| 4.7 REGIMES DEFERENCIAIS | 106 |
| 4.7.1 Teoria <i>Skidmore</i> | 107 |
| 4.7.2 Teoria <i>Chevron</i> | 110 |
| 4.7.2.1 Apresentação | 110 |
| 4.7.2.2 <i>Chevron in action</i> | 114 |
| 4.7.2.2.1 “Etapa zero” | 115 |
| 4.7.2.2.2 “Etapa 1” | 116 |
| 4.7.2.2.3 “Etapa 2” | 117 |
| 4.7.2.3 Atacando <i>Chevron</i> | 119 |
| 4.8 O DESASSOSSEGO DE UMA NOVA REALIDADE | 120 |
| 5 O MICROSSISTEMA REGULATÓRIO BRASILEIRO COMO FUNDAMENTO DE UMA REVISÃO JUDICIAL DEFERENTE | 122 |
| 5.1 SOBRE MAPAS E ITINERÁRIOS | 122 |
| 5.2 DO QUE FALAMOS QUANDO MENCIONAMOS O CONSEQUENCIALISMO | 123 |
| 5.3 DESENHOS INSTITUCIONAIS IMPORTAM? | 131 |
| 5.4 O PROCESSO DECISÓRIO NO MICROSSISTEMA REGULATÓRIO | 136 |
| 5.4.1 O processo normativo no âmbito regulatório – uma visão geral | 137 |
| 5.4.1.1 Um necessário passo atrás: a atividade decisória | 138 |
| 5.4.1.2 Fase preparatória | 140 |
| 5.4.1.3 Fase instrutória | 144 |

| | |
|---|------------|
| 5.4.1.3.1 Avaliações Regulatórias | 144 |
| 5.4. 1.3.1.1 Análise de Impacto Regulatório (AIR) | 144 |
| 5.4.1.3.1.1.1 AIR: casos de obrigatoriedade, inexigibilidade e dispensa | 146 |
| 5.4.1.3.1.1.2 Elaboração da AIR | 147 |
| 5.4.1.3.1.2 Avaliação de Resultado Regulatório (ARR) | 150 |
| 5.4.1.3.2 Participação social no processo regulatório | 152 |
| 5.4.1.4 Fase conclusiva | 155 |
| 5.5 O MICROSSISTEMA REGULATÓRIO E SEU PADRÃO DEFERENCIAL | 156 |
| 5.5.1 Cânones substanciais | 157 |
| 5.5.2 Cânones procedimentais | 159 |
| 5.6 OPERANDO O SISTEMA | 160 |
| 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 164 |
| 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 172 |

1. INTRODUÇÃO

Se realmente “[t]oda ‘reforma administrativa’ produz (...) uma série de efeitos políticos que ultrapassam a mera reorganização dos organogramas do governo,”¹ é possível que, com a estruturação de um modelo de Estado Regulatório, pensemos o controle judicial da atuação estatal sobre outras bases, utilizando parâmetros extraídos de outros sistemas jurídicos?

A extrema especialização que marca a sociedade atual justificaria que, em certas áreas, a intensidade do controle judicial seja abrandada em atenção a outros valores igualmente caros à coletividade, com a partilha do encargo fiscalizatório com outros atores? E como confrontar essa proposição com a garantia do artigo 5º, inc. XXXV, da Constituição da República?

Até aí a assertiva não se reveste propriamente de novidade, pois de há muito a produção teórica do Direito Administrativo cuida de estremar atos praticados no exercício das competências vinculada e discricionária, sustentando que, nesta última hipótese, seria defeso ao Poder Judiciário examinar os aspectos de conveniência e oportunidade que ensejaram a edição do ato administrativo.

E os atos tidos por discricionários se revelam mais profícuos justamente naquelas áreas marcadas pela técnica, o que desaconselharia manifestações mais intrusivas dos juízes (que, via de regra, são generalistas), transferindo ao Poder Executivo a tarefa de, com o auxílio de corpos dotados de *expertise*, interpretar e concretizar no plano dos fatos os objetivos delineados pelos comandos legislativos.

Mas será que o ferramental teórico forjado ao longo de mais de um século é capaz de responder aos desafios com os quais temos nos deparado?

Se a resposta for afirmativa, então temos de reconhecer que a tese que ora se apresenta não se reveste de qualquer novidade, pois existe uma extensa (e de excelente qualidade) literatura versando o controle judicial da discricionariedade administrativa, de modo que não poderíamos pretender fazer qualquer acréscimo relevante sobre o tema.

Mas não é o que nos parece.

¹ CODATO, Adriano Nervo. **Sistema estatal e política econômica no Brasil pós-64**. Curitiba: Hucitec/Editora UFPR, 1997, p. 66.

A Constituição da República de 1988 trouxe uma nova moldura para o tema, e o quadro (ainda incompleto) que vem sendo paulatinamente desenhado retrata com outras cores o relacionamento do Estado com seus cidadãos e com a realidade que os cerca.

Para ficarmos em alguns poucos exemplos, basta que pensemos nas linhas traçadas por Leis como a 9.784/1999 (que disciplina o processo administrativo em âmbito federal), a 12.527/2011 (que trata do acesso a informações), a 13.655/2018 (que alterou a LINDB), a 13.874/2019 (que institui a declaração de direitos de liberdade econômica), e a 13.848/2019 (que dispõe sobre a gestão e processo das agências reguladoras), para constatar que há uma racionalidade bastante diversa a reger o trato da coisa pública.

O pano de fundo permanece o mesmo (o Brasil e suas circunstâncias), mas o olhar do artista certamente é (ou deve ser) outro, de modo que sua atenção é agora atraída para certas atividades que sempre estiveram presentes entre nós, mas que até então não se revestiam da mesma importância ou que eram levadas a efeito de modo substancialmente diverso.

Observa Giandomenico Majone que as intervenções públicas na economia podem ser classificadas em redistribuição de renda, estabilização macroeconômica e regulação de mercados, “mas a importância relativa dessas funções varia de país para país e de um período histórico para outro.”²

Portanto, a escolha por um modelo de Estado Regulador que vem expressamente registrada no artigo 174 da Constituição da República, sobre demonstrar uma tomada de posição no âmbito do relacionamento setor público/mercado, representou um divisor de águas cujos efeitos ainda vêm sendo sentidos e que não foram inteiramente exauridos.

E não se trata apenas da transferência de encargos estatais ao setor privado e na fixação de regras setoriais (o que sempre existiu entre nós), mas da definição de outros padrões de distribuição do poder e do exercício da cidadania.

E se o sistema que preponderantemente nos serviu de paradigma para essa virada foi o norte-americano, é possível (e recomendável) que tomemos de empréstimo os mesmos mecanismos de correção de falhas? A única certeza nesta seara vem da colocação de Marçal Justen Filho acerca da utilização de teorias regulatórias alhures desenvolvidas: tratando-se de um *experimento sociojurídico*, “nenhuma importação de

² MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. **Revista do Serviço Público**, Brasília, 1, p. 7, jan/mar. 1999.

instituto jurídico estrangeiro pode fazer-se sem a adaptação às características essenciais locais.”³

É nessa perspectiva que surgem as teorias da deferência, que preconizam um controle judicial de intensidade variável sobre a atividade regulatória, em razão de aspectos como especialidade, profissionalismo, responsividade e credibilidade dos entes encarregados da emanção de normas setoriais.

Os primeiros reflexos da adoção dessa teoria já podem ser vistos em nossa prática jurisprudencial, e, ainda que à primeira vista pareça que estamos diante da demarcação de áreas de mérito administrativo, a lógica subjacente é diversa, assim como são outros os seus pressupostos e requisitos.

Esse, portanto, é o caminho que pretendemos trilhar: demonstrar que, no campo econômico, a opção por um modelo de Estado projetado a partir de 1988 acabou por alçar as agências reguladoras à posição de órgãos constitucionais secundários, sujeitos a um plexo de controle mais complexo, que se estrutura em plexos superpostos, com abrangências e intensidades diversas.

E, além disso, houve a recente instituição de um *microsistema regulatório* que autoriza a adoção de uma teoria autônoma da deferência judicial, que, conquanto possa se valer de experiências hauridas em outros sistemas jurídicos, tem limites e requisitos próprios, cuja conformação ainda está sendo construída, e que, ao fim e ao cabo, pressupõe o fortalecimento de outras cadeias de controle.

Para tanto, o trabalho está estruturado em quatro partes.

Na **primeira**, buscaremos apresentar um retrato do Estado Regulador brasileiro a partir da ruptura institucional de 1964, com o fito de assinalar que, se a regulação sempre esteve presente entre nós, desde o movimento de redemocratização ela foi reestruturada sob uma nova matriz e vem assumindo importância crescente. O recorte temporal limitado serve para lembrar que não se tem a pretensão de apresentar uma minudente análise historiográfica do tema, mas apenas de assinalar a sobreposição de aparatos institucionais orientados por racionalidades distintas.

Nesse ponto, as agências reguladoras serão abordadas com uma visão eminentemente pragmática: qual o seu regime jurídico atual e em que medida os atributos de independência e autonomia efetivamente se concretizaram entre nós? A

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 286 (grifos no original).

análise levará em conta o regime imposto pela Lei 13.848/2019, sobretudo no que concerne às temáticas da compostura e do processo decisório.

A **segunda parte** será dedicada à revisitação do princípio da separação de poderes, com o intuito de verificar se o clássico modelo tripartite ainda faz sentido num cenário ocupado por novos atores, que têm de fazer frente a desafios complexos e cambiantes. Se a ideia que serviu de lastro ao princípio foi a garantia de direitos por meio da contenção do poder estatal, quais são os *freios e contrapesos* necessários para conter um poder que não está mais concentrado em unidades estanques, mas que se espalha em verdadeiras redes institucionais?

A **terceira parte** terá contornos preponderantemente descritivos, consistindo na apresentação de duas das principais teorias deferenciais norte-americanas, que versam sobre as interpretações legislativas realizadas pelas agências reguladoras: *Chevron* e *Skidmore*. Como contraponto, serão examinadas também as críticas que as teorias deferenciais vêm enfrentando nos Estados Unidos, para que possamos avaliar a quais adaptações o modelo teria de ser submetido.

A escolha se justifica em razão do objetivo deste trabalho: se o modelo norte-americano forneceu parâmetros relevantes para o desenho das agências reguladoras brasileiras, cuja atuação é “cumulativamente *normativa, executiva e judicante*”,⁴ é recomendável que examinemos as soluções forjadas alhures e sua adequação ao nosso sistema.

Aqui uma observação: o estreitamento temático proposto recai sobre o controle judicial da atividade normativa das agências. É porque nas suas atividades de resolução de controvérsias (entre operadores de um mesmo setor ou entre prestadores e usuários), o que serve de lastro à atuação das agências é no mais das vezes as normas que elas próprias editam, razão pela qual sua atuação acaba sendo vinculada a preceitos definidos *ex ante*, limitando a complexidade do controle judicial dos casos concretos.

Será no **quarto capítulo** que buscaremos apresentar uma contribuição original ao tema: após um breve exame de aspectos estruturais do Poder Judiciário, tentaremos delinear uma teoria deferencial brasileira que, a despeito de possuir antecedentes remotos na produção jurisprudencial norte-americana, tem nos princípios da eficiência, da legitimidade e da segurança jurídica seus fundamentos de validade e no microssistema regulatório a definição de seus *standards*.

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 173.

Na **quinta parte** serão apresentadas as considerações finais.

São essas, pois, as proposições que servem de arrimo a este trabalho, e que serão examinadas numa perspectiva estritamente jurídica. Conquanto não se desconheça a impossibilidade de completa dissociação entre os ramos do saber, os aportes da Economia e da Ciência Política serão utilizados apenas na medida em que sejam indispensáveis para descrever uma realidade multifacetada.

E aqui devem ser feitos alguns esclarecimentos propedêuticos.

Serão propositadamente evitadas divergências doutrinárias acerca de certos conceitos-chave para a tese, que terão seus significados definidos exclusivamente para fins desta exposição, com a indicação de referências bibliográficas que possibilitarão ao leitor aprofundar o estudo sobre controvérsias específicas, que, a despeito de relevantes, extrapolam o escopo proposto.

Os trechos referentes à doutrina e à jurisprudência norte-americanas foram traduzidos de forma livre, sem a reprodução das redações originais, de modo a tornar o texto menos segmentado e a leitura mais fluída. Contudo, as referências bibliográficas e a indicação dos julgados (observada a sistemática de notação original), possibilitarão eventuais conferências.

Constam na relação bibliográfica algumas poucas obras que, a despeito de não contarem com citação direta no corpo do texto, foram consultadas ao longo da pesquisa.

2. O PONTO DE PARTIDA

2.1 COLOCAÇÃO DO TEMA

A reforma administrativa brasileira, iniciada nas últimas décadas do Século XX, teve por escopo reestruturar o Estado sob uma perspectiva liberalizante, não apenas pela redução qualitativa e quantitativa dos encargos públicos, mas também pela utilização de um ferramental com nítidos contornos gerenciais, que até então era próprio da iniciativa privada.

Tinha-se em conta, ademais, que o Estado não mais ocupava a posição de *spalla* da orquestra econômica, passando a atuar como um maestro a reger a atuação dos privados, o que demandava uma reorganização do seu aparato para fazer frente à nova realidade.

Seguindo essas linhas, o *Plano Diretor da Reforma e do Aparelho do Estado*, elaborado em 1995 pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, trazia as seguintes diretrizes:

Deste modo o Estado reduz seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se entretanto no papel de regulador e provedor ou promotor destes, principalmente dos serviços sociais como educação e saúde, que são essenciais para o desenvolvimento, na medida em que envolvem investimento em capital humano; para a democracia, na medida em que promovem cidadãos; e para uma distribuição de renda mais justa, que o mercado é incapaz de garantir, dada a oferta muito superior à demanda de mão-de-obra não-especializada. Como promotor desses serviços o Estado continuará a subsidiá-los, buscando, ao mesmo tempo, o controle social direto e a participação da sociedade.

Nesta nova perspectiva, busca-se o fortalecimento das funções de regulação e de coordenação do Estado, particularmente no nível federal, e a progressiva descentralização vertical, para os níveis estadual e municipal, das funções executivas no campo da prestação de serviços sociais e de infra-estrutura.⁵

É nesse contexto que surgem entre nós as agências reguladoras, entidades autárquicas de caráter especial, que foram desenhadas para funcionar como núcleos decisórios dotados de conhecimento específico em áreas que se revestem de relevância social e econômica (petróleo, eletricidade, telefonia, transportes, etc.).

Ainda que órgãos de normatização econômica não fossem propriamente uma novidade no cenário brasileiro,⁶ às agências foram agregados os atributos de autonomia

⁵ P. 13. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.Org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

⁶ DUTRA, Pedro. Órgãos reguladores: social-democracia ou neogetulismo? In: **Livre concorrência e regulação de mercados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 25-26.

e *expertise*, que supostamente as insulariam de pressões políticas e da captura (por quaisquer grupos de interesse), atuando como verdadeiras garantidoras da regularidade do funcionamento daqueles setores franqueados à iniciativa privada, sob uma lógica de mercado. Nesse contexto, a atividade de regulação, conquanto espécie do gênero função administrativa, ganhou renovada importância e atualidade.

A questão, todavia, é que as novas agências foram acopladas a um aparato administrativo totalmente diverso daquele que lhes serviu de fundamento (o norte-americano),⁷ que teve em sua gênese traços marcadamente autoritários, como a centralização decisória na chefia do Poder Executivo e a baixa porosidade à participação democrática. E ainda que o sistema jurídico tenha sido parcialmente redesenhado para sanar essas falhas, a dinâmica dos fatos permite questionar a efetiva autonomia desses novos atores.

E não se pode esquecer que, a despeito de a regulação observar parâmetros macroeconômicos, ela se desenvolve sobre um modelo institucional legalmente definido, havendo condicionamentos e influências recíprocos.

Esse é o pano de fundo sobre o qual se desenvolverá o presente capítulo: o regime regulatório e institucional do Brasil do período que vai de 1964 até as emendas liberalizantes de 1995, que criaram as primeiras agências.

A delimitação temporal escolhida se justifica pela pretensão de apresentar os contornos do sistema existente entre nós quando do implemento de um modelo que opera sob uma lógica diversa, que em certa medida simplesmente se sobrepôs ao anterior.

Optamos pelo distanciamento de um estudo historiográfico pretensamente exaustivo, que remontasse à gênese do chamado “Estado Regulador”,⁸ porque a nossa

⁷ MORAES, Alexandre de. **Agências reguladoras**. In: ____ (Org.). São Paulo: Atlas, 2002, p. 20; BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. In: ____ (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 89-97; GROTTI, Dinora Adelaide Musetti. **Agências reguladoras**, *Interesse Público*, 22, p. 32-35, nov./dez. 2003.

⁸ A expressão é utilizada na acepção do arranjo institucional de partilha de responsabilidades decorrente do esmaecimento dos marcos que dividiam o público e o privado (mercado) no âmbito econômico, com a substituição da lógica adversarial por “uma atitude de cooperação e ação concertada, que se expressa através de variados e complexos processos de integração, de osmose, de interpenetração e de um novo modelo de relacionamento entre o Estado e a Sociedade.” (GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o estado regulador e o estado contratante**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 52). Assim, o Estado assume o papel de *garante* da realização de determinados objetivos, atuando diretamente no mercado apenas de forma *subsidiária*, o “que recorda a situação do jogador reserva que entra em jogo para substituir outro que não está a jogar bem” (Idem, p. 58). Pelos motivos delineados, portanto, sustentamos que, em sua interface com a economia, o Estado brasileiro desenhado pela Constituição da República é regulador. Em sentido contrário, ver: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 38-43. Aprofundar

hipótese de pesquisa está direcionada ao exame da adequação dos modelos de controle jurisdicional da atividade regulatória (em particular utilizados a partir da última década do século passado), *vis-à-vis* uma profunda alteração das premissas teóricas de estruturação do Estado.

Considerando a linha de abordagem proposta, recorreremos à literatura econômica e administrativa, selecionando as abordagens em razão da pertinência para o presente estudo.

A observação se destina a justificar a ausência, na medida do possível, da análise de políticas financeiras e monetárias dos períodos selecionados, com a ressalva de que o conceito de uma *atividade regulatória* não parecia constituir o cerne das preocupações da doutrina especializada.

2.2 CRÔNICA DE UM CERTO ESTADO REGULADOR: BRASIL DE 1964 A 1985

O período compreendido entre 1964/1985 (durante o qual o Brasil teve como presidentes Castello Branco, Costa e Silva, Médici, Geisel e Figueiredo, desconsiderada a Junta de 1969) não foi homogêneo em seus aspectos políticos, mas possui como nota comum um considerável grau de continuidade no âmbito econômico, caracterizado pela centralização da atividade decisória no Poder Executivo⁹ (com a consequente

em: SUNSTEIN, Cass R. **After the Rights Revolution**: reconceiving the regulatory state. Massachusetts: Harvard University Press, 1993; CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 69-76; SEIDMAN, Harold; GILMOUR, Robert. **Politics, Position and Power**: From the Positive to Regulatory State. New York: Oxford University Press, 1986, p. 119-135; MAJONE, Giandomenico. As transformações do estado regulador. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 11-43, jan./abr. 2013; _____. Do estado positivo ao estado regulador: causas e consequências de mudança no modo de governança. **Revista do Serviço Público**, Brasília, 1, p. 5-36, jan./mar. 1999; CASSESE, Sabino. **A crise do estado**. Trad. Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes Editora, 2010; GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 25 e ss; MATTOS, Pedro Todescan Lessa. **O novo estado regulador no Brasil**: eficiência e legitimidade. São Paulo: Singular, 2006; GUERRA, Sérgio. Separação de poderes, executivo unitário e estado administrativo no Brasil. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 3, p. 123-152, ago. 2017.

⁹ Como anota Eli Diniz, “[r]etomou-se a tendência, impulsionada pelo pensamento autoritário hegemônico nos anos 30, a idealizar o Executivo enquanto agente das transformações necessárias à modernização do país. Assim, a ideia de reforma e de mudança seria associada ao modelo de Executivo forte, sendo o Legislativo, ao contrário, percebido como força aliada ao atraso e à defesa de interesses tradicionais.” (DINIZ, Eli. Empresariado, regime autoritário e modernização capitalista: 1964-85. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; DÁRAUJO, Maria Celina (Org.). **21 anos de regime militar**: balanços e perspectivas. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1994, p. 201).

diminuição da relevância do Congresso Nacional) e por uma forte intervenção estatal na economia,¹⁰ inclusive por meio da nacionalização de empresas.

Nesse momento vigia a Constituição de 1946 que, conquanto consagrasse a liberdade de iniciativa (art. 145, *caput*), assegurava a ampla liberdade de intervenção da União no domínio econômico, inclusive para fins de instituição de monopólios, desde que autorizada por lei especial e observados o interesse público e os direitos fundamentais (art. 146).

A política econômica do Governo Castello Branco, altamente influenciada pelo modelo desenvolvimentista, veio consubstanciada no “Programa de Ação Econômica do Governo – PAEG” (1964-1966), que acabou por dar “clara preferência à empresa nacional e manteve para o Estado o papel de agente estratégico do desenvolvimento econômico, mas teve uma relação próxima com os interesses do capitalismo financeiro e das empresas multinacionais instaladas no Brasil”.¹¹

Contudo, até a década de 1960 o Brasil não possuía uma estrutura operacional capaz de implantar as políticas econômicas previstas no PAEG, o que demandou uma profunda reforma institucional,¹² servindo como exemplos desse movimento a criação do Banco Central do Brasil, do Conselho Monetário Nacional (Lei 4.595/1964) e do Banco Nacional da Habitação (Lei 4.380/1964), além da instituição da correção monetária (Lei 4.357/1964) e a disciplina dos mercados financeiros e de capitais (Lei 4.728/65).

Foi então outorgada a Carta de 1967, que, a despeito de igualmente ter a liberdade iniciativa como um dos princípios reitores da ordem econômica (art. 157, inc. D), autorizava a intervenção estatal e o “monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no

¹⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Anotações sobre a História do Direito Econômico Brasileiro (Parte II: 1956-1964). **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 11, jul./ set. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=31155>>. Acesso em: 5 jul. 2019.

¹¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A construção política do Brasil**: sociedade, economia e estado desde a independência. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2015, p. 186-87.

¹² SKIDMORE, Thomas. **Brasil**: de Castelo a Tancredo (1964 – 1985). Trad. Mário Salviano Silva. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 71. É importante notar que, a exemplo do que ocorreria no processo de estabilização por meio da implantação do Plano Real, “[a]lém dos fundamentos (isto é, das medidas fiscais e monetárias) e da política de rendas, as reformas estruturais constituem o terceiro elemento de uma política bem-sucedida de combate à inflação. Em países menos maduros como o Brasil, este último componente adquire importância especial, pois as condições para executar as políticas convencionais de controle da demanda não estão colocadas a priori, dependendo de reformas das instituições e mudanças culturais.” (OLIVEIRA, Gesner. **Brasil real**: desafios da pós-estabilização na virada do milênio. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 1996, p. 75).

regime de competição e de liberdade de iniciativa”, desde que assegurados os direitos e garantias individuais” (§ 7º).¹³

Sobreveio, a seguir, o Programa Estratégico de Desenvolvimento (PED) do Governo Costa e Silva para o biênio 1968/1970, que tinha como um de seus fundamentos a responsabilidade estatal pela consolidação da infraestrutura, associada a um movimento de reversão da tendência de absorção de encargos pelo Estado, o que veio a ser a tônica do II Plano Nacional de Desenvolvimento (período de 1975 a 1979 – Lei 6151/1974), que realçava a necessidade de “uma nítida delimitação das funções e da dimensão do setor público, para evitar o avanço da estatização”, além da necessidade da previsibilidade da ação estatal para que houvesse “estabilidade e eficiência do sistema.”¹⁴

Contudo, mantinha-se a aposta no Estado como agente indutor do crescimento, considerando como um de seus campos de atuação direta os setores da chamada “infraestrutura econômica”, normalmente por meio de empresas públicas.

Durante a gestão do Presidente João Baptista Figueiredo vem a lume o III Plano de Desenvolvimento Nacional (referente ao período compreendido entre os anos de 1980-1985), consagrando a opção por uma economia de mercado, com a retração da atuação direta do Estado.

Considerando a tônica proposta e o recorte histórico adotado, importa perquirir como se dava a regulação da economia em geral e dos serviços públicos em particular. Um dado relevante é o de que a reforma administrativa instituída pelo Decreto-Lei 200/1967 deu nova feição à estrutura organizacional da Administração Federal, elegendo como um dos princípios fundamentais a descentralização, o que acarretou a transferência de inúmeras atribuições às empresas estatais, como ocorreu principalmente nos setores de indústria pesada e infraestrutura (siderurgia, telefonia, energia elétrica, transportes, saneamento etc.)¹⁵

O quadro resultante, todavia, mostrou-se complexo, fragmentado, com áreas decisórias superpostas e baixa capacidade de articulação, sendo constituído

¹³ Para o que aqui interessa, a EC 1/1969 consagrou idêntica previsão (art. 163, *caput*), consagrando o princípio da subsidiariedade como critério de atuação do Estado no âmbito das atividades econômicas (art. 170, *caput*, e § 1º).

¹⁴ (II PND, “modelo de mercado e funções de governo”, p. 46).

¹⁵ Além de atuarem na produção de insumos básico (combustíveis, comunicações, eletricidade), inclusive em regime de monopólio em alguns setores, as empresas estatais foram utilizadas no período como instrumentos de política econômica por meio do controle de preços e tarifas dos bens e serviços que ofereciam ao mercado, “buscando-se uma minimização dos efeitos de curto prazo dos reajustes (...) sobre o índice de preços.” (WERNECK, Rogério L. Furquim. Empresas estatais, controle de preços e contenção de importações. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, 40, p. 38, jan./mar. 1986).

resumidamente por uma instituição coordenadora, uma instituição “centro do sistema” e diversas instituições terciárias (setoriais, regionais, específicas e de apoio financeiro).¹⁶

A rigor, à instituição coordenadora competia a formulação de políticas públicas setoriais, ao passo que a atividade de regulação propriamente dita (ou seja, de implementação daquelas políticas públicas) era desempenhada por entidades intermediárias ou situadas nas franjas do sistema.¹⁷

Uma análise um pouco mais detida, contudo, indica que muitas vezes ambas as atividades se confundiam, levando a um esgarçamento das linhas de fronteira que acabava por retirar a previsibilidade da atuação estatal.

De início, coube ao Conselho Monetário Nacional atuar “como um centro de controle e absorção de incertezas vitais para o sistema econômico e para o próprio funcionamento do aparato do Estado”,¹⁸ operando como um *locus* decisório privilegiado não só em temas relacionados à “política da moeda e do crédito” (art. 2º da Lei 4.595/64), mas também “de toda a política econômica do Governo, acompanhando e quase determinando globalmente seus efeitos.”¹⁹

Sob o ponto de vista estrutural, contudo, constatou-se a inadequação do modelo, destacando Mario Simonsen que “o desempenho do Conselho Monetário Nacional durante o período 1965-1973 evidenciava ‘a solução errada para cobrir o vazio deixado

¹⁶ SUZIGAN, Wilson. Política industrial no Brasil. In: **Indústria: política, instituições e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: IPEA/INPES, 1978, p. 49-51.

¹⁷ Tratava-se da distinção feita pelos analistas econômicos entre *agências regulatórias* e *agências de planejamento*: “Enquanto as primeiras [regulatórias] teriam uma atuação mais tópica, cobrindo apenas parte do processo econômico, as segundas [de planejamento] teriam função mais ampla de integrar e compatibilizar as diversas instâncias decisórias ao longo de todo o processo de formulação da política econômica. Ademais, enquanto as agências regulatórias deliberam sobre um número restrito de instrumentos econômicos de uma mesma natureza (por exemplo, somente instrumentos de finanças públicas ou instrumentos de moeda e crédito, ou ainda instrumentos de controle direto sobre a economia), as agências de planejamento deliberam sobre um número maior e mais diversificado de instrumentos. Temos, portanto, que o nível de agregação de problemas numa agência de planejamento é bastante mais alto do que o de uma agência regulatória.” (DINIZ, Eli; BOSCHI, Renato Raul. Burocracia, clientelismo e oligopólio: o Conselho Interministerial de Preços. In: LIMA JUNIOR., Olavo Brasil de; ABRANCHES, Sérgio Henrique (Coord.). **As origens da crise: Estado autoritário e planejamento no Brasil**. Rio de Janeiro: Vértice/Revista dos Tribunais, 1987, p. 57-58).

¹⁸ LAFER, Celso. **O sistema político brasileiro**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1975, p. 84

¹⁹ Idem, p. 91. Nesse sentido, Eli Diniz aponta que o Conselho Monetário Nacional funcionava como um centro de mediação entre os interesses públicos e privados e a interlocução entre as elites técnicas e econômicas, garantindo, assim, a legitimidade do modelo econômico. E acrescenta que o CMN, “(...) além de garantir a subordinação no âmbito do governo, dos programas setoriais a um determinado padrão de acumulação, definia prioridades, contribuindo para fortalecer certos interesses econômicos em detrimento de outros (...)” (In: Empresariado, regime autoritário e modernização capitalista, op. cit., p. 209).

pelo Decreto-Lei nº 200 em matéria de coordenação econômica”,²⁰ de modo que em 1974 surge o Conselho de Desenvolvimento Econômico (CDE).²¹

Tratava-se de um órgão colegiado composto por todos os ministros da área, em cuja cúspide estava o próprio Presidente da República,²² que tinha como atribuições a decisão superior de toda política econômica e a fixação das políticas gerais e setoriais e a fixação das grandes linhas a serem seguidas pelos demais integrantes da máquina estatal.

Nesse quadro, a regulação de setores identificados como serviços públicos (telecomunicações, eletricidade, transportes, etc.) era levada a efeito por departamentos situados nos próprios ministérios (como, por exemplo, o DNAE no Ministério das Minas e Energia e o DENTEL no Ministério das Comunicações),²³ que na prática acabavam capturados pelas empresas estatais que detinham os monopólios nos setores

²⁰ *Apud* CODATO, Adriano Nervo. **Sistema estatal e política econômica no Brasil pós-64**. Op. cit., p. 87.

²¹ O Conselho de Desenvolvimento Econômico (CDE) foi criado pela Lei 6.036/1974, que, alterando o artigo 32 do Decreto-Lei 200/67, o incluiu como “órgão de assessoramento imediato do Presidente da República” (art. 1º), dotado de competência para o auxílio “na formulação da política econômica e, em especial, na coordenação das atividades dos Ministérios interessados, segundo a orientação geral definida no Plano Nacional de Desenvolvimento.” (Art. 3º). Ainda que a princípio sua atuação precípua tivesse por foco a formulação de políticas de Estado (em sentido lato, sem qualquer grau de especialização), a prática revelou que “[g]rande parte da atividade decisória do CDE girava precisamente em torno de revisões e atualizações de medidas e de regulação, genérica ou específica da sua implementação.”. Daí por que numa análise dos *inputs* decisórios do órgão, Codato localizou o controle “dos processos de criação de subsidiárias das empresas públicas e de incorporação de capital de empresas privadas, a fixação de normas para aumento de capital e utilização de incentivos fiscais pelas firmas estatais, a fixação de preços e tarifas para órgãos e entidades governamentais, o estabelecimento de limites e normas para remuneração dos dirigentes das empresas públicas etc.” (*Idem*, p. 170 e 177). Tal situação perdurou até 1977, quando, então, por força do Decreto 79.706, o controle de “ato de fixação ou reajustamento de qualquer preço ou tarifa por órgãos ou entidades da administração federal, direta ou indireta” foi atribuído ao Ministério da Fazenda (art. 1º, *caput*).

²² Essa circunstância afetava diretamente o processo decisório, a despeito da formação colegiada do órgão, pois “onde quer que tenha assento o Presidente da República, a decisão final é sempre sua, sendo intransferível a responsabilidade por ela.” (GUIMARÃES, Cesar; VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. Planejamento e centralização decisória: o Conselho Monetário Nacional e o Conselho de Desenvolvimento Econômico. In: LIMA JUNIOR., Olavo Brasil de; ABRANCHES, Sérgio Henrique (Coord.). **As origens da crise: Estado autoritário e planejamento no Brasil**. Rio de Janeiro: Vértice/Revista dos Tribunais, 1987, p. 38).

²³ Em última análise, buscava-se a concreção da regra do artigo 10, § 1º, “a”, do Decreto-Lei 200/67, segundo a qual a descentralização nos quadros da Administração Federal deveria distinguir “claramente o nível de direção do de execução”. O Conselho funcionaria, portanto, como órgão colegiado de cúpula, articulando-se, via SEPLAN, “com os órgãos setoriais do sistema de planejamento e integrantes da Secretaria-geral de cada Ministério, e com os órgãos seccionais do mesmo sistema, existentes nas entidades da administração indireta. Os órgãos da administração direta que exercem, setorialmente, função normativa e/ou coordenadora da ação empresarial do Estado, são organizados, na sua grande maioria, sob a forma colegiada (deliberação coletiva).” (WAHRLICH, Beatriz. Controle político das empresas estatais federais no Brasil: uma contribuição ao seu estudo. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, 14, p. 21, abr./jun. 1980). Ver, ainda, MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 76-77.

respectivos,²⁴ o que levava não apenas à ineficiência alocativa das tarifas (fixadas em atenção de metas macroeconômicas, de ou em descompasso com a essencialidade dos serviços prestados),²⁵ mas também à falta de controle sobre a qualidade dos serviços prestados.²⁶

E aqui não se pode esquecer do mencionado quadro de hipertrofia do Poder Executivo, que se transformou na arena de disputa e deliberação de todos os atores do mercado, em detrimento do Poder Legislativo.

Em vista disso, o processo decisório era marcado por grande opacidade (no sentido de que a publicidade das deliberações era restrita aos efetivos participantes do processo e passava pelo filtro de complexas estruturas administrativas intermediárias) e especificidade, pois levava em conta as necessidades dos diretamente interessados ou as peculiaridades do caso concreto, contribuindo para casuísmos e inconsistências conjunturais, de modo a inviabilizar uma atuação estatal uniforme num dado segmento econômico.

O que se tinha, portanto, era um panorama resultante da conjugação de vetores que operavam em sentidos colidentes, ou seja, a expansão do Estado na área econômica se dava por meio de “um movimento integrado tanto por *forças centrípetas* (concentração de recursos financeiros e decisões normativas ao nível do Governo Federal) como por *forças centrífugas* (agências relativamente independentes e/ou dotadas de autonomia relativa para alocação desses recursos e aplicação dessas decisões).”²⁷

É esse, em traços muito amplos, o quadro existente no Brasil desde o início do Governo Militar até o momento de reabertura democrática, do qual se extraem as

²⁴ Wahrlich aponta a insuficiência do controle que era exercido pelas entidades empresariais do Estado por meio da supervisão ministerial: “A magnitude da entidade supervisionada influencia inversamente a ação de controle que sobre ela se exerce a título de supervisão ministerial. Em outras palavras, quanto maior a empresa, menos controle sobre ela é exercido, a nível ministerial, havendo inclusive a tendência à sua articulação direta com a presidência da República.” (Idem, p. 25). Na mesma linha, Fernando Rezende realça o controle setorial que as empresas federais exerciam sobre um dado segmento: “Assim é que a produção de energia elétrica, de serviços de telecomunicações e outros importantes setores da atividade empresarial do Governo passaram a constituir sistemas unificados, com grandes *holdings* federais controlando a política nacional e as ações das subsidiárias federais e estaduais do setor.” (REZENDE, Fernando. O crescimento (descontrolado) da intervenção governamental na economia brasileira. In: LIMA JUNIOR., Olavo Brasil de; ABRANCHES, Sérgio Henrique (Coord.). **As origens da crise: Estado autoritário e planejamento no Brasil**. Rio de Janeiro: Vértice/Revista dos Tribunais, 1987, p. 223).

²⁵ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Estado e subdesenvolvimento industrializado: esboço de uma economia política periférica**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1977, p. 162-163.

²⁶ PINHEIRO, Armando Castelar. **Regulatory Reform in Brazilian Infrastructure: Where Do We Stand?** Rio de Janeiro: Ipea, 2002, Texto para discussão nº 964, p. 1.

²⁷ MARTINS, Luciano. **Estado capitalista e burocracia no Brasil pós 64**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985, p. 43. (Os grifos são nossos).

seguintes características: 1) a atuação direta do Estado na economia como regra geral; 2) a profunda concentração do poder no âmbito do Executivo, causando não apenas a superposição de órgãos e instâncias decisórias (o que favorecia a captura por parte de interesses setoriais), mas também um cenário de ineficiência, potencializado pelo recrutamento de quadros com base em “nomeações políticas, inspiradas em critérios alheios à competência técnica e bastante vulneráveis a mudanças no topo da administração (...),”²⁸ e 3) o baixo nível de participação da sociedade na formação e na execução das políticas públicas.

2.3 O MOVIMENTO DE DESESTATIZAÇÃO²⁹

A reabertura democrática (1985) veio acompanhada de quadros recessivos e inflacionários crônicos, que ensejaram uma sucessão de medidas de controle econômico (Planos Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e II).

Em razão disso, o Estado se tornou incapaz de manter uma postura desenvolvimentista, já que não havia recursos para manutenção e ampliação das redes de infraestrutura e para a prestação de serviços públicos de acordo com parâmetros uniformes.

De resto, a partir da década de 80 do século passado, propagava-se em nível mundial uma onda desestatizante,³⁰ que pregava a diminuição do tamanho do Estado, o

²⁸ DINIZ, Eli, **Crise, reforma do Estado e governabilidade**: Brasil, 1985-95. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997, p. 18.

²⁹ O termo desestatização é utilizado no sentido de “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. **Direito administrativo da economia**. 3. ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 147). Para fins desta exposição, no entanto, serão utilizados indistintamente os termos desestatização e privatização, no sentido de “transferir da esfera jurídico-pública para a esfera jurídico-privada a titularidade e/ou o direito de exploração/gestão de meios de produção.” (OTERO, Paulo. **Privatizações, reprivatizações e transferência de participações sociais no interior do sector público**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 14).

³⁰ Trata-se de um movimento que preconizava a drástica redução do papel do Estado na economia, por meio de medidas da privatização e desregulamentação, que acabou por se estender aos países em desenvolvimento. A experiência, contudo, demonstrou a insuficiência do modelo binário “Estado x Mercado”, dando origem a uma “terceira via”, que preconizava: 1) a reforma e diminuição do Estado (“Um Estado sobrecarregado e burocrático não é apenas pouco propenso a prestar bons serviços públicos; é também disfuncional para a prosperidade econômica.”); 2) a atuação conjunta e controlada do Mercado e do Estado (“O Estado não deve dominar nem o mercado, nem a sociedade civil, embora precise regular e intervir em ambos”); 3) A priorização do papel da sociedade civil (“Sem uma sociedade civil desenvolvida, não pode haver nem um governo em bom funcionamento nem um sistema de mercado efetivo.”); 4) A formação de um novo contrato social, calcado não apenas em direitos, mas também em responsabilidades. (GIDDENS, Anthony. Introdução. In: ____ (Org.). **O debate global sobre a terceira**

que veio ao encontro de um sentimento contrário ao intervencionismo estatal já existente entre as elites comerciais e industriais no Brasil desde 1970.³¹ Calha, nesse sentido, trazer à colação uma conhecida passagem da obra de Bresser Pereira:

Na realização das atividades exclusivas de Estado e principalmente no oferecimento dos serviços sociais de educação e saúde, a administração pública burocrática, que se revelara efetiva em combater a corrupção e o nepotismo no pequeno Estado Liberal, demonstrava agora ser ineficiente e incapaz de atender com qualidade as demandas dos cidadãos-clientes no grande Estado Social do século vinte, tornando necessária sua substituição por uma administração pública gerencial. Em consequência seja da captura do Estado por interesses privados, seja da ineficiência de sua administração, seja do desequilíbrio entre as demandas da população e sua capacidade de atendê-las, o Estado foi entrando em crise fiscal - uma crise fiscal que, em um primeiro momento, no início dos anos 80, apareceu sob a forma da crise da dívida externa. Na medida em que o Estado via sua poupança pública tornar-se negativa, perdia autonomia financeira e se imobilizava. Suas limitações gerenciais apareciam com mais nitidez. A crise de governança, que no limite se expressava em episódios hiperinflacionários, tornava-se total: o Estado, de agente do desenvolvimento, se transformava em seu obstáculo.³²

Dessa forma, uma das soluções alvitradas para superar a crise fiscal foi a transferência de bens, ativos e encargos à sociedade privada, o que contribuiria para a redução dos estoques da dívida pública, possibilitaria a retomada de investimentos em infraestrutura e atrairia capitais estrangeiros de longo prazo.³³

Os primeiros passos nessa direção foram dados ainda durante o último governo militar, consistindo basicamente na “reprivatização”, ou seja, no “retorno ao setor privado de empresas que haviam sido absorvidas em estado falimentar.”³⁴

via. Trad. Roger Maioli dos Santos. São Paulo: Editora Unesp, 2007, p. 23-26). Assim, mercado e governo passaram a ser compreendidos como instituições complementares, cabendo ao setor público “supervisionar o jogo econômico, estabelecendo certas regras e intervindo de maneira permanente para amortecer tensões, compor conflitos, assegurar a manutenção de um equilíbrio do conjunto; pela regulação, o Estado não se põe mais como ator mas como árbitro do processo econômico, limitando-se a enquadrar a atuação dos operadores e se esforçando para harmonizar suas ações.” (CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Op. cit., p. 73).

³¹ DINIZ, Eli, **Crise, reforma do estado e governabilidade**, op. cit. p. 13.

³² PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Cadernos MARE, v. 1. Brasília: 1997, p. 13-14. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.Org.br/documents/MARE/CadernosMare/CADERNO01.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

³³ OLIVEIRA, Gesner. **Brasil real: desafios da pós-estabilização na virada do milênio**. Op. cit., p. 88.

³⁴ Idem, p. 90. O Decreto 86.215, de 15 de julho de 1981, atribuiu à Secretaria de Planejamento da Presidência da República e aos Ministérios da Fazenda e da Desburocratização o encargo de “dirigir, supervisionar e acelerar o processo de transferência de controle, transformação ou desativação de empresas controladas pelo Governo Federal” (art. 1º, *caput*). O foco das iniciativas desestatizantes recairia sobre “empresas privadas que, tendo sido criadas pelo setor privado, passaram posteriormente para o controle direto ou indireto da União, em decorrência de inadimplência de obrigações”; “empresas instituídas pelo Poder Público que não mais devam permanecer sob o controle e direção do Governo Federal, por já existir, sob controle nacional, setor privado suficientemente desenvolvido e em condições de exercer as atividades que lhes foram atribuídas”, e “subsidiárias das empresas instituídas ou controladas direta ou indiretamente pela União, cuja existência não seja indispensável à execução dos objetivos essenciais da empresa controladora e importe em desnecessária ou injusta competição com as empresas privadas nacionais.” (art. 3º). Após o processo de redemocratização, veio a lume o Decreto

Com o advento da Constituição da República de 1988, o papel reservado ao Estado na seara econômica passou a ser o de “agente normativo e regulador” (art. 174), sendo cabível a exploração direta de atividades econômicas apenas para atender “imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo” (art. 173, *caput*), ou em caso de monopólios outorgados à União.

Mais adiante, as Emendas Constitucionais 5, 6, 7, 8 e 9/1995 trouxeram alterações estruturais relevantes, como a possibilidade de prestação de serviços de telefonia por particulares e a criação de um órgão regulador para o setor, a flexibilização do monopólio estatal sobre as atividades petrolíferas (com expressa menção ao “órgão regulador do monopólio da União”), e a exclusão do conceito de empresa estatal.

Dando continuidade ao projeto de reforma do Estado, a Lei 9.491/1997 ratificou as linhas do Programa Nacional de Desestatização (instituído inicialmente pela Lei 8.031/1990), fixando como objetivos a reordenação da atuação estatal na economia, mediante a transferência “à iniciativa privada de atividades indevidamente exploradas pelo setor público”, a redução da dívida pública, a retomada de investimentos em setores até então ocupados pelo Estado, e a “modernização da infraestrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia” (art. 1º).³⁵

O que se teve, portanto, de 1986 a 2002 foi um amplo movimento de alienação de bens e direitos de controle acionário titularizados por entidades estatais, bem como de transferência da execução de serviços públicos aos privados, circunstância que acabou demandando a criação de novas entidades capazes de orientar essa nova fase da atuação do Estado na economia.

Daí se vê, portanto, que a privatização e a regulação são duas faces de uma mesma moeda, uma vez que a substituição da gestão estatal pressupõe a constante

95.886, de 29 de março de 1988, que instituiu o Programa Federal de Desestatização, visando, dentre outros objetivos, “transferir para a iniciativa privada atividades econômicas exploradas pelo setor público”, “estimular os mecanismos competitivos de mercado mediante a desregulamentação da atividade econômica”, “proceder à execução indireta de serviços públicos por meio de concessão ou permissão”, e “promover a privatização de atividades econômicas exploradas, com exclusividade, por empresas estatais, ressalvados os monopólios constitucionais” (art. 1º, incs. I e VI a VIII). Nota-se, ademais, que houve uma ampliação do escopo do projeto de desestatização (art. 3º), que teria “por objeto empresas de cujo capital participe a União, direta ou indiretamente”, por meio de uma ampla variedade de formas operacionais (alienação da participação acionária, dissolução de empresas, inclusive de seu controle; abertura de capital, alienação, arrendamento, etc.).

³⁵ As iniciativas desestatizantes tiveram prosseguimento do âmbito legislativo por meio do Programa de Parcerias e Investimentos (PPI) instituído pela Lei 13.334/2016. Para uma visão genérica do PPI, ver, de nossa autoria, DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. O Programa de Parceria de Investimentos (PPI) e o papel do Estado na economia. **Revista de Direito Público da Economia (RDPE)**, Belo Horizonte, ano 15, n. 57, p. 191-204, jan./mar. 2017.

supervisão do poder público, não apenas para garantir a qualidade e a continuidade da prestação, a modicidade das tarifas, e a universalidade do atendimento, mas também para assegurar a concorrência entre os novos *players*.

Como anota Stiglitz, “[o]u o governo ajuda a proporcionar infraestrutura, ou oferece a estrutura regulamentar que assegure a provisão privada de infraestrutura a preços razoáveis”, sob pena de a privatização converter “um monopólio estatal em um monopólio privado.”³⁶

2.4. AS AGÊNCIAS REGULADORAS

2.4.1. À guisa de apresentação

As agências reguladoras, que assumiram a roupagem de autarquias especiais, representaram uma nova racionalidade no relacionamento entre o Estado e a economia. Não exatamente em virtude da atividade de regulação estatal da economia (que sempre existiu entre nós), mas sim pela transferência de seu desempenho a órgãos dotados de autonomia administrativa, técnica e financeira, cuja composição deve levar em conta critérios de *expertise* e competência. Ou seja, seguindo os trilhos de uma reforma gerencial, o que se pretendeu foi resguardar as atividades regulatórias de pressões político-partidárias e das forças do mercado.

A instituição das agências reguladoras representaria a concreção do binômio centralização governamental/descentralização administrativa, na medida em que as políticas públicas de cada setor relevante seriam fixados pelos Poderes competentes (Legislativo e Executivo), enquanto que às agências caberia a consecução desses objetivos, por meio do exercício, “*de maneira exclusiva, [de] uma atividade gerencial e fiscalizatória que, tradicionalmente no Brasil, sempre correspondeu à Administração direta, enquanto cedente dos serviços públicos por meio de permissões e concessões.*”³⁷

Assim, Leila Cuéllar esclarece que a instituição das agências reguladoras significou uma nova visão estrutural de longo prazo, destacando que “[e]ssa

³⁶ STIGLITZ, Joseph. Uma agenda para o desenvolvimento no Século XXI. In: GIDDENS, Anthony (Org.). **O debate global sobre a terceira via**. Op. cit., p. 482-485. No mesmo sentido: “Normalmente, a privatização como venda de ativos do Estado é acompanhada pela quebra de monopólio – liberalização –, a fim de que um monopólio público não se transforme em monopólio privado. Também chamada abertura à concorrência, a liberalização consiste em limitar o campo do monopólio.” (DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 113).

³⁷ MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. Op. cit., p. 19 e 21 (destaques no original).

modificação estrutural exige o desenvolvimento de uma racionalidade analítica compatível, que permita aos operadores do Direito uma compreensão adequada de sua intensidade e extensão”.³⁸

O que releva assinalar é que as agências reguladoras acabaram por dar maior publicidade ao que antes era realizado intramuros, pois enquanto o Estado atuava na realização de certas atividades (diretamente ou por meio de empresas públicas), “estas funções não tinham visibilidade e, a rigor, não eram eficientemente realizadas”.³⁹

2.4.2 O regime jurídico das agências reguladoras – linhas gerais

Como destacado acima, as agências surgiram entre nós com as Emendas Constitucionais nº 8 e 9 de 1995, que previram, respectivamente, a criação de órgãos reguladores para os setores de telefonia e petróleo.

A partir daí as várias agências surgiram por atuação do legislador ordinário, o que originou um sistema complexo e fracionado, cuja nota comum, contudo, deveria levar à concreção daquele atributo que permitiria adjetivar essas novas autarquias de especiais: a *autonomia*,⁴⁰ que garantiria uma atuação imparcial, voltada ao diálogo e à participação, norteadas por objetivos adremente definidos, sem os influxos cambiantes que são próprios da arena política ou da dinâmica de mercado.⁴¹

E a autonomia se reflete em dois aspectos preponderantes: escolha e estabilidade de seus quadros e processo de tomada de decisões. Assentada a premissa, e independentemente da ampla produção teórica sobre o tema, importa examinar o desenho institucional a que as agências foram submetidas no sistema brasileiro,

³⁸ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 32.

³⁹ BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras... Op. cit., p. 68. No mesmo sentido, Vital Moreira e Fernanda Maçãs descrevem a realidade portuguesa anterior com cores que podem ser usadas para retratar o que ocorria no Brasil: “No âmbito dos serviços públicos tradicionais (água, electricidade, transportes públicos, correios e telecomunicações, etc.), a Administração apresentava-se como titular ou gestora desses serviços e, ao mesmo tempo, frequentemente exercia também as funções de regulação das actividades privadas complementares ou adjacentes. O quadro organizatório institucional girava em torno de operadores públicos que, quase sempre em situação de monopólio, acumulavam as funções de proprietários e produtores com a de regulação e ordenação dos mercados.” (MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. **Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de lei-quadro**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 11).

⁴⁰ Segundo Marçal Justen Filho, a “solução jurídica acerca da *autonomia* reflete um modelo de partilha de poder tal como idealmente almejado pela sociedade” (In: **O direito das agências reguladoras independentes**. Op. cit., p. 398). Neste trabalho, o signo *autonomia* será empregado no sentido de uma margem legalmente atribuída às agências reguladoras para se auto organizarem e para desempenharem suas funções num quadro de influxos externos previamente determinados.

⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: _____. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 24.

inclusive porque aí reside uma das justificativas do abrandamento da intensidade do controle judicial sobre os órgãos reguladores.

Considerados os objetivos propostos, a autonomia será desdobrada nos aspectos *organizacional* (que diz respeito com a estruturação de seus quadros) e *funcional* (que trata do exercício de suas missões institucionais e de suas limitações), ficando assinalado, contudo, que a divisão tem cunho eminentemente didático, pois os referidos componentes integram um todo unitário e incindível.⁴²

2.4.2.1 Autonomia organizacional

Sob a ideia de autonomia organizacional está o próprio fundamento da instituição das agências reguladoras, pois, se a lógica subjacente ao novo modelo de Estado foi a transferência de uma ampla gama de atividades ao mercado, competindo ao setor público garantir a segurança, a estabilidade e a eficiência da atuação dos privados,⁴³ houve a necessidade de estruturas neutras, apartadas da esfera governamental, dotadas de conhecimento específico sobre aquelas áreas em que a gestão direta foi substituída pela supervisão.

E o primeiro passo no sentido de um regime unificado veio com a Lei 9.986/2000, que tratou da “gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras”, criando uma estrutura de empregos públicos e cargos comissionados (inclusive com a possibilidade de requisição de servidores de órgãos e entidades integrantes da administração pública), e, o que é mais importante, fixando atuação das agências sob um regime de colegialidade, por meio de Conselhos Diretores (art. 4º), cujos integrantes (presidente e conselheiros) deveriam ser “brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade” (art. 5º), escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados após aprovação do Senado Federal (CR, art. 52, inc. III, “f”), que só perderiam seus mandatos por força de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou condenação em processo administrativo disciplinar (art. 9º).

⁴² Embora não se desconheça a relevância da autonomia financeira para concreção dos objetivos institucionais das agências, bem como a situação de contingenciamento decorrente da aplicação do “princípio da unidade orçamentária”, o tema extrapola os limites deste trabalho. A propósito: JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. **Revista Estudos Institucionais**, vol. 3, 1, 2017, p. 180-209; PRADO, Mariana Mota. O contrato e o plano de gestão no projeto de Lei 3.337/04: controle desejável e justificado ou influência política indevida? **Revista de Direito Público da Economia**, 22, versão digital, abr./jun. 2008. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/140/20801/32509>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

⁴³ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Op. cit., p. 79.

Os mandatos teriam prazos fixos e não coincidentes, conforme definido pelas leis de criação das agências (arts. 6º e 7º), havendo a previsão de um período de quatro meses (contados da exoneração ou do término do mandato) durante o qual “[o] ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência” (art. 8º).⁴⁴

Esse regime veio a ser complementado pela Lei 10.871/2004, que, à partida, positivou o enquadramento das agências reguladoras como “autarquias especiais” (art. 1º),⁴⁵ dotadas de corpos funcionais estruturados em dois níveis: o primeiro, de níveis superiores, compostos por “especialistas em regulação” setorial, cujas atribuições compreendem a elaboração de normas, a formulação de planos, programas e projetos, a coordenação e fiscalização de ações de fiscalização de alta complexidade, além da execução de outras “atividades finalísticas” relativas ao setor regulado (art. 2º); o segundo, de nível intermediário, voltado preponderantemente ao desempenho de atividades operacionais de fiscalização e orientação dos mercados (art. 3º).

Além disso, estabeleceu que às agências compete administrar seus cargos efetivos e comissionados, definir as atribuições de cada cargo, além de “implementar programa permanente de capacitação, treinamento e desenvolvimento destinado a assegurar a profissionalização” de seus quadros (art. 13, incs. I, II e IV).

O acesso aos cargos efetivos de especialistas e técnicos em regulação pressupõe a aprovação em concursos públicos de provas e títulos, e, em alguns casos, a frequência a cursos de formação específica (art. 14, *caput*, e § 6º, com redação dada pela Lei 11.292/2006).

É nítida a preocupação com a capacitação e o aperfeiçoamento dos servidores no âmbito das agências, cuja progressão na carreira deve observar a “sistemática da avaliação de desempenho, capacitação e qualificação funcionais” (art. 10, § 1º).

Essas medidas, a despeito de relevantes, foram insuficientes para garantia da autonomia administrativa das agências, sobretudo em razão da observância de critérios preponderantemente políticos para a escolha de seus dirigentes.

⁴⁴ Esse período de “quarentena” é estendido de forma variável para cada uma das agências. Assim, no caso da Anatel, “[a]té um ano após deixar o cargo, é vedado ao ex-conselheiro representar qualquer pessoa ou interesse perante a Agência.” (art. 30 da Lei 9.472/1997). Por outro lado, “[o] ex-dirigente da ANEEL continuará vinculado à autarquia nos doze meses seguintes ao exercício do cargo, durante os quais estará impedido de prestar, direta ou indiretamente, independentemente da forma ou natureza do contrato, qualquer tipo de serviço às empresas sob sua regulamentação ou fiscalização, inclusive controladas, coligadas ou subsidiárias.” (art. 9º da Lei 9.427/1996).

⁴⁵ Esse aspecto já constava das diversas leis setoriais, como se vê, por exemplo, do artigo 8º, § 1º, da Lei 9.472/1997 (Anatel).

Com efeito, um estudo empírico conduzido pela Fundação Getúlio Vargas (Escola de Direito SP) examinou o processo de nomeação dos quadros de direção de 18 Agências Reguladoras federais e estaduais, constatando que “apenas 58% têm trajetória profissional conexas com a função de dirigente da Agência Reguladora”, não conseguindo aferir a pertinência entre a formação complementar (pós-graduação) com a área específica da regulação, dado que pode ser complementado pela circunstância de que apenas 33% dos dirigentes haviam publicado trabalhos acadêmicos no momento da nomeação para os cargos (dos quais apenas 28% na área específica de atuação da Agência).⁴⁶

Por outro lado, o estudo apurou a demora nas indicações dos dirigentes (de seis meses, em média), favorecendo nomeações em bloco e acarretando situações de paralisia decisória em virtude da inviabilidade de obtenção de quóruns de instalação das reuniões dos colegiados.⁴⁷

Com o intuito de aperfeiçoar o panorama existente, veio a lume a Lei 13.848/2018, que “dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras”, que principia por arrolar quais são as onze agências reguladoras existentes, ratificando sua classificação como “autarquias especiais” (art. 2º, *caput* e parágrafo único).

O artigo 3º cuidou de positivar os atributos gerais que conferem o atributo de especialidade aos entes autárquicos: a) ausência de tutela ou subordinação hierárquica; b) autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira; c) investidura a termo de seus dirigentes; d) mandatos estáveis.

Por outro lado, a nova lei imprimiu alterações ao modelo organizacional desenhado pela Lei 9.986/2000, na tentativa de restringir a incidência de critérios políticos na indicação dos dirigentes dos órgãos reguladores.

Reafirmado o primado da colegialidade, ficou assentado que os órgãos máximos das agências são os seus Conselhos Diretores (ou Diretorias Colegiadas), formados por até quatro conselheiros e um presidente, que terão mandatos não coincidentes, “de modo que, sempre que possível, a cada ano, ocorra o término de um mandato e uma consequente nova indicação.” (art. 4º, *caput*, e § 1º).

⁴⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur; PALMA, Juliana Bonacorsi de; DUTRA, Pedro. **Processo de nomeação de dirigentes das agências reguladoras: uma Análise Descritiva**. 2016, p. 4-6. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/GRP_arquivos/sumario_executivo_grp_-_pep_01.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2019.

⁴⁷ Idem, p. 7 e 12-15.

E para desestimular nomeações em bloco, “os mandatos que não forem providos no mesmo ano em que ocorrer sua vacância terão a duração reduzida, a fim de viabilizar a observância à regra de não coincidência” (art. 4º, § 2º).

Para evitar soluções de continuidade na atividade regulatória, o artigo 10 previu a criação de uma “lista de substituição”, de caráter tríplice, formados por servidores das próprias agências (“ocupantes dos cargos de Superintendente, Gerente-Geral ou equivalente hierárquico”), indicados pelo Conselho Diretor respectivo, que são escolhidos e designados pelo Presidente da República.

O exercício da substituição deverá observar “a ordem de precedência constante do ato de designação”, permanecendo cada servidor em lista por até dois anos, havendo possibilidade de nova indicação após o mesmo interregno de afastamento (§ 4º). Vagando mais de um cargo, os substitutos serão chamados na ordem de designação, instituído o sistema de rodízio (§ 6º), perdurando cada período de substituição por no máximo 180 dias, quando então um novo substituto deverá ser convocado.

Na hipótese de não haver indicações até o termo indicado no § 3º, a substituição será exercida automaticamente pelo superintendente da agência ou pelo titular de cargo equivalente com mais tempo no exercício da função.

Os prazos dos mandatos foram unificados em cinco anos (art. 6º, *caput*), admitida a recondução apenas na hipótese de vacância no curso do mandato, se o prazo remanescente for igual ou inferior a dois anos (art. 5º, § 7º).

Além disso, os prazos dos mandatos se iniciam “imediatamente após o término do mandato anterior, independentemente da data de indicação, aprovação ou posse do membro do colegiado” (art. 5º, § 8º), o que reduz os incentivos para que as escolhas sejam sobrestadas por razões alheias ao bom funcionamento da agência.⁴⁸

Os artigos 49 e 50 da Lei 13.848/2019 trazem regras de transição entre os diversos modelos setoriais e um critério unificador: ficam mantidos os mandatos dos dirigentes anteriormente nomeados, mas, a partir de sua entrada em vigor, havendo vacâncias simultâneas nos cargos, a duração dos mandatos será variável, de acordo com a quantidade daqueles que se encerrarem num mesmo ano. E as reconduções ficaram limitadas a uma única vez, apenas para os de menor duração (sempre os de dois anos).

⁴⁸ A propósito: TÜRNER, Claudia; PRADO, Mariana. A democracia e o seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF. **Revista de Direito Administrativo**, 250, p. 27-74, jan. 2009.

A fim de dar concreção à exigência de “notório conhecimento no campo de sua especialidade” (art. 5º, *caput*), os dirigentes (presidente e conselheiros) deverão atender cumulativamente requisitos de experiência profissional “no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexas” (inc. I) e de formação acadêmica em área “compatível com o cargo” (inciso II).

Também houve uniformização do regime de impedimentos, constando como regra geral que ao dirigente da agência (conselheiro ou presidente) é vedada a prática de quaisquer atividades ou a prestação de serviços no setor regulado nos seis meses após o término do mandato (art. 8º, *caput*), sob pena de incorrer nas sanções do delito de advocacia administrativa (§ 4º), ficando-lhe assegurada uma “remuneração compensatória” equivalente à do cargo que ocupava (§ 2º).

Por força do artigo 8º-B, e a exemplo do que ocorre com a carreira da magistratura, os conselheiros não podem receber qualquer tipo remuneração que não provenha de seus vencimentos, e nem exercer outras atividades (profissionais e político-partidárias), ressalvado o magistério (e desde que haja compatibilidade de horários).

Da mesma forma, não podem participar de sociedades simples ou empresárias “na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, membro de conselho de administração ou conselho fiscal, preposto ou mandatário”, e não podem estar em situações de conflito de interesse, assim entendido como o “confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública” (art. 3º, inc. I, da Lei 12.813/2013). A inobservância de quaisquer das vedações acima constitui causa autônoma de perda de mandato (art. 9º, inc. III).

Pelo artigo 8º-A ficou proibida a indicação para o Conselho Diretor de pessoas relacionadas a certas atividades políticas, sindicais ou que tenham atuação no setor regulado, bem como aos respectivos parentes (consanguíneos ou afins, até o terceiro grau)

Verifica-se, portanto, que os recentes ajustes legislativos a que se submeteu o regime funcional das agências reguladoras são potencialmente capazes de debelar os problemas relacionados às vacâncias prolongadas e à *expertise* de seus quadros.

Contudo, é necessário que os procedimentos de arguição pública e de aprovação prévia desenvolvidos pelo Senado Federal sejam eficazes na seleção dos candidatos, barrando indicações orientadas por critérios exclusivamente políticos, pois a existência

de outras salvaguardas jurídicas é insuficiente se os reguladores não estiveram à altura dos desafios impostos por esse novo modelo.

2.4.2.2 Autonomia funcional

As agências reguladoras desempenham um amplo plexo de atividades, que abrangem a edição de atos normativos, a emissão de outorgas, a resolução de controvérsias, a fiscalização dos operadores, a aplicação de sanções, a coleta de danos e a equalização de interesses contrapostos.

Como destaca Floriano Marques Neto, a atuação das agências é finalisticamente orientada à obtenção do *equilíbrio* de um determinado setor, razão pela qual devem possuir “competências e instrumentos amplos e efetivos”⁴⁹ para atingir as finalidades estatuídas nas diversas leis de regência.

No exercício dessas atribuições, as agências são autarquias de “natureza especial”, que se caracterizam pela “autonomia decisória” e pela ausência de tutela e de subordinação hierárquica (arts. 2º, parágrafo único, e 3º, *caput*, da Lei 13.848/2019).

Quanto à inexistência de vinculação hierárquica, o dispositivo não trouxe propriamente inovação, pois, sendo as autarquias dotadas de personalidade jurídica própria (art. 5º, inc. I, do DL 200/67), a existência de uma área de livre atuação decorre diretamente da lei que a instituiu, pelo que “não são *subordinadas* a órgão algum do Estado, mas apenas *controladas* (...).”⁵⁰

A novidade está na menção à ausência de *tutela*, instituto relacionado à “fiscalização que um órgão central exerce sobre uma pessoa jurídica administrativa descentralizada, dotada de poder próprio de decisão em matéria específica. Abrange controle de legalidade e de mérito.”⁵¹

No sistema do Decreto-Lei 200/1967, a tutela se corporifica na supervisão ministerial (art. 19), que busca, dentre outras finalidades, harmonizar a atuação da

⁴⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 48-49. O equilíbrio é aqui compreendido como “a mediação, sopesamento e interlocução entre os vários interesses existentes no setor regulado” (Idem, p. 49).

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 161.

⁵¹ MEDAUAR, Odete. **Controle administrativo das autarquias**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 49-50. Em sentido parcialmente diverso, Edmir Araújo sustenta que o fundamento da tutela é o controle da legalidade, razão pela qual “o *mérito* (conveniência e oportunidade) também pode entrar em foco, embora mais excepcionalmente, pois o controle autárquico tutelar é *finalístico* e não pontual (...).” (ARAÚJO, Edmir Netto de. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 47).

entidade com os programas de governo e assegurar a eficiência administrativa (art. 26, II e III).

Ocorre que, havendo disposição específica excluindo as agências reguladoras da submissão à tutela (que é poder condicionado, cujo exercício se dá na forma e nos limites da lei),⁵² não incide na espécie a sistemática da supervisão ministerial, por força do artigo 2º, § 1º, da LINDB.

A par da ausência de tutela, a “autonomia decisória” das agências se traduz do desempenho de “suas atribuições regulatórias (em síntese, normatização, orientação e sancionamento) de forma autônoma, sem qualquer ingerência externa, por parte do Poder Executivo ou dos demais poderes”, de onde deriva a definitividade de suas decisões na esfera administrativa.^{53, 54}

Daí decorre que, por ter a Lei 13.848/2019 positivado esse aspecto, não subsiste a possibilidade de “recurso administrativo hierárquico impróprio” para fins de revisão das agências pelos Ministérios aos quais estão vinculadas.⁵⁵

E a autonomia decisória assegurada por lei se concretiza por meio de um atuar democrático dos reguladores, tanto sob o aspecto estático (de respeito à legalidade)

⁵² MEDAUAR, Odete. **Controle administrativo...**, op. cit., p. 76; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 399.

⁵³ CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Op. cit., p. 94-95. No mesmo sentido, Di Pietro sustenta que as decisões das agências “não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estranhas ao próprio órgão.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit., p. 396).

⁵⁴ Registra-se que o referido atributo é classificado por muitos autores como sendo “independência funcional” (ver, por todos, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes**, op. cit. p. 67 e ss; e CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**, op. cit., p. 94-95). Optou-se, todavia, pela utilização do vocábulo “autonomia” não apenas por ser o empregado pela legislação de regência, mas também porque o termo tem um aspecto relacional, identificando a forma de atuação em relação a outros entes da Administração Pública e aos privados (gestores das atividades reguladas e consumidores), sem, contudo, conotar a insubmissão a mecanismos de controle. Assim é que Marçal Justen Filho destaca que a especialidade do regime autárquico nos casos das agências se dá justamente por uma margem diferenciada de autonomia, de modo que “(...) os atos da agência reguladora independente não se sujeitam à revisão por autoridade integrante da Administração direta, mas apenas perante o Poder Judiciário.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 668-669).

⁵⁵ Por meio do Parecer nº AC-51, o Consultor-Geral da União submeteu à aprovação do Advogado-Geral da União o Parecer AGU/MS 04/2006 (proferido no Processo nº 50000.029371/2004-83, do Ministério dos Transportes), sufragando a tese de que “[e]stão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta.”. O parecer foi aprovado pelo Presidente da República em 23.06.2006, tornando vinculante no âmbito da Administração Federal, nos termos do artigo 40, § 1º, da Lei Complementar 73/1993. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8453>>. Acesso em: 20 dez. 2019.

quanto dinâmico (que decorre de uma atuação processualizada e da viabilidade de participação social).⁵⁶

Ou seja, o processo surge como um dos instrumentos que não apenas legitima a atuação dos órgãos reguladores (na perspectiva de que garante uma atuação previsível, neutra, transparente e motivada), mas também resguarda a esfera jurídica dos privados (regulados e consumidores), como destaca Egon Moreira:

No âmbito das agências reguladoras, a solução proposta tem sido basicamente a combinação da especialidade técnica com a processualização de suas decisões normativas. Os provimentos administrativos das autoridades independentes devem reger-se pela *accountability*: transparência, participação, informação, justificação e prestação de contas aos interessados (com responsabilização das autoridades públicas).⁵⁷

E foram esses os valores plasmados na Lei 13.848/2018, que consagrou capítulos específicos ao “processo decisório das agências reguladoras”, à prestação de contas e ao controle social, a serem examinados com mais detenção a seguir.

⁵⁶ Tomo como referência as ideias desenvolvidas por Egon Bockmann Moreira no artigo "Existe espaço para o direito administrativo na 'democracia de desconfiança'" (disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/egon-bockmann-moreira/existe-espaco-para-o-direito-administrativo-na-democracia-de-desconfianca/>>. Acesso em: 20.12.2019. Se o fundamento da regulação é justamente a necessidade de garantir a gestão adequada e eficiente daquelas atividades de relevância social cuja execução foi transferida ao mercado (podemos lembrar aqui das “obrigações de serviço público”), o processo é justamente o veículo que viabiliza a participação dos cidadãos na formação da vontade estatal num Estado Democrático de Direito, tornando previsível e sindicável o exercício do poder. Assim, de um mero encadeamento de atos previamente definidos, o processo passa a ser visto como “instrumento de participação, proteção e garantia de direitos.” (MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015. 5. ed., atual., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 74).

⁵⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e ‘elaboração processual de normas’. In: CUÉLLAR, Leila; _____. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 186.

3. SEPARAÇÃO DE PODERES E CONTROLE

*A história da liberdade do cidadão é uma história da restrição e do controle do poder do Estado.*⁵⁸

3.1 OBJETIVO

Como visto no capítulo anterior, a Constituição da República consagrou um modelo de Estado Regulador, instituindo autarquias que operam sob um regime jurídico diferenciado, com um reforçado nível de autonomia.

Ainda que situadas estruturalmente no âmbito do Poder Executivo, a diversidade de suas atribuições (*quase-executivas, quase-legislativas e quase-judiciais*) recomenda o exame de seu posicionamento à luz do princípio da separação de poderes, constitutivo do próprio Estado de Direito.

É importante notar que as questões não se revestem de novidade, pois, já na década de 50 do século passado, Bilac Pinto apontava a insuficiência do modelo tripartite em razão do crescente aumento da quantidade e da complexidade dos encargos públicos, destacando que “[o]s desvios mais reiterados, insistentes e inevitáveis do princípio passaram a ser a delegação legislativa e a outorga de funções jurisdicionais a agências administrativas.”⁵⁹

É preciso assinalar, contudo, que a clássica visão de divisão do poder estatal não serve a elucidar a extensão do preceito, que deve ser construída sistematicamente, a partir da integralidade do texto constitucional. Como adverte Nuno Piçarra, “o princípio constitucional da separação de poderes não é prévio à Constituição, mas constrói-se a partir dela.”⁶⁰

Portanto, o tratamento do tema neste trabalho tem objetivos muito específicos: situar no mapa institucional esses novos centros de poder que, a rigor, não se acomodam com perfeição em quaisquer dos compartimentos delineados pela teoria trinária; realçar a necessidade de uma releitura do princípio da separação de poderes que esteja em

⁵⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 384.

⁵⁹ PINTO, Bilac. Separação dos poderes – delegação legislativa – exercício de funções jurisdicionais por órgãos da administração – unidade da jurisdição – poder regulamentar – validade das decisões proferidas pela comissão executiva do instituto do açúcar e do álcool – estatuto da lavoura canavieira – funcionários “de fato” – coisa julgada (parecer). In: **Estudos de direito público**. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 249.

⁶⁰ PIÇARRA, Nuno. **A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1986, p. 16.

conformidade com o Estado Regulador, na perspectiva do controle do poder e da proteção dos direitos fundamentais.⁶¹

3.2 VISÃO GERAL

Ainda que seus contornos tenham sido delineados anteriormente,⁶² foi pela obra de Montesquieu que a teoria da separação de poderes foi alçada à condição de princípio fundante da Ciência Política moderna, a ponto de o artigo 16 da Declaração do Direito do Homem e do Cidadão estatuir que “[a] sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

A doutrina, desenvolvida no Livro XI da obra *Espírito das Leis*, parte do pressuposto de que “[a] liberdade política só se encontra nos governos moderados. (...); só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites.”⁶³

A solução alvitrada resultou do amálgama de duas ideias complementares: a distribuição orgânica de funções estatais entre diversos titulares, que limitariam uns aos outros, na perspectiva de que “[t]udo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas entre os particulares”, tornando necessário que “o poder limite o poder.”^{64, 65}

⁶¹ Houve uma considerável ampliação do âmbito de proteção do princípio da separação de poderes, pois, se a defesa da liberdade individual ainda permanece como um de seus objetivos, certamente não é o único. Com efeito, subjacentes aos ideais de *especialização* e ao *controle* que servem de lastro ao princípio estão a defesa da democracia (na perspectiva de que a soberania é do povo, responsável pelo manejo do poder respectivo), a especialização profissional (pois que os fins do estado podem ser atingidos com mais eficiência por um corpo especializado e bem treinado de servidores) e a implementação e proteção de direitos fundamentais (ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*, **Harvard Law Review**, 113, p. 639-640, jan. 2000).

⁶² Ainda que Montesquieu tenha se inspirado nas ideias desenvolvidas no *Tratado sobre o Governo Civil*, Carré de Malberg assinala: “Nos tempos modernos, Locke, que parece ter sido o primeiro a advertir sobre a utilidade da separação de poderes, não conseguiu desenvolver uma teoria suficientemente clara sobre o tema (...). No fundo, a doutrina de Locke se reduz, pois, a uma simples teoria de distinção das funções (...).” (MALBERG, R. Carré de. **Teoria general del estado**. Trad. José Lión Depetre. México (D.F.): Fondo de Cultura Económica, 1948, p. 742).

⁶³ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 166.

⁶⁴ Idem, p. 168 e 166. Aprofundar em MALBERG, R. Carré de. **Teoria general del estado**, op. cit., p. 763 e ss; PIÇARRA, Nuno. **A separação de poderes...**, op. cit., p. 17 e ss.

⁶⁵ Anotar Manoel Ferreira Filho que com Montesquieu surge a concepção de “divisão funcional do Poder em vista da liberdade e da segurança individuais”, acrescentando que o mecanismo engendrado “produziria um sistema de freios e contrapesos, um sistema de equilíbrio, em que o Poder deteria o (outro) Poder, impedindo o abuso.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A separação dos poderes: a*

A grande aposta de Montesquieu recaiu sobre a *rule of law*, na perspectiva de que, sendo a lei uma regra geral e abstrata, que preexiste aos fatos aos quais será aplicada, acaba por assegurar a liberdade individual por meio da previsibilidade da atuação estatal.

Posteriormente o instituto foi aperfeiçoado pelos *Founders*,⁶⁶ que enfatizaram os mecanismos de freios e contrapesos,⁶⁷ fazendo com que a constante tensão entre os braços do governo os levasse a atuar com cuidado e moderação, o que acabava por controlar o poder em prol da liberdade.⁶⁸

Daí por que Canotilho destaca dois sentidos complementares no “princípio da separação de poderes”: o primeiro, *negativo*, que decorre da ideia de controle, de limitação; o segundo, positivo, que “assegura uma justa e adequada ordenação das funções do Estado, e, conseqüentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania.”⁶⁹

O que importa reter dos aportes teóricos apresentados é a distinção entre os segmentos estruturais do Estado (órgãos constitucionais e administrativos) e as *funções* a eles cometidas, entendidas como feixes de poder estatal direcionados à satisfação de finalidades de interesse público, que, por outro lado, atribuem a seus titulares deveres jurídicos específicos.⁷⁰

doutrina e sua concretização constitucional. **Cadernos Jurídicos/Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, 40, p. 68, abr./jun. 2015).

⁶⁶ No que respeita à contenção do poder, Madison afirma que “[n]a república composta da América, o poder concedido pelo povo é primeiro dividido entre os dois governos distintos e depois a porção que coube a cada um é subdividida por braços independentes e separados. Disto provém uma dupla segurança para os direitos do povo. Os diferentes governos vão se controlar um ao outro, ao mesmo tempo em que cada um será controlado por si mesmo.” (MADISON, James. Artigo LI. In: ____.; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Trad. Maria Luiza X.A. de Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 351).

⁶⁷ Como anota Eros Grau, “[a] ‘separação dos poderes’ é, em Montesquieu, um mecanismo imediatamente voltado à promoção da *liberdade* do indivíduo; para os *federalistas* norte-americanos, diversamente, ela está imediatamente voltada à otimização do desempenho das funções do Estado, fundando-se também no princípio da *divisão do trabalho*.” (GRAU, Eros Roberto. Crítica da ‘separação dos poderes’: as funções estatais, os regulamentos e a legalidade no direito brasileiro, as leis-medida. In: **O direito posto e o direito pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 168).

⁶⁸ LEVI, Edward Hirsch. Some Aspects of Separation of Powers. **Columbia Law Review**, 76, p. 391, apr. 1976.

⁶⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 244. Sob esse prisma, função é tanto a *tarefa* (fim a ser atingido pelo Estado em determinado momento histórico) quanto a *atividade* desenvolvida, isto é, os meios empregados para consecução de um fim predeterminado (MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 189, p. 86, jul. 1992).

⁷⁰ ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**. 4. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1978, p. 3.

E cada uma das funções estatais, que para fins de ordenação e controle são compartimentadas nos grandes grupos identificados como *execução*,⁷¹ *legislação* e *jurisdição*, foram atribuídas de forma preponderante a um dos Poderes nominados no artigo 2º da Constituição da República, cabendo aos demais exercê-las de forma residual, de maneira harmônica e interdependente.⁷²

Portanto, entre nós o “princípio da separação de poderes” deve ser lido no sentido da “divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos, e aí sim, autônomos órgãos assim denominados poderes.”⁷³

3.3 A POSIÇÃO DAS AGÊNCIAS NO ESTADO REGULADOR BRASILEIRO

O princípio da separação de poderes teve seus fundamentos forjados em fins do Século XVIII, quando emergia um Estado Liberal de atribuições minimalistas, o que simplificava a tarefa de delimitar marcos precisos para incursão pública.

Com o passar do tempo, as necessidades sociais e, por consequência, os encargos estatais, foram se avolumando e se tornaram mais complexos, o que implicou o incremento do aparato do Estado e a dispersão do poder em novas estruturas orgânicas, que dificilmente podem ser acomodadas no modelo trinário.

É nessa perspectiva que Bruce Ackerman situa a burocracia como um “quarto braço” do Poder, uma vez que a “especialização funcional”, sobre suprir as dificuldades dos políticos eleitos na implementação das leis que produzem, serve para atrair pessoas

⁷¹ Função executiva é aqui considerada em seu aspecto eminentemente administrativo, desprovida de seus atributos políticos (ampliar em SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 42. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 110).

⁷² “Na verdade, não existe nem *divisão*, nem *separação*, mas *partilha* de Poderes, ou melhor, *interpenetração de funções*. O Estado administra pelos três Poderes, embora, por excelência, a função administrativa caiba à Administração, ao Poder Executivo. Assim, também, o Estado julga pelos três Poderes, não obstante, por excelência, a função jurisdicional seja afeta ao Poder Judiciário. Por fim, o Estado legisla pelo três Poderes, mas a função de legislar compete, específica e primordialmente, ao Poder Legislativo.” (CRETELLA JÚNIOR, J. Atos formais e materiais dos três poderes. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 343). No mesmo sentido, BASTOS, Celso Ribeiro. In: _____.; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 1 vol. (arts. 1º a 4º). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 483; AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 5. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1957, p. 181-182.

⁷³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 31. Ampliar em LOWESTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Galego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1982, p. 54 e ss.

capacitadas e vocacionadas para o serviço público e para viabilizar a responsabilização democrática daqueles que se ocupam de tarefas estatais.⁷⁴

A possibilidade de aplicar o raciocínio às agências reguladoras brasileiras não prescinde da análise de seu posicionamento no quadro da divisão de poderes delineada pela ordem constitucional positiva.⁷⁵ E o nosso texto constitucional é extremamente lacônico no particular, contando apenas com os aportes trazidos pelas já mencionadas Emendas 8 e 9 de 1995.

No seu Título III, que trata da organização do Estado, o artigo 21, inciso XI, atribui à União a competência para, nos termos da lei, explorar (de forma direta ou delegada) os serviços de telecomunicações. E pela mesma lei deveria promover a “criação de um órgão regulador”.

Mais adiante, ao tratar da “ordem econômica e financeira” (Título VII), o artigo 177, § 2º, previa que a lei que disciplinasse a flexibilização do monopólio do petróleo teria de dispor sobre “a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União” (inc. III).

Evidentemente que referidas disposições só podem ser compreendidas em sua plenitude se examinadas de forma sistemática, sobretudo a partir dos artigos 1º, inc. III, e 170, *caput* (que arrolam, respectivamente, os valores do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da república e como alicerces da ordem econômica), do artigo 37, *caput* (que elenca a legalidade e a eficiência como alguns dos princípios reitores da Administração Pública), bem como dos artigos 173, *caput*, e 174, *caput* (o primeiro ao estabelecer que ao Estado a atuação direta na ordem econômica não é possível senão de forma subsidiária, já que seu papel, diz o segundo, é o de “agente normativo e regulador”).

Ou seja, a regulação foi alçada à categoria de função estatal típica (*fim* a ser atingido), ao lado do poder de polícia, do fomento, e dos serviços públicos. A peculiaridade, contudo, reside na circunstância de que, ao contrário do que ocorria anteriormente, ao menos no que respeita a determinadas atividades cuja gestão direta foi delegada aos privados, a sua consecução (execução das *tarefas* para atingi-lo) foi

⁷⁴ ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*, op. cit., p. 685 e ss.

⁷⁵ Segundo Hesse, a divisão de poderes constitui o “princípio de organização sustentador” que perpassa toda a Constituição, não propriamente em razão de “um dogma supra-temporal”, mas sim em razão “de seus efeitos concretos na realidade da vida estatal constitucionalmente ordenada.” (HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998, p. 377).

atribuída a órgãos específicos, cujas composturas foram inicialmente delineadas pelas respectivas legislações setoriais, até que sobreveio a lei-quadro.⁷⁶

A técnica do constituinte derivado começa por revelar a inequívoca intenção de retirar a atividade regulatória do âmbito de influência direta do Poder Executivo, já que os órgãos regulatórios não foram desde logo alocados no Título III, Capítulo VII, da Constituição da República, que trata da compostura Administração Pública.

Com efeito, o posicionamento topográfico dos dispositivos aponta no sentido de que, em relação às entidades regulatórias, os aspectos de sua implantação e formatação são menos relevantes do que aquele concernente às funções que devem exercer.⁷⁷

E, como já constou do Capítulo I, as diversas legislações setoriais atribuíram às agências reguladoras a vestimenta de *autarquias*,⁷⁸ opção que veio a ser ratificada pela Lei 13.848/2019 (art. 3º, *caput*).

E conquanto o Poder Legislativo tenha expressamente inserido as agências reguladoras no arcabouço da Administração Pública Indireta (até mesmo por força do artigo 4º, inciso II, ‘a’, do Decreto-Lei 200/1967), a adjetivação do regime jurídico a que estão submetidas como *especial* serve não apenas para ressaltar uma elevada carga de autonomia (vide Capítulo I), mas também para atribuir a esses novos entes uma posição diferenciada no mosaico estrutural do Estado, demandando uma releitura do princípio da separação de poderes neste particular.

Para fins de alocação de uma nova instituição no contexto de separação de poderes, Bruce Ackerman propõe um teste formado por quatro etapas: 1) identificação de um valor fundamental tutelado por esse novo ente (o que faz e para quê?); 2) verificação da necessidade de se atribuir à nova instituição uma proteção especial; 3) identificação da técnica de proteção institucional que daria os incentivos necessários

⁷⁶ O termo é utilizado na acepção de uma lei que busca dar “homogeneidade nas soluções relativas às diversas autoridades reguladoras independentes”, que “estabeleça um quadro de referência quanto ao seu regime jurídico, que limite a tentação da singularidade de regimes sem justificação razoável.” (MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. **Autoridades reguladores independentes**. Op. cit., p. 260).

⁷⁷ Ainda que ressalve que “(...) a Constituição não faz menção expressa a qualquer processo de agencificação”, Sérgio Guerra destaca que “[a]o contrário das autarquias, fundações e empresas públicas, expressamente previstas no texto constitucional. A Constituição Federal de 1988 não fez menção ou definiu um modelo de agência a ser implantado pelos Poderes Legislativo e Executivo.” (GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano? In: ____ (Org.). **Teoria do estado regulador**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 88-89).

⁷⁸ Art. 1º da Lei 9.427/1996 (Aneel); Art. 7º, *caput*, da Lei 9.478/1997 (ANP); Art. 8º, *caput*, da Lei 9.472/1997 (Anatel); Art. 3º, *caput*, da Lei 9.782/1999 (Anvisa); Art. 1º, *caput*, da Lei 9.961/2000 (ANS); Art. 3º, *caput*, da Lei 9.984/2000 (ANA); Art. 21, *caput*, da Lei 10.233/2001 (ANTT e ANTAQ); Art. 5º, *caput*, da Medida Provisória 2.228-1/2001 (ANCINE); Art. 1º, *caput*, da Lei 11.182/2005 (ANAC); e Art. 1º, *caput*, da Lei 13.575/2017 (ANM).

para que esse novo *player* cumpra a contento sua missão; 4) submissão da nova instituição a uma análise empírica comparativa.⁷⁹

Partindo das premissas teóricas alinhavadas, as próprias agências trazem em sua designação o valor fundamental que visam tutelar: a *regularidade* de um dado setor. A regulação⁸⁰ tem suas origens etimológicas justamente na noção de harmonia, de equilíbrio de uma situação, tendo sido apropriada pela Economia e pelo Direito na acepção de condutas comissivas ou omissivas tendentes a manter a conformidade de um sistema com os padrões definidos abstratamente em certo conjunto normativo.

É justamente pela amplitude da missão institucional dos entes reguladores que lhes é cometido um amplo leque de atribuições, o que permite que intervenham sobre a realidade, influenciando a conduta de outros órgãos públicos e dos privados.

A título meramente ilustrativo, tome-se o exemplo da Agência Nacional de Telecomunicações. A regularidade do setor vem representada pelos objetivos arrolados no artigo 2º da Lei 9.472/1997: garantir o acesso geral a serviços adequados, a tarifas razoáveis; estimular a expansão dos serviços (requisito da universalidade de acesso); garantir a concorrência entre os prestadores, fortalecer o papel regulador do Estado; alavancar o investimento privado e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial; e, por fim, “criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo.”

Definidos os objetivos do órgão regulador, a lei estabelece “as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência” (art. 9º), que abarcam um amplo rol de atividades (art. 19), que vão desde a edição de atos normativos setoriais, passando

⁷⁹ ACKERMAN, Bruce. Good-bye Montesquieu. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L.; EMERSON, Blake (Editors). **Comparative Administrative Law**. Massachusetts: Edward Elgar, 2019, p. 39-41.

⁸⁰ O termo *regulação* é plurissignificativo, mas, para os fins deste trabalho, será compreendido como o “conjunto de ações jurídicas que visam estabelecer parâmetros de conduta econômica em determinado *espaço-tempo*.” (MOREIRA, Egon Bockmann. Qual o futuro do direito da regulação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 112). Aprofundar em: STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: MATOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. Tradução de Emerson Fabiani. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 23-48; POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. In: MATOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia**, op. cit., p. 49-80; MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e a administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997; SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (Org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. FGV, 2014. p. 111-142; SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2008; SADDY, André. Elementos e características essenciais da concepção de regulação estatal. **Revista Brasileira de Infraestrutura**, 17, p. 17-52, jan./jun. 2020.

pela edição de atos de outorga e de autorização, pela composição de conflitos de interesse entre os prestadores e pelo sancionamento de eventuais infrações.

Essa é a razão pela qual se diz que a função regulatória é revestida de peculiaridades tais que lhe dão feições *quase-legislativas*, *quase-executivas* e *quase judiciais*, o que inviabiliza sua perfeita acomodação na intimidade de um Poder específico.⁸¹

A necessidade de especial proteção decorre expressamente de lei, já que o reforço de sua autonomia demonstra que a atividade regulatória deve ser resguardada de interesses políticos circunstanciais, de maiorias provisórias e das forças do próprio mercado.

Não se pode esquecer que a opção por um Estado Regulador (e não prestador) acabou por convocar a sociedade a envidar esforços e investir recursos na consecução de certas atividades, pelo que a atuação estatal deve ser previsível e legítima, amparada em critérios técnicos, por meio de uma atuação processualizada.

E aqui é importante destacar que não se trata de proscrever o componente político da seara regulatória, pois que inerente a toda deliberação pública, mas apenas de tentar circunscrevê-lo ao seu *locus* natural: o Parlamento, que representa arena constitucionalmente projetada para o embate de concepções axiológicas divergentes numa sociedade pluriclasse.

A terceira etapa do teste posposto por Ackerman – técnica de proteção compatível - pressupõe o exame das capacidades institucionais⁸² dos órgãos encarregados do exercício das funções regulatórias.

Seguindo o raciocínio alinhavado, há necessidade de que os arranjos institucionais que possibilitem a manutenção de um aparato que garanta a profissionalização das agências (no sentido da existência de um corpo técnico capacitado) e a interlocução social qualificada (na perspectiva da existência de canais de

⁸¹ Sobre a dificuldade de inserção das agências na estrutura tripartite dos Poderes, ver MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **A nova regulação estatal e as agências independentes**. Op. cit., p. 92-93.

⁸² Seguindo os aportes de Gomide e Pires, *capacidades institucionais* são aqui compreendidas como a aptidão apresentada pelos atores estatais para implementação de políticas públicas. Seu exame se dá a partir dos aspectos técnico-administrativo e político: “O primeira deriva do conceito weberiano de burocracia, contemplando as competências dos agentes do Estado para levar a efeito suas políticas, produzindo ações coordenadas e orientadas para a produção de resultados. O segundo, associado à dimensão política, refere-se às habilidades da burocracia do Executivo em expandir os canais de interlocução, negociação com os diversos atores sociais, processando conflitos e prevenindo a captura por interesses específicos” (GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha C. *Capacidades estatais e democracia: a abordagem dos arranjos institucionais para análise de políticas públicas*. In: ____ (editores). **Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas**. Brasília: Ipea, 2014, p. 20). A questão será retomada no Capítulo 4.

auscultação e diálogo com os interesses afetados e de um processo decisório transparente, a ser conduzido de maneira independente, com vistas à consecução de uma dada política pública).

E isso, como já destacado no Capítulo 1, ocorreu por meio da atribuição de um regime jurídico *sui generis*, que busca reforçar o atributo de autonomia que já caracteriza as demais entidades autárquicas, mas que inviabiliza o enquadramento desses novos órgãos em quaisquer dos braços da teoria tripartite, tanto em nossa realidade institucional,⁸³ quanto na experiência jurídica estrangeira.⁸⁴

A esse respeito, Peter Strauss ressalta que as agências são, em alguma medida, independentes de cada um dos Poderes (*branches*) nominados na Constituição, mantendo diferentes graus de relacionamento com cada um deles.⁸⁵ E acrescenta que, nessa perspectiva, uma agência não é “o Congresso, nem o Presidente ou uma Corte, mas uma parte inferior do Governo”, sendo que os feixes de relações que mantém com os Poderes constitucionalmente nominados (Legislativo, Executivo e Judiciário) assegura requisitos de controle e funcionalidade similares aos propiciados pelo princípio da separação de poderes.⁸⁶

A colocação é de todo aplicável ao sistema brasileiro, pois, conquanto incrustadas no organograma do Poder Executivo, perante a atual ordem constitucional as agências compõem núcleos parcialmente autônomos de deliberação, que congregam parcelas das funções atribuídas aos três Poderes, estando, por isso, submetidas de forma concomitante a controles legislativos, executivos e judiciais.

⁸³ No caso brasileiro, poderíamos citar o Banco Central que, a despeito da roupagem autárquica e da vinculação ao Ministério da Economia, dispõe, de fato, de uma autonomia que o insula (ao menos parcialmente) de pressões políticas, diminuindo consideravelmente o âmbito da supervisão nos aspectos concernentes à política monetária. Assim, ao compará-lo com o *Federal Reserve* (Fed) norte-americano, Camila Duran afirma: “O Bacen, por sua vez, é um banco central vinculado ao seu poder executivo, sem autonomia *de jure* (mas com independência operacional *de facto*), que deve cumprir as diretrizes do Conselho Monetário Nacional (CMN), órgão político de natureza ministerial” (DURAN, Camila Villard. Crise econômica e o papel do direito na política monetária: um estudo da *accountability* do Banco Central do Brasil (Bacen), do Banco Central Europeu (BCE) e do Federal Reserve (Fed). **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, 39, jul./set. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=81151>>. Acesso em: 7 fev. 2020.

⁸⁴ A título de exemplo, consultar MEDEIROS, Rui. **A constituição portuguesa num contexto global**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 12-38; HALBERSTAM, Daniel. The Promise of Comparative Administrative Law: a Constitutional Perspective on Independent Agencies. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L.; EMERSON, Blake (Editors). **Comparative Administrative Law**. Massachusetts: Edward Elgar, 2019, p. 139-158.

⁸⁵ STRAUSS, Peter L. **An Introduction to Administrative Justice in the United States**. North Carolina: Carolina Academic Press, 1989, p. 12-18.

⁸⁶ STRAUSS, Peter L. The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch. **Columbia Law Review**, 84, p. 579, apr. 1984.

O que se procura demonstrar, portanto, é que pela forma como foram inseridas na Constituição da República (Emendas 8 e 9 de 1995), as agências constituem organizações constitucionais de segundo grau.

E ainda que as emendas tenham previsto apenas duas delas, sem arrolar suas atribuições e minudenciar sua compostura (a exemplo do que ocorreu com o Tribunal de Contas e com o Ministério Público), relegando ao legislador ordinário a tarefa de estruturá-las, igualmente não as designou simplesmente como ‘autarquias’ (como fez nos artigos 37, incs. XVII, XIX, 39, *caput*, e § 7^a, 52, inc. VII, dentre outros), o que realça a adoção de uma racionalidade diversa daquela que anima a organização administrativa geral e o intuito de criação de entes diferenciados, voltados à consecução de competências específicas em caráter privativo (vale dizer, nenhum outro órgão do aparato estatal poderá “regular” um dado setor da economia).

A reforçar o argumento, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1995), elemento precursor das medidas que desencadearam a implementação do modelo regulatório entre nós, indicava como seus fundamentos a autonomia de gestão e a responsabilização por resultados, e, nesse aspecto específico, buscava “a transformação de autarquias e de fundações que exerçam atividades exclusivas do Estado, em agências autônomas, com foco na modernização da gestão.”⁸⁷

3 4. SOBRE O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A temática do controle se apresenta como o necessário contraponto à outorga de poderes, numa relação de direta proporcionalidade, inserindo-se num contexto mais amplo de *accountability*, que pressupõe a “existência de condições para os cidadãos participarem da definição e avaliação das políticas públicas, premiando ou punindo os responsáveis.”⁸⁸

⁸⁷ (item 8.1.2, p. 59.). Em sentido diametralmente oposto, Marçal Justen Filho sustenta que a reforma constitucional “não visava autorizar a instauração de entidades anômalas, especiais, diferenciadas em face da sistemática de tripartição de poderes.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. Op. cit., p. 393 e ss). Para uma crítica contundente às autoridades administrativas independentes no sistema português, ao argumento de que sua inserção no texto constitucional “operou silenciosamente uma ruptura do sistema administrativo anteriormente reconhecido”, consultar ANTUNES, Luís Felipe Colaço. O esquecimento do interesse público no direito administrativo. In: _____. **O direito administrativo e sua justiça no início do Século XXI**: algumas questões. Coimbra: Almedina, 2001, p. 11-67 (o trecho referido está à p. 29).

⁸⁸ PÓ, Marcos Vinicius; ABRUCIO, Fernando Luiz. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e *accountability* das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. **Revista de Administração Pública**, v. 40, n. 4, Rio de Janeiro, p. 686, jul./ago. 2006. Sob esse prisma, a *accountability* se apresenta como um instrumento da defesa da cidadania, que tem no controle do aparato

Seguindo as linhas assentadas por Odete Medauar, o termo é aqui tomado no sentido de avaliação da atividade das agências a determinados parâmetros previamente definidos, com a eventual imposição de ajustes em caso de desconformidade.⁸⁹

Grosso modo, os objetivos da atuação controladora consistem em garantir a adesão das agências “à vontade democrática (por meio de um conceito de legalidade)” e de “conferir justiça e racionalidade ao processo decisório conduzido em âmbito administrativo.”⁹⁰

O que se deve ter presente é que regulação representa um novo paradigma de atuação estatal, que se utiliza de um plexo de competências variadas, com a finalidade de obtenção de resultados específicos, e na qual a autoridade dá lugar à mediação de interesses e à participação democrática dos regulados, que tem no processo o elemento garantidor da transparência e da participação popular.⁹¹

Daí por que há necessidade de controles diferenciados, aderentes à essa nova realidade, de modo que o ferramental existente deverá ser adequado aos novos desafios que se apresentam,⁹² sob pena de a atividade regulatória se transformar apenas numa

burocrático um de seus mecanismos de atuação. Aprofundar em CAMPOS, Anna Maria. *Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 30 a 50, jun. 1990.

⁸⁹ MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 22). Assume-se, contudo, a posição de ser inviável aos órgãos de controle determinarem a prática (ou a omissão) de determinada conduta regulatória no caso concreto. De igual modo, para fins de exposição, serão utilizados indistintamente os termos “controle” e “fiscalização”, sem embargo da circunstância de que o controle tem por referência um ato determinado, ao passo que a fiscalização traz ínsita a ideia de “vigilância permanente dos atos da Administração (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Coord. Científica). **Comentários à Constituição do Brasil**. 3. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 1036). Sobre a temática do controle, aprofundar em: COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008; AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública**: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁹⁰ SCOTT, Colin. Responsabilização no estado regulador. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa et al (Org.). **Regulação econômica e democracia**: o debate europeu. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 87. Nesse aspecto, Marçal Justen Filho ressalta a necessidade de que a temática do controle seja interpretada sob um viés de legitimação da atividade estatal, sujeitando o “administrador à fiscalização popular e à comprovação da realização *democrática* dos direitos fundamentais.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 1101).

⁹¹ Aprofundar em MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Pensando o controle da atividade de regulação estatal. In: GUERRA, Sérgio. **Temas de direito regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 200-248.

⁹² Nesse sentido: ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. O controle das agências reguladoras pelo poder legislativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 217, p. 204, jan./mar. 2018.

denominação vazia de significados ou de se transformarem as agências reguladoras em centros de poder insindicável, numa ameaça aos direitos fundamentais.⁹³

É na seara do controle que a ruptura de paradigmas entre o regime regulatório atual e o anterior à Constituição de 1988 pode ser vista de forma mais explícita, já que a Lei 13.848/2019 trouxe inúmeras disposições voltadas ao fortalecimento da responsividade dos entes reguladores.

Quanto às diversas *modalidades* de controle regulatório (aqui compreendidas sob o enfoque das instâncias competentes), importa destacar inicialmente que diferem em seu alcance e intensidade, variando de acordo com natureza do ato revisado, sendo certo, todavia, que formam uma unidade fiscalizatória incindível, cujos componentes devem estar concatenados e podem operar muitas vezes de forma simultânea e redundante.

Com efeito, desde que os atos regulatórios têm dimensões jurídicas, técnicas e políticas, a atuação concertada dos três Poderes dificulta manobras de captura, contribuindo para a despersonalização dos interesses tutelados, para o aumento da deliberação e para uma maior responsividade à opinião pública.⁹⁴

Para fins de exposição, considerando o desiderato deste trabalho, serão apenas apresentadas as linhas *gerais* dos controles sobre as agências reguladoras exercidos pela sociedade e pelos Poderes Legislativo e Executivo.

No tocante ao controle judicial, por outro lado, a análise estará orientada primordialmente à atividade normativa dos órgãos reguladores. O objetivo é descrever o estado atual da arte para, em seguida, sustentar a existência de um microssistema que dá à temática um estatuto próprio, orientado por uma nova racionalidade.

3.4.1. Controle social

A par dos já existentes instrumentos jurídicos voltados ao controle social da função regulatória,⁹⁵ instituíram-se medidas de dispersão informacional, monitoramento

⁹³ As peculiaridades da regulação demandam, como contraponto, a análise da suficiência dos modelos teóricos desenhados para a atividade administrativa em geral, já que “a crescente complexidade da política pública reduz a efetividade das tradicionais técnicas de controle e comando da burocracia governamental.” (MAJONE, Giandomenico. **Regulating Europe**. London: Routledge, 1996, p. 3).

⁹⁴ SUNSTEIN, Cass R. O constitucionalismo após o *New Deal*. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia**: o debate norte-americano. Trad. Jean Paul Cabral Veiga da Rocha. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 177.

⁹⁵ Refiro-me aos direitos de informação, de petição, de certidão, de reclamação e acesso a registros administrativos, previstos no artigo 5º, incs. XXXIII e XXXIV, alíneas ‘a’ e ‘b’, e no artigo 37, § 3º, da Constituição da República, bem como às disposições existentes nas leis de criação das agências, como, por exemplo, as que estabelecem a realização de audiências públicas (art. 4º, § 3º, da Lei 9.427/1996; art.

e prestação de contas, tendentes a viabilizar o escrutínio público da atuação das agências (arts. 8º, §§ 1º, 3º e 4º; 9º, § 3º; 12; 15, § 2º; 17, § 2º; 18, § 3º; 21, § 2º), bem como a oportunizar a atuação dos segmentos interessados (arts. 8º, *caput*; 9º; 10 e 11), com a criação de instâncias internas voltadas à recepção e apuração de denúncias e à garantia da integridade do processo regulatório (arts. 3º, § 3º; 22 a 24).

O intuito, portanto, foi o de incrementar a participação social, compreendida como o “instrumento que torna possível ao indivíduo exercer influência em processos nos quais ele é afetado”, propiciando ainda o aprimoramento do processo de escolhas públicas, na medida em que potencializam o fluxo de informações direcionadas às instâncias decisórias.⁹⁶

Trata-se de pedra angular da própria noção de regulação, pois a legitimidade da atuação das agências decorre não apenas de sua *expertise*, mas também da possibilidade de impulsionamento democrático de certas atividades que, retiradas da intimidade do aparato estatal, são expostas ao escrutínio público em razão de sua transposição a esses novos atores institucionais.⁹⁷

Esse é o norte que deve orientar a atuação controladora, que tem a incumbência de adotar as medidas que promovam a participação social em sua maior extensão.

19 da Lei 9.478/1997), a consultas de dados (art. 39, *caput*, da Lei 9.472/1997; art. 18 da Lei 9.478/1997), o direito de petição e recurso (arts. 3º, inc. XI, e 44 da Lei 9.472/1997), e a participação dos usuários nos conselhos consultivos (art. 34 da Lei 9.472/1997). Sobre o tema, ver BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre controle social do poder e participação popular. **Revista Trimestral de Direito Público**, 61, p. 187-193, abr./jun. 2015; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. In: **Reflexões sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 45-58; DARDANI, Marina Centurion. A participação do administrado como limite à discricionariedade das agências reguladoras. **Revista Trimestral de Direito Público**, 60, p. 226-262, jan./mar. 2015.

⁹⁶ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 131 e ss.

⁹⁷ Alexandre Aragão classifica o aumento da participação popular como “um dos grandes desafios da regulação nos países latinos”, ressaltando a necessidade de que as medidas tendentes a incentivar referida participação não podem levar à captura e a supressão da independência das agências (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de Impacto Regulatório - AIR. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70676>>. Acesso em: 17 mar. 2018). A corroborar a conclusão, Paulo Mattos realizou levantamento empírico da participação popular nos procedimentos da Anatel, concluindo que a despeito do “aumento significativo do uso de consultas públicas” não havia grande diversidade dos interesses representados, em razão do “baixo grau de participação de segmentos da sociedade civil”, ocorrendo aos atos precipuamente os integrantes das empresas de telecomunicações (MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 228).

Nesse terreno ganha relevância a atuação das ouvidorias, que, embora já instituídas nos âmbitos setoriais,⁹⁸ foram formalmente integradas à estrutura das agências reguladoras, por meio de um desenho institucional uniforme e da outorga de encargos específicos.

Assim, os deveres de “zelar pela qualidade e pela tempestividade dos serviços prestados pela agência” e de “acompanhar o processo interno de apuração de denúncias e reclamações dos interessados” (art. 22, § 1º, incs. I e II), somados a seu acesso ilimitado a todos os processos da agência (§ 2º), transformam o ouvidor num instrumento de potencialização dos controles exercidos pelos demais Poderes, vocacionado à resolução de uma ampla gama de situações, que envolvem desde aspectos estruturais da agência (atendimento, etc.), problemas processuais (consistentes na oportunidade de atuação na consecução dos objetivos da entidade), e demandas comunicacionais (decorrentes da assimetria de informações existentes entre os cidadãos e os agentes econômicos), contribuindo decisivamente para alterações da cultura institucional.⁹⁹

O ouvidor se submete ao mesmo processo de escolha dos conselheiros e dispõe das mesmas garantias (art. 23, *caput*, e § 1º), o que viabiliza uma atuação independente, voltada ao aprimoramento da atuação da agência e ao incremento da participação social, na forma do artigo 13 da Lei 13.460/2017.

3.4.2. Controle legislativo

O Parlamento é o controlador nato das atividades regulatórias (art. 14 da Lei 13.848/2019), não apenas em virtude de sua composição democrática e plural (CR, arts. 45 e 46) e por ocupar uma posição de maior visibilidade social, mas também porque o incremento qualitativo e quantitativo dos encargos estatais implicou a realização de ajustes no aparato organizacional, que, articulados em forma de rede, passou a contar com centros de poder que atuam de forma concomitante, carecendo de harmonia e uniformidade.

A propósito, escreve Dalmo Dallari:

⁹⁸ Por exemplo, art. 45 da Lei 9.472/1997 (ANATEL); Portaria 2.884/2013 - ANEEL; Decreto 3.327/2000 (ANS); art. 9º da Lei 11.182/2005 (ANAC).

⁹⁹ COSTA, Frederico Lustosa da. A ouvidoria como instrumento para a efetividade da ação pública e a promoção da cidadania. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 1, p. 164-165, mar. 1998.

Diante desse quadro é que se destaca a importância, o caráter fundamental, do controle parlamentar, pois só o Legislativo tem uma visão de conjunto, que permite cotejar o acerto ou o desacerto da decisão técnica em um determinado setor, com as aspirações da coletividade como um todo e diante de um cenário mais amplo, que é o do interesse nacional, inclusive a longo prazo. Decididamente, não é possível afastar a participação do Legislativo no processo de formulação de políticas públicas e no acompanhamento e controle de sua implementação.¹⁰⁰

A pedra de toque continua a ser a realização simultânea da ordem e da liberdade,¹⁰¹ e a *rule of law* segue como parâmetro de adequação da atuação estatal. O que muda é o papel reservado à lei, já que o processo legislativo não é capaz de responder a tempo e modo às contingências que são próprias de uma sociedade altamente complexa, em constante evolução, marcada pela fragilidade de consensos e pela fragmentação de interesses.

Surge, então, a necessidade daquele instrumental que Eros Grau chamou de *normatização de conjuntura*:

A instabilidade de determinadas situações e estados econômicos, sujeitos a permanentes flutuações – que definem seu caráter conjuntural – impõe, nessas condições, sejam extremamente flexíveis e dinâmicos os instrumentos normativos de que deve lançar mão o Estado para operar aquelas correções. (...)

Desenvolve-se assim, mediante a edição de normas emanadas pelo Poder Executivo, seja da administração centralizada, seja de alguns dos seus entes autônomos, uma dinâmica capacidade normativa, com o que se confere resposta às exigências de produção imediata de normas jurídicas, que as flutuações da conjuntura econômica estão, a todo tempo, a impor.¹⁰²

O raciocínio, conquanto orientado por questões econômicas, pode ser transportado para setores sujeitos à chamada *regulação social* (como meio-ambiente, saúde e serviços notariais/registrais, por exemplo), pois o que está em causa é a mutabilidade dos paradigmas jurídicos em razão da fluidez das fronteiras do conhecimento humano ou da constante alteração das necessidades do corpo social.

O que se constata, então, é que essa parcela do poder estatal passa a se concretizar por meio de uma *função normativa*, entendida como aquela tendente expedir

¹⁰⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Controle político das agências reguladoras. **Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 18, mar./abr. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=51029>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

¹⁰¹ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Op. cit., p. 383-384.

¹⁰² GRAU, Eros Roberto. Capacidade normativa de conjuntura. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 13, p. 49. No mesmo sentido, VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria geral do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 108-111.

comandos autônomos e abstratos,¹⁰³ que encontram no princípio da legalidade seu referencial imediato.¹⁰⁴

É exatamente o princípio da legalidade que delinea o principal veículo do controle parlamentar, já que as agências regulatórias são criadas e têm suas competências definidas por lei.

E conquanto as diversas leis de criação arrole os atos a serem praticados no exercício da função regulatória, o artigo 15, *caput*, da Lei 13.848/2019 assinala que todas as atividades são direcionadas ao “cumprimento da política do setor”, sendo este o limite da atuação regulatória.¹⁰⁵

E, com o desiderato de instrumentar os canais de controle parlamentar, que Luiz Eduardo Araújo qualifica como “assistemático, sem rito predefinido e sem cunho técnico”,¹⁰⁶ a Lei 13.848/2019 criou um aparato que cobre todo o ciclo da produção normativa das agências reguladoras.

Na primeira etapa, verifica-se a aderência da *atuação futura* das agências às políticas públicas setoriais, há obrigatoriedade da remessa dos planos de gestão anual e das agendas regulatórias às Casas do Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União¹⁰⁷ (art. 18, § 3º).

¹⁰³ ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**, op. cit., p. 5.

¹⁰⁴ Sem desconhecer o intenso debate doutrinário acerca dos fundamentos do poder normativo das agências reguladoras, o que se pretende destacar apenas é sua natureza infralegal, tendo por finalidade tornar operacionais as disposições legislativas. Portanto, “[a]s agências reguladoras dependem da lei para sua instituição, mas também para seu funcionamento. (...) A atuação normativa que se lhes pode reservar é aquela de complementar as normas legislativas, desenvolvendo os princípios, o espírito e o conteúdo das normas legais.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. Op. cit., p. 522). Ampliar em GUERRA, Sérgio. Normas regulatórias: por uma nova ordem hierárquica na pirâmide normativa. In: ____ (Coord.). **Transformações do estado de direito: novos rumos para o Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011, p. 13-41; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. Op. cit., p. 329 e ss.; CUÉLLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001, p. 107 e ss.; DUTRA, Pedro. O poder regulamentar dos órgãos reguladores. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 221, p. 239-256, jul. 2000; MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF – mutação constitucional do princípio da legalidade? **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, 43, p. 35-57, jul./set. 2013.

¹⁰⁵ A reforçar a importância dos atributos de clareza e especificidade das leis que disciplinam a atuação das agências, Gustavo Binenbojm assinala que “[c]omo não há uma distinção doutrinária auto evidente entre políticas públicas e regulação, cabe à lei traçar as fronteiras entre as diretrizes a serem definidas pelo governo (políticas públicas) e as declarações a cargo das agências (regulação).” (BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. In: ____ (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p.101). O que se deve ter presente é que a atuação das agências é voltada à estabilidade e à eficiência de um determinado setor, de modo que não são vocacionadas à realização de escolhas que tenham objetivos redistributivos, reservadas a agentes democraticamente eleitos (MAJONE, G. **Do estado positivo ao estado regulador ...** Op. cit., p. 29-31).

¹⁰⁶ ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. **O controle das agências reguladoras pelo poder legislativo**. Op. cit., p. 218.

¹⁰⁷ Sobre o tema, consultar ZYMLER, Benjamin. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das Agências Reguladoras. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, n. 11, jan. 2002 (Disponível em:

Trata-se de modalidade de controle *ex ante*,¹⁰⁸ que acaba por constituir o próprio fundamento de validade da atividade regulatória setorial, consolidando os referenciais (procedimentais, estruturais e substanciais) que servirão de norte ao exercício da regulação.¹⁰⁹

E aqui é importante destacar que quanto maior a ênfase do legislador nos fins a serem obtidos pelas agências, menores serão os custos regulatórios e as possibilidades de sua captura por grupos de interesse, tornando a regulação mais democrática.¹¹⁰

E o fechamento do ciclo ocorre com a remessa dos relatórios anuais circunstanciados, por meio dos quais as agências prestam contas da adequação dos atos

<<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=1216>>. Acesso em: 23 jan. 2020); MARQUES NETO, Flávio de Azevedo et al. Reputação institucional e o controle das Agências Reguladoras pelo TCU. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, p. 37-70, set. 2019; MENEZES, Monique. O tribunal de contas da união, controle horizontal de agências reguladoras e impacto sobre usuários dos serviços. **Revista de Sociologia e Política**, 43, out. 2012. (Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31846>>. Acesso em: 23 jan. 2020); GOMES, Eduardo Granha Magalhães. As agências reguladoras independentes e o Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições? **Revista de Administração Pública**, v. 40, n. 4, Rio de Janeiro, p. 615-630, jul./ago. 2006.

¹⁰⁸ Luiz Eduardo Araújo sustenta não existir “fiscalização prévia da atividade regulatória pelo Parlamento. No ordenamento brasileiro, os meios de controle pelo Poder Legislativo são todos exercidos *a posteriori*.” (ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **O controle das agências reguladoras pelo poder legislativo**. Op. cit., p. 216). A assertiva deve ser compreendida no contexto apresentado pelo autor, de que não temos previsão similar àquela do § 801 do *Administrative Procedure Act* (APA) norte-americano, que consagrou o *Congressional Review Act* (CRA), que consiste numa ferramenta de controle prévio da atividade das agências reguladoras. Assim, e em linhas extremamente amplas, antes de que uma determinada norma entre em vigor, a agência deve encaminhar a cada uma das casas do Congresso Nacional e ao Controlador Geral um relatório contendo a cópia do ato a ser expedido, instruída com a justificativa respectiva, com os dados que lhe serviram de fundamento e com a Análise de Impacto Regulatório (“análise de custo-benefício”). Transcorrido o prazo de 60 dias sem manifestação, o ato entrará automaticamente em vigor (§ 801, a.3.A), mas caso o Congresso emita uma “resolução de desaprovação”, a norma não entrará no ordenamento jurídico (ou será revogada), ficando vedada a edição de norma “substancialmente similar”, nos termos do § 801 b.1 e b.2.

¹⁰⁹ Avulta aqui o problema da vagueza legislativa, pois se a ausência de contornos rígidos acaba por acarretar o aumento da margem de discricionariedade das agências na implementação das políticas públicas setoriais, é igualmente certo que leis muito minudentes e específicas trazem dois efeitos adversos para a dinâmica regulatória: as agências podem não ter como excepcionar casos que se amoldem aos critérios previamente definidos, ainda que as consequências daí decorrentes não se afigurem razoáveis ou proporcionais; ou seja, não podem, sem a alteração da lei, promover a adequação de seus atos às necessidades cambiantes, que decorram da alteração de critérios políticos ou técnicos. (MASHAL, Jerry L.; MERRIL, Richard A.; SHANE, Peter M. **Administrative Law: the American Public Law System** (Cases and Materials). 3. ed. St. Paul: West Publishing, 1992, p. 114). Examinando a questão sob o enfoque agente/principal, Garoupa e Mathews referem ainda que a amplitude da delegação depende do custo de oportunidade decorrente da utilização dos recursos legislativos para elaboração de leis minudentes, do alinhamento de interesses com as agências, da confiança depositada nas cortes (na condição de supervisoras da atuação regulatória) e da existência de paliativos que possibilitem controles *a posteriori* (GAROUPA, Nuno; MATHEWS, Jud. Strategic Delegation, Discretion, and Deference: Explaining the Comparative Law of Administrative Review. **The American Journal of Comparative Law**, 62, p. 6, 2014).

¹¹⁰ SUNSTEIN, Cass R. The Cost-Benefit State. **Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper 39**, p. 20. 1996. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/498/>. Acesso em: 17 ago. 2020.

praticados às pautas previamente informadas aos poderes constituídos (art. 15, *caput*, e § 2º).

A atividade de controle, pode ser deflagrada de ofício ou por provocação dos interessados,¹¹¹ e tem cunho predominantemente político,¹¹² que abrange aspectos de legalidade e de mérito, desenvolvendo-se por meio da edição de decretos legislativos (para sustação de atos), de proposições,¹¹³ de convocações de integrantes das agências reguladoras ou de seus funcionários para prestarem depoimentos,¹¹⁴ ou ainda pela requisição de informações escritas.¹¹⁵

Outro importante aspecto do controle parlamentar consiste na aprovação dos nomes dos dirigentes (presidente, diretor-presidente ou diretor-geral) e integrantes dos Conselhos Diretores das agências pelo Senado Federal (art. 52, inc. III, “f” da

¹¹¹ Nos termos do Art. 58, § 2º, IV, da Constituição da República às comissões do Congresso Nacional e de suas Casas compete “receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas”. Trata-se de decorrência direta do direito de petição, disciplinada pelos artigos 24, inc. VI, e 253 do RICD e pelos artigos 90, inc. IV, e 96 do RISF. Sobre o tema, consultar MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Pensando o controle da atividade de regulação estatal**. Op. cit., p. 237.

¹¹² O adjetivo *político* serve para destacar que, conquanto também verse sobre aspectos de legalidade dos atos regulatórios, o controle parlamentar se desenvolve de acordo com critérios de oportunidade que podem oscilar de acordo com a conjuntura nacional, como é próprio do sistema democrático. Assim, Anna Cândida Ferraz observa que “o controle parlamentar sempre visará à verificação da conformidade da ação governamental a dois parâmetros: à *Constituição, como lei fundamental do país* (e forçosamente às leis em geral, como decorrência), e à *orientação política extravasada na Constituição, como documento de poder*, e nas leis que traduzem as opções políticas concretas, tomadas pelo Poder Legislativo através de uma representação política, que, por ser renovada periodicamente, reflete ‘vontade política’ de um momento determinado.” (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflitos entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 153).

¹¹³ Art. 100 RICD; Artigos 211 e 215 RISF.

¹¹⁴ O artigo 50, *caput*, e § 1º, da Constituição da República prevê a possibilidade de “Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República” comparecerem a uma das casas do Congresso Nacional, por convocação ou espontaneamente, “para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado”. A questão vem disciplinada pelos artigos 219 a 223 do RICD e pelos artigos 397 a 400 do RISF. O artigo 15, § 3º, do Projeto de Lei 6.621-A/2016 da Câmara dos Deputados (PLS 53/2013), que deu origem à Lei 13.848/2019, previa que o comparecimento anual dos “dirigentes máximos das agências reguladoras” ao Senado Federal, para fins de prestação de contas “sobre o exercício de suas atribuições e o desempenho da agência, bem como para apresentar avaliação das políticas públicas no âmbito de suas competências”. A disposição foi vetada pelo Presidente de República, sob os fundamentos de que haveria violação ao princípio da separação de poderes e de que era vedado ao legislador ordinário ampliar as hipóteses constitucionalmente previstas de convocação de integrantes do Poder Executivo (Mensagem 266/2019). A despeito da manutenção do veto pelo Congresso Nacional, a convocação de conselheiros e integrantes das agências reguladoras é medida que decorre diretamente do sistema de freios e contrapesos desenhado pela Constituição da República, que em seu artigo 58, § 2º, inc. V prevê que as comissões do Congresso Nacional e de suas Casas poderão “solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão” (art. 90, inc. V, RISF). Calha mencionar que o artigo 96-A RISF incorporou a previsão que constava originariamente do PL 53/2013, estabelecendo o comparecimento anual dos dirigentes das agências reguladoras para informações e prestação de contas, “reunião conjunta da comissão temática pertinente e das Comissões de Assuntos Econômicos e de Constituição, Justiça e Cidadania.”. Sobre o tema, MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Pensando o controle da atividade de regulação estatal**. Op. cit., p. 236-238.

¹¹⁵ Artigos 15, inc. XIII, 24, inc. V, 116, e 226, inc. II, RICD; Artigos 102-A, I, “c”, 216 e 217 RISF.

Constituição da República; art. 5º, *caput*, da Lei 9.986/2000), providencia que, sobre viabilizar a seleção dos quadros mais capacitados, permite a interlocução direta dos indicados com representantes eleitos diretamente pelo povo, responsáveis pela elaboração das políticas públicas¹¹⁶ setoriais que serão objeto de futura implementação.

Mas o texto constitucional dá ênfase às modalidades de controle posterior, de índole reativa, que têm por foco a produção das agências regulatória no exercício de suas múltiplas competências.¹¹⁷

Ainda que abordando temática diversa, é de toda aplicável a conclusão de Dalmo Dallari, no sentido de que o controle parlamentar representa como que “uma compensação ou uma recuperação dos poderes perdidos no exercício da função tipicamente legislativa”, de modo que para os entes reguladores autônomos “[a] maior liberdade diante da lei seria compensada pela maior responsabilidade diante do legislador.”¹¹⁸

É nesse contexto que o artigo 49 da Constituição da República prevê que é da competência *exclusiva* do Congresso Nacional “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” (inciso V), “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta” (inciso X), bem como “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes” (inciso XI).¹¹⁹

¹¹⁶ Política pública é aqui considerada “como uma atividade, isto é um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”, submetendo-se a um regime jurídico próprio (COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília/DF, 138, p. 45, abr./jun. 1998). Em sentido próximo, CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 56-59.

¹¹⁷ Em sentido diverso, Luiz Eduardo Araújo sustenta não existir “fiscalização prévia da atividade regulatória pelo Parlamento. No ordenamento brasileiro, os meios de controle pelo Poder Legislativo são todos de exercício a posteriori.” (ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **O controle das agências reguladoras pelo poder legislativo**. Op. cit., p. 216).

¹¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. Controle político das empresas públicas. **Revista de Administração de Empresas**, v. 19, n. 3, p. 97, jul. 1979.

¹¹⁹ Aprofundar em FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Coord. Científica). **Comentários à constituição do Brasil**. Op. cit., p. 1.027-1.031 e 1.034-1.042; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira, Sustação de atos do Poder Executivo pelo Congresso Nacional com base no artigo 49, inciso V, da Constituição de 1988, **Revista de Informação Legislativa**, 153, p. 287-301, jan./mar. 2002.

3.4.3 Controle executivo

O controle do Poder Executivo sobre a atuação das agências reguladoras tem escopo de coordenação e orientação, voltando-se ao cumprimento das linhas estabelecidas pelas políticas públicas setoriais.

Essa é razão pela qual o artigo 15, *caput*, da Lei 13.848/2019 estabelece que as agências devem anualmente prestar contas de suas atividades, destacando “o cumprimento da política do setor, definida pelos Poderes Legislativo e Executivo”.

A ênfase no objeto sobre o qual deverão recair os esclarecimentos periódicos dos órgãos reguladores (reiterada no inciso II do respectivo § 1º) realça os ideais republicanos de transparência e de responsabilização dos agentes eleitos pela obtenção daqueles objetivos democraticamente estabelecidos para aqueles setores relevantes ao convívio coletivo, constituindo a pedra angular de toda atividade de controle da atividade regulatória.

Trata-se de controle preponderantemente *reativo*, já que os relatórios anuais de atividades encaminhados aos Ministros de Estado possibilitarão que o Poder Executivo deflagre iniciativas tendentes a promover a eventual adequação dos planos de gestão estratégica e anual (arts. 15, § 2º; 17, § 1; e 18, § 2º).

A assertiva não vai de encontro ao primado da autonomia dos entes reguladores, que, conquanto não possam ser manietados no exercício de sua atividade-fim por restrições decorrentes do poder hierárquico, têm o dever de considerar as consequências de seus atos sobre os interesses públicos envolvidos (art. 4º, *caput*), mantendo abertos canais de cooperação com o Poder Público e com a sociedade, de modo a permitir a interlocução processualizada de todos os interessados (art. 15, § 1º, II).

E ao atribuir aos relatórios anuais o objetivo de viabilizar o acompanhamento de seus atos (art. 15, § 1º, incs. I e IV), a Lei 13.848/2019 consolidou a possibilidade de controle concomitante (o que vem reforçado pelos artigos 6º, *caput*, e 9º, § 7º), permitindo que o Poder Executivo avalie *ex ante* a aderência da atividade regulatória de cunho normativo ao “cumprimento das políticas públicas definidas em lei”, com foco na eficiência e na obtenção de resultados (art. 15, § 1º, III).

Trata-se de um controle finalístico,¹²⁰ que decorre da circunstância de que, a despeito de autônomas, as agências integram cenários institucionais específicos,

¹²⁰ Segundo Hely Lopes Meirelles, o controle finalístico “[n]ão tem fundamento hierárquico, porque não há subordinação entre a entidade controlada e a autoridade ou órgão controlador. É um controle teleológico, de verificação do enquadramento da instituição no programa geral do Governo e de seu acompanhamento dos atos de seus dirigentes no desempenho de suas funções estatutárias, para o

devendo alinhar sua atuação às diretrizes públicas gerais,¹²¹ como se vê do artigo 17, § 1º, da Lei 13.848/2019.

O Brasil não dispõe de uma autoridade central de coordenação, o que é essencial para garantir a aderência das normas regulatórias às diretrizes de políticas públicas, evitando custos decorrentes da duplicação de tarefas e facilitando a detecção de incoerências sistêmicas.¹²²

E na compostura do Poder Executivo, ao menos três estruturas são destinadas ao diálogo com as agências regulatórias. Pelo Decreto 6.062/2007 foi instituído o “Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação” (PRO-REG), voltado à melhoria do sistema regulatório, que, dentre outras, tem como atribuições “a melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico entre políticas setoriais e processo regulatório” e “o fortalecimento da autonomia, transparência e desempenho das agências reguladoras” (art. 2º, incs. III e IV).

No âmbito da Casa Civil, a Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais tem competência para “análise do mérito, da oportunidade e da compatibilidade das propostas e dos projetos submetidos ao Presidente da República (...) com as diretrizes governamentais” (art. 12, inc. II, do Decreto 9.678/2019).

E o Ministério da Economia é competente para avaliação do impacto dos atos regulatórios, contando com a Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade, que tem dentre suas atribuições “analisar o impacto regulatório de políticas públicas”, e com a Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria, com atribuições para “analisar o impacto regulatório de políticas públicas no setor de energia” (arts. 43, inc. VIII, e 119, incs. IV e XI, al. “b”, do Anexo I do Decreto 9.745/2019 e art. 20 do Decreto 10.411/2020).

Considerada a amplitude das áreas abarcadas, portanto, conclui-se que o Poder Executivo coordena e uniformiza a integralidade dos processos regulatórios, à luz da política pública vigente.¹²³

atingimento das finalidades da entidade controlada.” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, op. cit., p. 742).

¹²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras: a evolução do direito administrativo econômico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 354-355.

¹²² O aspecto consta do documento da OCDE intitulado Relatório sobre a Reforma Regulatória BRASIL - Fortalecendo a governança para o crescimento, p. 38 e 341, 2007. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/lula/ocde-2013-relatorio-sobre-a-reforma-regulatoria-brasil-fortalecendo-a-governanca-para-o-crescimento/view>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

¹²³ Nesse sentido, SUNSTEIN, Cass R. **O constitucionalismo após o New Deal**. Op. cit., p. 157.

E ainda que o controle não tenha feições hierárquicas, o eventual descompasso entre a proposição regulatória e a política pública setorial acarretará a necessidade de ajustes por parte da agência, na forma do artigo 15, *caput*, da Lei 13.838/2019.

Há, ainda, mais um aspecto das agências regulatórias sobre o qual o controle executivo se desenvolve *a posteriori*: na avaliação da conformidade da atuação dos integrantes das agências aos parâmetros éticos que regem toda a Administração Pública.

Assim, por meio do “Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal” instituído pelo Decreto 6.029/2007, são emanadas orientações e apuradas eventuais infrações de conduta (art. 4º, II e III), com atuação conjunta de várias comissões voltadas a apurar a conformidade das condutas (arts. 2º e 9º).¹²⁴

De outro lado, o controle executivo assume contornos *proativos* quando se trata da indicação dos integrantes das agências reguladoras, pois que, ainda que o Presidente da República esteja jungido pelos requisitos legais concernentes à *expertise* e à idoneidade dos candidatos (vide Capítulo I), é inegável que as indicações (e as respectivas aprovações pelo Senado Federal) apresentem componentes políticos e levem em conta o alinhamento a determinadas concepções ideológicas e perspectivas de futuro.¹²⁵

3.4.4 Controle judicial

Em linhas gerais, o controle judicial da regulação vem recebendo o mesmo tratamento dado à atividade administrativa em geral.

Sob essa perspectiva, os atos praticados pelos órgãos reguladores apresentam os idênticos requisitos e se revestem dos mesmos atributos dos atos administrativos,¹²⁶ de sorte que não haveria qualquer diferenciação ontológica que recomendasse tratamento diferenciado.

E aqui avulta a importância da classificação dos atos praticados no exercício de competência vinculada e discricionária.

Os primeiros são aqueles em que a atuação estatal tem todos os seus requisitos previamente delineados pelo Poder Legislativo, de modo que, constatada a situação

¹²⁴ Consultar: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/10/1351136-apos-denuncia-diretor-da-ans-renuncia-ao-cargo.shtml>>. Acesso em: 30.01.2020.

¹²⁵ Para uma perspectiva do atual panorama político da composição das agências reguladoras, consultar: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral/rodizio-em-agencias-abre-vagas-para-bolsonaristas,70003176631>>. Acesso em: 30 jan. 2020.

¹²⁶ Nesse sentido, “[o]s atos das Agências Reguladoras, enquanto não declarados inconstitucionais, ostentam presunção de legitimidade e obrigam as empresas que atuam no setor regulado.” (STJ, T1, REsp 757971/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.11.2008).

objetivamente descrita na regra de competência, à Administração Pública cabe apenas aplicar a solução correspondente. Assim, ressalvada a análise da ocorrência da hipótese de incidência contida na norma, não há qualquer valoração subjetiva de meios e fins, reduzindo-se a atividade do aplicador à mera subsunção dos fatos aos preceitos normativos.¹²⁷

Esse é o referencial a ser utilizado na atividade de adjudicação realizada pelos entes reguladores, como no caso de aplicação de penalidades a um privado ou de arbitramento de conflitos entre operadores de um determinado segmento.¹²⁸

Nesses casos, portanto, o controle judicial igualmente se restringe ao exame da aplicação dos preceitos normativos aos fatos coligidos, zelando para que a atuação estatal siga pelos trilhos democraticamente afixados no terreno institucional.

Em muitos casos, todavia, os enunciados não têm seus contornos semânticos suficientemente delimitados ou não preveem uma conduta específica a ser adotada pelo administrador, a quem é transferida, portanto, a tarefa hermenêutica de avaliar a configuração da hipótese normativa e a liberdade de escolher dentre soluções igualmente válidas, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade.

Trata-se da *discricionariedade administrativa*, entendida como “a inclusão no processo de aplicação da lei de uma avaliação subjetiva da própria Administração com a

¹²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade administrativa e controle judicial*. In: **Grandes temas de direito administrativo**. 1. ed., 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 37.

¹²⁸ O Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a possibilidade de aplicação de multas com lastro em resolução da ANTT expedida de acordo com a legislação setorial: “Consoante precedentes do STJ, as agências reguladoras foram criadas no intuito de regular, em sentido amplo, os serviços públicos, havendo previsão na legislação ordinária delegando à agência reguladora competência para a edição de normas e regulamentos no seu âmbito de atuação. Dessarte, não há ilegalidade configurada na espécie na aplicação da penalidade pela ANTT, que agiu no exercício do seu poder regulamentar/disciplinar, amparado na Lei 10.233/2001.” (T2, REsp 1635889/RS, Rel. Hermann Benjamin, DJe 19.12.2016). Por outro lado, conquanto não haja discricionariedade do agente em sede de processo administrativo disciplinar, no sentido de que o princípio do devido processo legal impõe a estrita observância dos direitos e garantias constitucionais e das fórmulas procedimentais (ver, por todos: STJ, T3, RMS 19741/MT, Rel. Min. Félix Fischer, j. 11.03.2008), a eleição da penalidade aplicável se insere na esfera de liberdade do administrador. Confira-se: “Não cabe ao Poder Judiciário decidir qual sanção deve ser aplicada pela Agência Reguladora, no exercício de seu poder de polícia, uma vez que a legislação de regência confere-lhe certa margem de discricionariedade na escolha e quantificação da penalidade a ser imposta ao infrator.” (TRF4, T4, 5036139-09.2013.4.04.7000, Rel.ª Vivian Josete Pantaleão Caminha, j. 30.01.2019). Como será abordado mais adiante, todavia, o ato de aplicação de penalidade administrativa deve se adequar aos princípios constitucionais que regem a atividade sancionatória estatal, tendo o Superior Tribunal de Justiça reconhecido que, “*em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a Servidor Público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia aos servidores públicos contra eventual excesso administrativo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais do procedimento sancionatório.*” (T1, AgInt AREsp 1395319/ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 17.12.2019). A interpretação que se extrai dos julgados é que ao Poder Judiciário não é dado definir a penalidade a ser aplicada, substituindo-se à autoridade administrativa, mas pode avaliar sua adequação ao caso concreto, com o fito de glosar eventuais condutas desbordantes.

qual se completa o quadro legal que condiciona o exercício do poder ou seu conteúdo particular.”¹²⁹ O que existe nesses casos, portanto, é um âmbito de atuação delineado pela lei para que o administrador possa atuar com desembaraço, elegendo o “se” (previsão) e o “como” (estatuição) do ato a ser praticado.¹³⁰⁻¹³¹

No que tange ao controle do exercício da competência discricionária, inicialmente a sindicabilidade estava restrita aos elementos vinculados do ato (competência, forma e finalidade),¹³² sendo defesa a incursão do Poder Judiciário sobre o chamado “mérito administrativo”.

Instituto cunhado sob os influxos do Estado Absolutista,¹³³ paulatinamente a discricionariedade passa a ser vista como elemento propiciador do arbítrio, razão pela qual houve o desenvolvimento de ferramental teórico tendente a restringir a liberdade administrativa, vindo a lume as teorias do “desvio de finalidade”, dos “motivos determinantes” e dos conceitos indeterminados, culminando, mais recentemente, na adstrição da discricionariedade aos princípios constitucionais.

Ao fito de apresentar atual panorama do controle judicial dos atos administrativos, com estreitamento na atividade regulatória, as principais teorias referidas serão apresentadas de forma individualizada, à luz de seus reflexos na prática jurisprudencial.

¹²⁹ ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomaz-Ramon. **Curso de derecho administrativo**. 4 ed. (reimp.), I. Madrid: Civitas, 1986, p. 430.

¹³⁰ SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. In: **Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 172-173.

¹³¹ Registra-se que, a despeito da simplicidade franciscana na apresentação do tema, o “conceito de discricionariedade (poder discricionário) é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito.” (ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 214). O que importa reter para fins desta exposição é a ideia de que a incompletude normativa implica a demarcação legal de uma área de liberdade ao decisor, sujeita a diferentes graus de sindicabilidade.

¹³² Parcela da doutrina registra que a liberdade de escolha do administrador em relação aos motivos pode se estender também à finalidade do ato a ser praticado numa situação específica. Assim, “(...) não há a mínima possibilidade de contestação quando se afirma que a Administração está *vinculada* a fins de interesse público. Mas isso não é suficiente para afastar certa margem de discricionariedade quando os fins têm que ser analisados em relação ao caso concreto. (...) A lei não predetermina a conduta que a Administração deve adotar num caso concreto, para atingir determinados objetivos de interesse público; a autoridade é que deverá decidir entre agir e não agir, agir por uma ou por outra forma.” (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 56).

¹³³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 193-194.

3.4.4.1 Controle do mérito administrativo

O mérito administrativo, identificado com o conjunto de circunstâncias conexas ao “motivo” e ao “objeto” do agir estatal, por compreenderem “os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo”, estaria imune ao controle judicial, sob pena de maltrato ao princípio da separação de poderes.¹³⁴⁻¹³⁵

Aqui a ênfase recai sobre o aspecto subjetivo do agente público, que tem de realizar a valoração de “dados contingentes”,¹³⁶ que condicionam a prática administrativa, e que muitas vezes se relacionam a aspectos específicos do setor regulado, de modo que, como regra, a avaliação dos antecedentes fáticos que demandaram uma determinada solução técnica escapa da alçada judicial, justamente pelo cabedal de conhecimentos necessário para valoração de dados extrajudiciais.

Sirva como exemplo o julgado do Superior Tribunal de Justiça que examinou medida liminar que, em sede de ação civil pública, manteve a “suspensão da cobrança de tarifa interurbana nas ligações telefônicas” realizadas entre localidades situadas na área de um mesmo município.

A decisão impugnada acabou por se utilizar do conceito descritivo de organização política, mencionando que o distrito não detinha autonomia em relação ao município sede, como forma a inviabilizar que a estrutura tarifária tivesse por base uma ligação interurbana.

O Ministro relator, contudo, destacou de início que a questão era “bem mais complexa do que sugerem as razões de decidir colacionadas no *decisum* hostilizado”, uma vez que a definição da “área local” para fins tarifários não levava em conta

¹³⁴ FAGUNDES, M. Seabra. **Controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 127-128. De igual modo, Hely Lopes Meirelles afirmava que “[e]m tais atos [os discricionários], desde que a lei confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não há padrão de legalidade para aferir essa atuação”, ressaltando mais adiante a possibilidade de controle na hipótese de abuso ou desvio de poder. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. Op. cit., p. 165-166).

¹³⁵ Há, em sentido contrário, julgados que parecerem reconhecer a plena sindicabilidade dos aspectos discricionários dos atos administrativos, sob o fundamento de que a margem de liberdade da Administração Pública não é absoluta, de modo que “seus abusos podem e devem ser submetidos à apreciação do Poder Judiciário, a quem cabe o controle de sua legalidade, bem como dos motivos e da finalidade dos atos praticados sob o seu manto.” Não se pode extrair do julgado, todavia, uma linha conceitual segura, pois mais adiante registra ser vedado ao magistrado “declarar ilegal um ato discricionário tão só por discordar dos valores morais invocados pela Administração, quando ambos são válidos e admissíveis perante a sociedade.” (STJ, T1, REsp 1612931/MS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 20.06.2017).

¹³⁶ FERRAZ, Sérgio. Controle judicial do mérito do ato administrativo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Perspectivas do direito público**: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 298.

necessariamente a organização político-geográfica dos municípios, de modo que deveria ser aplicada na espécie a Resolução 85/98 da Anatel, que considera a “área geográfica contínua de prestação de serviços, definida pela Agência, segundo critérios técnicos e econômicos, onde é prestado o STFC na modalidade local” (art. 3º, II).

Assim é que na ementa do aresto constou que “[a]o adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das ‘áreas locais’ estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir.”¹³⁷

De igual modo, o TRF da 2ª Região reconheceu que, como as Leis 8.987/95 e 9.247/96 e o Decreto 2.335/97 não fixam parâmetros para a revisão de tarifas de energia elétrica, deve a Aneel estabelecê-los por meio de ato administrativo, com a ressalva de que não cabe o controle judicial de decisões da Administração Pública que demandem conhecimentos específicos do setor regulado, uma vez que isso “envolve múltiplos fatores para os quais a agência reguladora encontra-se muito mais preparada tecnicamente do que os órgãos do Poder Judiciário.”¹³⁸

No âmbito da Justiça Estadual, o TJSP manteve a decisão denegatória da segurança pleiteada contra o ato da Artesp (Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte) que definiu determinado padrão de segurança para o sistema de cobrança de tarifas nas praças de pedágio, ao argumento de que “[n]ão cabe ao Poder Judiciário imiscuir-se na apreciação e motivação administrativa quando esta se mostrar razoável e adequada ante os elementos existentes, vedada a apreciação do mérito administrativo, a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade.”¹³⁹

Em sentido próximo, o TJPR que manteve a decisão que indeferiu a tutela de urgência pleiteada em ação popular para suspender os efeitos do ato da Agência local que reajustou a tarifa dos serviços de fornecimento d’água e coleta de esgoto, constando da ementa que “[o] Poder Judiciário somente pode interferir nos critérios técnicos e contratuais utilizados pelo Município, para a realização do reajuste da tarifa do transporte coletivo, quando constatada a existência de grave desequilíbrio.”¹⁴⁰

Os julgados estaduais têm em comum a peculiaridade de que não reconheceram propriamente a impossibilidade de apreciação das questões técnicas que serviram de

¹³⁷ (STJ, T2, REsp 572.070/PR, Rel. Min. João Otávio Noronha, j. 16.03.2004).

¹³⁸ (TRF 2, 8ª Turma Especializada, Ap. 0029588-78.2003.4.02.5101, Rel. Marcelo da Fonseca Guerreiro, j. 18.12.2019).

¹³⁹ (TJSP, 6ª Câmara de Direito Público, Ap. 1030761-08.2018.8.26.0053; Rel. Sidney Romano dos Reis, j. 07.10.2019).

¹⁴⁰ (TJPR, 5ª C. Cível, 0026879-62.2019.8.16.0000, Rel. Nilson Mizuta, j. 03.09.2019).

lastro à edição dos atos impugnados, mas sim a insuficiência do acervo probatório coligido para lastrear exames mais aprofundados.

Com efeito, enquanto a Corte paranaense averbou que “[o] equívoco ou incorreção grosseira da tarifa somente seria possível a partir da prova pericial, ou seja, com a instrução probatória”, do aresto Tribunal paulista constou que “(...) a pretensão da impetrante esbarra em necessária dilação probatória com vistas a respaldar suas assertivas acerca de qual o sistema/padrão melhor atenderia às necessidades da Administração (...).

Há, nesse ponto, uma relevante distinção conceitual que permite divisar duas racionalidades diversas acerca do papel a ser desempenhado no controle da atividade regulatória: no primeiro caso (representado pelos acórdãos do STJ e do TRF 2), ficaram delineadas áreas infensas à apreciação judicial, ao passo que na segunda hipótese (correspondente aos acórdãos dos Tribunais estaduais) a resolução das controvérsias teve como fio condutor a presunção de legitimidade dos atos administrativos, sem que fosse afastada a possibilidade da eventual produção de provas tendentes a contrapor as conclusões das agências locais.¹⁴¹

O que se pode extrair dos julgados, ademais, é que o fato de as agências reguladoras se utilizarem cotidianamente de conhecimentos específicos, de cunho eminentemente extrajurídico, acarretou uma tendência de autocontenção do Poder Judiciário na seara de controle, sem contudo, a utilização de linhas argumentativas uniformes.¹⁴²

¹⁴¹ Parte da doutrina reconhece a possibilidade de que, diante de questões que demandem conhecimento técnico, recorra o juiz a peritos versados sobre o assunto (DI PIETRO, Maria Silvia. O papel das agências reguladoras nos serviços concedidos. In: **Parcerias na administração pública**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 145-146; MENDES, Conrado Hubner. Reforma do estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros da discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 130-131; MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a “elaboração processual de normas”. Op. cit., p. 200-206). Aparentemente, este é também o entendimento adotado em LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 360-363). Em sentido próximo, Marçal Justen Filho reconhece a possibilidade de o juiz examinar as deliberações técnicas dos órgãos reguladores e apontar a incorreção da escolha realizada, ressalvada “(...) a impossibilidade de o Judiciário substituir-se à autoridade administrativa no tocante ao exercício das escolhas discricionárias.” (In: **O direito das agências...**, op. cit., p. 591-592), entendimento igualmente esposado em Paulo Todescan Lessa MATTOS (In: **O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006. p. 151).

¹⁴² Há, no ponto, referência à chamada “discricionariedade técnica”, expressão que, segundo Antônio Francisco de Sousa, é utilizada para significar a margem de liberdade que detém a Administração para tomar “decisões altamente técnicas”, não sujeitas a controle pela “falta de preparação dos juizes”, salvo nas hipóteses de “erro manifesto”. O autor ressalta que a doutrina não tem fundamento científico, a começar porque a expressão “decisão técnica” já constitui em si mesma um conceito indeterminado, sujeito à valoração do intérprete. Daí sustentar que sob a rubrica “discricionariedade técnica” há na verdade “juízos técnicos de verificação” (que só comportam a verificação da existência ou não de uma determinada situação, sem margens de liberdade decisória), “juízos de valor” (terreno da

Assim, ao examinar a decisão liminar que havia fixado o valor a ser pago por uma companhia para utilização da rede móvel de outra operadora (VU-M), o Superior Tribunal de Justiça assinalou:

(...) Em matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível - cautela que não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo (...).¹⁴³

Por outro lado, registra-se a existência de entendimento diverso, no sentido de que “[é] possível ao Poder Judiciário anular atos administrativos editados no exercício da discricionariedade técnica quando atentatória à razoabilidade e proporcionalidade”,¹⁴⁴ o que alteraria os parâmetros de aferição, pois que não haveria propriamente a circunscrição de áreas isentas de controle, mas ponderação entre valores constitucionais colidentes.

3.4.4.2 Desvio de finalidade

A teoria do desvio de finalidade ficou consagrada entre nós por meio de aresto do TJRN relatado pelo então desembargador Seabra Fagundes (Apelação Cível nº 1422,

discricionariedade, por implicar escolhas do aplicador), bem como “juízos de prognose” (sujeitos a um controle judicial menos intenso) (SOUSA, António Francisco de. **“Conceitos indeterminados” no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 105 e ss). Seguindo a mesma linha, Alessi afirma que não há critérios claros, precisos e convincentes para diferenciar ambas as figuras, destacando que os termos “discricionariedade e técnica são essencialmente inconciliáveis: em verdade (...) quando se trata de uma questão meramente técnica essa se resolve exclusivamente com base em regras e critérios técnicos, e a Administração Pública não tem a possibilidade de se afastar dessas regras (...)” (ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**, op. cit., p. 250). Na doutrina nacional, Marçal Justen Filho assinala que não há margem de liberdade decisória no caso de questões que pressuponham conhecimentos técnicos, por que a margem de escolha do administrador estará restrita pelos “limites da discussão científica.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7 ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 2010). De igual modo, Sérgio Guerra rejeita a existência de uma margem aprofundada de apreciação que decorra apenas do manejo de conhecimentos extrajurídicos, concluindo que “(...) a Agência Reguladora não goza de discricionariedade estritamente técnica na expedição de seus atos, e sim uma discricionariedade administrativa pura.” (GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 208). Aprofundar em: PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e apreciação técnica da administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 217-268, jan. 2003; MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a “elaboração processual de normas”. Op. cit., p. 200-204; ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação econômica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁴³ (STJ, T2, REsp 1.171.688/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 01.06.2010).

¹⁴⁴ (TRF1, 6ª Turma, AMS 0040456-55.2013.4.01.3400, Rel.ª Daniele Maranhão Costa, j. 20.11.2019). E, ainda que o caso não guarde relação com a atividade regulatória, a mesma Corte reconheceu que as especificidades da questão fática subjacente não recomendam necessariamente a abstenção judicial, ou seja, “a discricionariedade técnica não constitui obstáculo ao contraste jurisdicional pleno da atividade administrativa” (TRF1, 5ª Turma, 0047556-13.2012.4.01.0000/DF, Rel. João Batista Moreira, j. 11.12.2013).

de 28.07.1948).¹⁴⁵ Tratava-se de mandado de segurança ajuizado por uma operadora de transporte coletivo que sofrera restrição nos horários de funcionamento de suas linhas regulares em benefício de uma concorrente, com manifesto prejuízo aos usuários.

Após registrar “a pobreza da jurisprudência em matéria administrativa, e, por outro lado, a timidez que o Judiciário,¹⁴⁶ salvo casos isolados, guarda em intensidade na apreciação dos atos administrativos”, a Corte concedeu a segurança ao argumento de que “[o] ato que, encobrendo fins de interesse público, deixe à mostra finalidades pessoais, poderá cair na apreciação do Poder Judiciário, não obstante originário do exercício de competência livre.”¹⁴⁷

Aí estavam delineados, portanto, os contornos da teoria do desvio de finalidade, a ser aplicada naquelas situações em que, não estando os fins visados pelo legislador suficientemente definidos, o administrador utiliza sua competência para atingir finalidade não respaldada pela lei ou alheia às suas atribuições.¹⁴⁸

Exemplo da aplicação da teoria à seara regulatória na primeira hipótese (obtenção de finalidade estranha à regra de competência) pode ser extraído de julgado do TRF 1ª Região na Apelação nº 26448-59.2002.4.01.3400/DF, que fulminou ato da Aneel que revogou determinadas regras do Mercado Atacadista de Energia (mercado livre entre geradores e distribuidores), homologadas pela Resolução 290/2000.

No caso concreto, a agência reguladora declarou retroativamente a invalidade de uma disposição específica sobre o provisionamento de lucros, o que implicou a glosa de receita obtida pela concessionária com a venda de energia elétrica de sua titularidade em região diversa (na qual eram praticados preços mais altos).

Além de reconhecer a violação ao devido processo legal, o aresto declarou:

Configura desvio de poder a agência reguladora invocar competência regulatória para suprimir retroativamente regras por ela aprovada para favorecer outros agentes do mercado para diminuir

¹⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade administrativa e controle judicial. In: **Grandes temas de direito administrativo**. Op. cit., p. 51.

¹⁴⁶ Esse aspecto é destacado para retratar os albos do controle judicial dos atos administrativos entre nós, servindo como contraponto ao atual estado da arte, com os efeitos que isso gera sobre a segurança jurídica.

¹⁴⁷ O acórdão está reproduzido e comentado em LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário da administração - abuso desse poder - mandado de segurança - direito líquido e certo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 14, p. 52-82, out./1948.

¹⁴⁸ Aprofundar em: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Desvio de poder. In: **Grandes temas de direito administrativo**. Op. cit., p. 113-142; TACITO, Caio. Desvio de poder por atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 1-13, abr. 2002; MELLO, Rafael Munhoz de. Desvio de poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 31-66, abr. 2002.

o prejuízo de empresas geradoras do Sudeste em prejuízos de empresas geradoras do Sul que tinham direito ao lucro.¹⁴⁹

A relevância decorre ainda do emprego da teoria de desvio de finalidade como instrumento objetivo de minimização dos riscos da captura das agências por interesses privados.¹⁵⁰

3.4.4.3 Discricionariedade vinculada à juridicidade

Se no Estado Liberal o princípio da legalidade representou a fórmula capaz de conter o arbítrio e dar previsibilidade à atuação pública, o modelo se revela insuficiente para um “Estado no qual a ideia de Direito signifique a instrumentalização da busca concreta da Justiça material para o povo que o forma e que dele deve participar.”¹⁵¹⁻¹⁵²

A experiência histórica recente demonstrou que a legalidade pode muitas vezes ser o veículo do arbítrio e do totalitarismo, de modo que a atuação do Estado deve se legitimar também pela observância de valores éticos e sociais plasmados no texto constitucional, pelo que Binjenbojm¹⁵³ fala na “vinculação à juridicidade”, que fornece

¹⁴⁹ (TRF1, T5, Ap. 0026448-59.2002.4.01.3400, Rel.^a Selene Maria de Almeida, j. 26.03.2014).

¹⁵⁰ BAGATIN, Andréia C. **O problema da captura das agências reguladoras independentes**. Dissertação (Mestrado em Direito), USP, São Paulo, 2010, p. 162-170.

¹⁵¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 71.

¹⁵² Tivemos oportunidade de examinar o tema sob a perspectiva da atividade jurisdicional, mas as conclusões a que chegamos parecem adequadas ao raciocínio que pretendemos aqui alinhavar: “Por outro lado, não se vislumbra mais um Estado do tipo piramidal, no qual o poder é exercido de forma descendente, e onde a lei, como norma geral e abstrata, garantia a estabilidade justamente por aspirar uma validade por tempo indeterminado. Antes, o que se tem é uma multiplicidade de centros de poder (nem sempre estatal), que atuam em rede, de forma concorrente e muitas vezes colidente. Nesse contexto, a ordem constitucional funciona como elemento catalisador dos anseios coletivos, congregando princípios, valores substanciais e direitos fundamentais numa sociedade complexa e pluriclasse. Ou seja, se no Estado Liberal a segurança advinha da onipotência do legislador, com a subordinação dos juízes à plenitude da lei, no Estado Constitucional ela decorre da subordinação da atividade jurisdicional a um plexo de valores e princípios capazes de fazer frente à fragilidade dos arranjos políticos e à constante mudança dos anseios sociais, sem prejuízo das exigências de previsibilidade, calculabilidade, publicidade e transparência da atuação estatal.” (DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. A coisa julgada sobre questão como concreção do princípio da boa-fé. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 10, p. 139-150, jul./dez. 2019).

¹⁵³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Op. cit., p. 306. Aprofundar em: ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 51-64, abr. 2004; CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 274, p. 175-208, mai. 2017; DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de direito e cidadania. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 194-200; SILVA, Almiro de Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. In: **Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 19-41; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Juridicidade, pluralidade normativa, democracia e controle social: reflexões sobre alguns rumos do direito público neste século. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro de Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 91-119; ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho**

um parâmetro hierarquizado de aferição de legitimidade dos atos administrativos: Constituição, leis, atos normativos secundários.¹⁵⁴

Nesse terreno ganham relevância os princípios¹⁵⁵ da proporcionalidade e da razoabilidade, positivados no artigo 2º, *caput*, e inc. VI, da Lei 9.784/1998 e no artigo 8º do Código de Processo Civil (aplicado de forma supletiva e subsidiária ao processo administrativo por força do correlato artigo 15).

O primeiro que funciona como instrumento de controle da “adequação dos meios administrativos (sobretudo coactivos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos postos em conflito”¹⁵⁶, por meio do exame da conduta administrativa em cotejo com seus [do princípio] três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O tratamento teórico do tema é vasto e se reveste de minúcias que escapam aos limites propostos, mas, para o que aqui interessa,

(...), o princípio da proporcionalidade determina que a aplicação da lei seja congruente com os exatos fins por ela visados em face da situação concreta. De igual modo, exige que o agente público aplique a lei de modo adequado (relação ‘meio utilizado pelo ato’ e ‘fim visado pela norma), com a menor restrição possível (desde que necessária e suficiente ao escopo normativo), sempre de modo compatível com o interesse público (dentre as medidas mais adequadas e menos restritivas, a que comprovadamente seja a mais vantajosa).¹⁵⁷

dúctil: ley, derechos, justicia. (Trad. Marina Gascón). 10 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 21-45. MEDAUAR, Odete. O quadro político-institucional do direito administrativo e suas mutações. In: **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 71-147; FREITAS, Juarez. Atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. In: **Estudos de direito administrativo**. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 131-152.

¹⁵⁴ A questão que daqui decorre é a da *reserva de lei*, entendida como a definição constitucional de áreas em que a juridicidade se exprime necessariamente por meio de lei formal, seja de forma absoluta (com exclusão de qualquer outro veículo normativo), seja de forma relativa, “quando a disciplina da matéria é em parte admissível a outra fonte diversa da *lei*, sob a condição de que esta indique as bases em que aquela deve produzir-se validamente.” (SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. Op. cit., p. 426 – grifo no original). O debate será retomado no Capítulo 4, por ocasião do exame da existência de diferentes *standards* de controle da atividade regulatória e de uma reserva de regulação em nosso sistema constitucional.

¹⁵⁵ Humberto Ávila, todavia, os classifica como *postulados*, na perspectiva de que não estabelecem fins a serem atingidos e nem prescrevem comportamentos (de forma direta ou indireta), mas orientam a aplicação das normas que o fazem (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 87 e ss). No mesmo sentido: GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 167-170.

¹⁵⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 260.

¹⁵⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. **O processo administrativo...** Op. cit., p. 118. Aprofundar em: FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 61-66; GUERRA FILHO, Willis Santiago, Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; ____ (Orgs.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 268-283; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 798, p. 23-50, abr./2002; ALEXYS, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. reimp. Trad. Ernesto Garzón Valdés, 2001. Madrid: Centro de Estudios Políticos e

Tal concepção encontra-se amplamente absorvida em âmbito jurisprudencial, tendo o Superior Tribunal de Justiça proclamado que

Cabe ao Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, zelar, quando provocado, para que o administrador atue nos limites da juridicidade, competência que não se resume ao exame dos aspectos formais do ato, mas vai além, abrangendo a aferição da compatibilidade de seu conteúdo com os princípios constitucionais, como proporcionalidade e razoabilidade.¹⁵⁸

Já o princípio da razoabilidade diz com o aspecto da racionalidade e coerência da decisão administrativa, considerados os valores predominantes da sociedade em determinado momento histórico.¹⁵⁹

Todo o aparato conceitual acima referido é igualmente aplicável à seara regulatória, desempenhando o Poder Judiciário testes de adequação dos atos praticados pelas agências ao texto constitucional.¹⁶⁰

Para ilustrar a assertiva, o TRF da 2ª Região confirmou decisão que rejeitou pedido de anulação de auto de infração lavrado pela ANP contra empresa que comercializou etanol e derivados de petróleo sem consignar nas notas fiscais a numeração dos respectivos “boletins de conformidade”, em descumprimento ao disposto no artigo 7º, § 4º, da Resolução 36/2005.

E conquanto a empresa apenas tenha acenado com a suposta desproporcionalidade da medida, já que houve regularização da falha *a posteriori*, foi reconhecida a observância do devido processo administrativo (inclusive com a interposição de recurso à própria agência), bem como que as exigências consistiam em “formalidade substancial” (o que afastaria a desnecessidade da medida), de modo que não caberia ao Poder Judiciário “rever decisões do ente regulador, com base em suposta

Constitucionales, 2001, p. 111-115; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade administrativa e controle judicial. In: **Grandes temas de direito administrativo**. Op. cit., p. 75-77.

¹⁵⁸ (STJ, T5, REsp 1001673/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, j. 06.05.2008).

¹⁵⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Princípios da proporcionalidade e da legalidade na regulação estatal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 381, abr. 2003. Ampliar em NOVAIS, Raquel Cristina Ribeiro. A razoabilidade e o exercício da discricionariedade. In: **Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 19-47.

¹⁶⁰ “O controle dos atos regulatórios pelo Poder Judiciário envolve o exame da validade de seus elementos – objeto, forma, motivo, competência e finalidade – buscando-se apurar se o regulador se manteve equidistante dos interesses e alcançou o equilíbrio entre custos e benefícios, dentro da lei, observados os **princípios da realidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da segurança jurídica.**” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. As agências reguladoras e os princípios constitucionais. In: **O direito administrativo em debate**: 2ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 55 - grifos no original).

violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, quando amparadas em conhecimentos eminentemente técnicos.”¹⁶¹

E o mesmo princípio foi utilizado para desconstituir ato de interdição integral de estabelecimento levado a efeito pela mesma agência, em razão da venda de etanol em desconformidade com os padrões técnicos exigíveis, sob o fundamento de que a medida restritiva deveria recair apenas sobre os equipamentos que continham o combustível adulterado:

A interdição de estabelecimento de comércio varejista de combustíveis e derivados do petróleo, em virtude de irregularidade, deverá se limitar aos equipamentos onde foram encontradas desconformidades com as especificações técnicas, não se justificando a sua efetivação em todo o estabelecimento, sob pena de violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.¹⁶²

3.5 UM NOVO CONTROLE JUDICIAL DA REGULAÇÃO?

Como se viu, o controle judicial dos atos regulatórios se utiliza do mesmo ferramental empregado na fiscalização da Administração Pública em geral, apresentando as mesmas virtudes e se ressentindo das mesmas vicissitudes.

Nessa perspectiva, a referência a julgados eleitos por amostragem teve por escopo apenas ilustrar a constatação de que a origem do ato inquinado não implica a diferenciação das técnicas aplicadas, sem qualquer pretensão de representar um levantamento exauriente sobre o tema.

E isso acaba por trazer uma grave inconsistência sistêmica, pois sujeita a regulação a variáveis capazes de afetar significativamente sua uniformidade e eficácia.

Com efeito, um estudo realizado sob os auspícios do Conselho Nacional de Justiça constatou que a estimativa de *tempo de trâmite mínimo* para a ultimação das ações envolvendo as agências reguladoras e o CADE era de 50 meses, enquanto que em relação aos casos encerrados (com trânsito em julgado) o *tempo médio de tramitação* foi de 36 meses, chegando até 69 meses “nos casos em que o Judiciário *não* confirma a decisão administrativa (a anula ou reforma parcialmente).”¹⁶³

Por outro lado, nas hipóteses em que o Poder Judiciário examina aspectos substanciais “(diferentemente de uma decisão baseada em questões processuais), parece

¹⁶¹ (TRF2, 8ª Turma Especializada, Ap. 0000143-97.2012.4.02.5101, Rel. Marcelo Pereira da Silva, j. 11.11.2015).

¹⁶² (TRF 1, 5ª Turma, 0040950-15.2012.4.01.3800/MG, Rel. Souza Prudente, j. 21.03.2018).

¹⁶³ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio (Coords.). **Direito regulatório e concorrencial no poder judiciário**. São Paulo: Singular, 2014, p. 17.

que o tempo de processamento é significativamente maior: por volta de cinco anos (58 meses).”¹⁶⁴

Outra circunstância que afeta significativamente a segurança jurídica é o grau de mutabilidade das decisões judiciais (“índice de incerteza”), alteradas ao longo da relação processual por força de medidas liminares ou provimentos recursais, retirando o atributo de previsibilidade da ação regulatória.

E a conjugação desses dois fatores traz a reboque “(...) a sinalização adversa para as partes, tornando atraente a judicialização de questões regulatórias por aqueles litigantes que, embora não acreditem nas razões de mérito para reversão da decisão administrativa, podem ter benefícios com o atraso da intervenção das agências.”¹⁶⁵

Por outro lado, o mesmo estudo constatou que “é elevado o grau de confirmação das decisões”¹⁶⁶ das agências reguladoras, o que autoriza a conclusão de que a prática judicial assimilou a ideia de autocontenção diante das agências reguladoras,¹⁶⁷⁻¹⁶⁸ havendo mesmo o reconhecimento de um princípio da “deferência técnico-administrativa”¹⁶⁹ a orientar o controle de atos praticados no exercício de competência discricionária.

¹⁶⁴ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Revisão Judicial de decisões das agências regulatórias: jurisdição exclusiva? In: PRADO, Mariana Mota (Org.). **O judiciário e o estado regulador brasileiro**. São Paulo: FGV Direito, 2016, p. 27.

¹⁶⁵ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio (Coords.). **Direito regulatório e concorrencial no poder judiciário**. Op. cit., p. 19.

¹⁶⁶ Idem, p. 17. O estudo revela, todavia, que o *índice de confirmação* das decisões regulatórias varia de forma considerável de acordo com a Agência que as profere: a) ANA – 100%; b) ANAC – 10%; c) ANATEL – 92%; d) ANCINE – 75%; e) ANEEL – 65%; f) ANP – 71%; g) ANS – 60%; h) ANTAQ – 71%; i) ANTT – 90%; j) ANVISA – 33%; k) CADE – 74%; CVM – 50% (p. 18).

¹⁶⁷ Sirva como exemplo o que constou da ementa do julgado do TRF 1ª Região mencionado na nota de rodapé nº 57: “É de se ressaltar que a intervenção do Judiciário em atos concretos de reajuste tarifário, num sistema econômico sério, deve se mover pelo princípio da autorrestrrição (‘self restraint’), sob pena de implicar verdadeira bomba de efeito retardado cujas consequências serão posteriormente sofridas pelo jurisdicionado (consumidor), que arcará com as diferenças de reduções tarifárias artificialmente impostas, mas que, cedo ou tarde, terão que ser cobradas (‘no free lunch’).”

¹⁶⁸ No âmbito da Justiça Federal foi instituído o Fórum Nacional da Concorrência e da Regulação (Fonacre), com o intuito de fomentar o debate e o aperfeiçoamento nas áreas de referência, funcionando por meio de reuniões nas quais podem ser aprovados enunciados e recomendações administrativas para a magistratura. E o Enunciado 8 tem a seguinte redação: “*Embora o controle de juridicidade dos atos regulatórios não obedeça a uma parametrização fechada, o Poder Judiciário deve privilegiar intervenções procedimentais em vez de intervenções resolutivas, de modo a verificar a observância, entre outros pontos, i) da transparência e da publicidade das decisões administrativas, ii) da legitimidade e da efetiva participação dos atores juridicamente interessados, inclusive da sociedade civil, iii) da realização do estudo de Análise de Impacto Regulatório (AIR), quando cabível; e iv) do atendimento das balizas legais e constitucionais autorizativas da regulação, bem como dos seus motivos determinantes.*” (Disponível em: <<https://www.ajufe.Org.br/fonacre/enunciados-fonacre?start=20>>. Acesso em: 7 fev. 2020).

¹⁶⁹ REsp 1.171.688/DF, acima referido.

A priori, as conclusões do estudo parecem compreender dados incompatíveis no tocante à prestação jurisdicional, pois se o desfecho dos processos é prioritariamente favorável às agências, o conjunto de reiteradas decisões sobre temas específicos deveria contribuir para unificar entendimentos e reduzir a duração e os custos dos processos.

Todavia, o achado se justifica por aspectos processuais (deliberações liminares, multiplicidade de recursos, disputas sobre competência, realização de perícias) e circunstâncias estruturais (ausência de juízos especializados, dúvidas sobre o escopo da revisão, formalismo exacerbado e “insensibilidade às razões regulatórias”).¹⁷⁰

Sob esse pano de fundo, contudo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de um “dever de deferência”, com lastro em aspectos estruturais do Poder Judiciários e das peculiaridades da atividade regulatória.¹⁷¹

E a despeito de não constituir um precedente vinculante (CPC, art. 927), o julgado é paradigmático por reconhecer que: a) a interpretação jurídica deve levar em consideração as capacidades institucionais do julgador e das partes; b) as questões regulatórias se revestem de peculiaridades que as diferenciam de outras “comumente enfrentadas pelo Judiciário”; c) não podem ser desconsiderados os efeitos práticos da decisão.¹⁷²

É da conjugação desses três fatores que se estrutura o princípio da deferência, que, todavia, carece de justificativa constitucional e de *standards* de aplicação, não apenas porque se retira a ênfase do mérito administrativo (conceito que, ademais, estava esgarçado pela concepção de *graus de vinculação*), mas também porque a potencialização da ideia de “capacidades institucionais” pode, no limite (isto é, sem modulação de sua intensidade), acarretar a integral retirada do Poder Judiciário do cenário regulatório, em violação ao artigo 5º, inc. XXXV, da Constituição da República.¹⁷³

¹⁷⁰ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio (Coords.). **Direito regulatório e concorrencial no poder judiciário**. Op. cit., p. 21-28. As conclusões do estudo serão novamente analisadas no Capítulo 4.

¹⁷¹ (STF, 1ª T, Ag. Reg. RE 1.083.955/DF, Rel. Min. Luiz Fux, unânime, j. 28.05.2019). O julgado será examinado no Capítulo 4.

¹⁷² Registra-se que esse requisito constava do artigo 25 do Código de Ética da Magistratura Nacional (“Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar”), tendo sido posteriormente positivado no art. 20, *caput*, da LINDB (por força da Lei 13.655/2018).

¹⁷³ “Pela deferência à decisão regulatória, o Judiciário pode, inclusive, deixar de analisar o conteúdo do ato regulatório.” (WANG, Daniel Liang; PALMA, Juliana Bonacorsi; COLOMBO, Daniel Gama e. Revisão Judicial dos atos das agências regulatórias: uma análise da jurisprudência brasileira. In: SCHAPIRO, Mario Gomes. **Direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 280).

E se o que se tinha até recentemente eram parâmetros sugeridos pela doutrina,¹⁷⁴ atualmente há um *microssistema regulatório*, formado pela LINDB e pelas Leis 13.848/2019 e 13.874/2019, além da legislação que disciplina as agências setoriais, que fornece critérios objetivos para um controle judicial deferente nessa seara.¹⁷⁵

Para logo, o que se pode dizer é que, a despeito da relação existente entre liberdade de escolhas e deferência, a racionalidade subjacente não é a mesma que anima o controle da discricionariedade.

Não se trata da delimitação de áreas interdidas à fiscalização judicial em razão do princípio da separação de poderes, mas sim da retração decorrente de uma análise (substancial, procedimental e institucional) orientada por uma finalidade a ser atingida de maneira eficaz, por meio de atores dotados de legitimidade e *expertise*.

3.6 REALINHANDO AS VISADAS

A proposição de novos parâmetros de controle judicial dos atos regulatórios parte de uma releitura do princípio da separação de poderes, na perspectiva de que as agências constituem órgãos constitucionais secundários.

Independentemente do juízo que se possa fazer a respeito desses novos atores, o fato é que foram democraticamente inseridos no roteiro institucional, alterando a dinâmica do Estado, a forma de relacionamento entre os Poderes e a racionalidade subjacente à atividade administrativa.

A crescente deslegalização que acompanhou esse processo traz consigo a ideia de que o emprego do poder extroverso na seara regulatória cede espaço a uma atividade concertada, dialógica, e transparente, orientada à obtenção de resultados.

Se pela subtração da disciplina da lei o cidadão se vê alijado da possibilidade de participar (por meio de seus representantes) da formação dos marcos que devem orientar

¹⁷⁴ Assim, Gustavo Binbenbim propõe que a intensidade do controle seja: *diretamente proporcional* à restrição imposta aos direitos fundamentais e à densidade normativa dos preceitos aplicáveis; b) *inversamente proporcional* ao grau de tecnicidade da questão e ao conteúdo político da decisão administrativa. (In: **Uma teoria do direito administrativo**. Op. cit., p. 235-238). De outro lado, Marcos Veríssimo aponta que o grau de restrição judicial estará ligado à análise do processo administrativo que ensejou a edição da norma, bem como a fatores como: “(i) grau de seriedade, imparcialidade e comprometimento da agência reguladora; (ii) sua abertura democrática; (iii) a legalidade e a transparência dos procedimentos; (iv) histórico de sua atuação; (v) coerência da norma administrativa em apreço com a ação pretérita do órgão”, além de uma análise comparativa entre as capacidades institucionais do órgão regulador e do Poder Judiciário. (VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 413).

¹⁷⁵ Voltaremos ao tema no Capítulo 4.

determinados setores essenciais para a vida coletiva, há necessidade de reforço de outros instrumentos que garantam a legitimação da atuação estatal.

É evidente que o ferramental cunhado ao longo de anos de prática administrativa não perdeu sua validade.¹⁷⁶ O que muda é a forma como deve ser empregado, demandando a adoção de novas pautas hermenêuticas, abertas à complexidade da prática regulatória.¹⁷⁷

Se antes o controle era obstado pelo *mérito* do ato administrativo, orientado pela “conveniência” (dado anímico, de difícil cognoscibilidade) e pela “oportunidade” (que traz ínsita a ideia de um momento determinado, destacado na linha temporal), o que se propõe é a calibragem desse mesmo controle, em atenção à *finalidade* plasmada numa política pública setorial, forjada na arena parlamentar pelos impactos de interesses conflitantes, como é próprio de um regime democrático.

O que se preconiza, portanto, é a necessidade de atualização do instrumental de controle desenvolvido para outros cenários, nos quais o Estado era de direito antes de ser democrático, pois como assinala Eduardo Jordão, a complexidade das decisões administrativas seria de pouca valia “se o procedimento utilizado no caso concreto para determinação da intensidade não refletisse essa complexidade ou estivesse aberto a ela, permitindo ponderações ótimas.”¹⁷⁸

A mesma lógica que orienta a atividade regulatória se estende ao seu controle, cujo foco não está apenas “em controlar o desempenho comportamental tal como *realizado*, mas como ele se *realizará*”, transferindo ao juiz “a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes (...).”¹⁷⁹

Sobe ao palco a deferência, entendida como uma atitude de respeito e contenção judicial diante de escolhas públicas realizadas por outros atores, igualmente legitimados, e quiçá mais capacitados para desempenhar aquele papel, sempre com observância do

¹⁷⁶ Nesse ponto, é imprescindível recorrer à interessante metáfora cunhada por Leonardo Ribeiro, para quem “(...) o direito administrativo, por força de seu desenvolvimento contínuo, dedicação a interesses múltiplos, caráter acumulativo, cultural, concreto e cotidiano, se transformou na compilação de uma grande diversidade de institutos e formas de organização com vocações próprias, que juntos integram uma verdadeira caixa de ferramentas voltada à instrumentalização de interesses públicos caso a caso.” (RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. **Revista de Direito Administrativo**, 272, p. 212, mai./ago. 2016).

¹⁷⁷ MARQUES NETO, Floriano. Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração. In: SALLES, Carlos Alberto (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 193.

¹⁷⁸ JORDÃO, Eduardo. Entre o prêt-à-porter e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. **Revista Brasileira de Direito Público**, 52, jan./mar. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br>>. Acesso em: 16 set. 2016.

¹⁷⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, 21, p. 18-19, mai. 1994.

devido processo legal, tudo sob as vistas de uma plateia atenta, que, ao contrário do que ocorria anteriormente, é chamada a tomar parte do espetáculo.

A nova sistemática representa uma nítida evolução do critério existente, pois que o controle da discricionariedade (em todas as suas vertentes) segue “parâmetros não positivos com força legitimatória”¹⁸⁰, ao passo que a análise deferencial decorre de um conjunto de leis que rege o sistema regulatório, funcionando como elemento garantidor da legitimidade e da eficiência da atuação estatal, contribuindo para o incremento da segurança jurídica.

¹⁸⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Discricionariedade administrativa das autoridades reguladoras e aplicação das normas punitivas. **Fórum Administrativo**, 115, p. 11, set. 2010.

4. O CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO SISTEMA NORTE-AMERICANO

*Como o governo pode garantir políticas de regulamentação mais sábias ou justas? Como ele pode regular os reguladores?*¹⁸¹

4.1 SITUANDO A QUESTÃO

As agências ocupam papel determinante no sistema jurídico norte-americano, a ponto de se afirmar que o Direito administrativo “é, fundamentalmente, o Direito das Agências.”¹⁸²

A análise deve partir necessariamente da exígua compostura dada pela Constituição de 1787 ao Poder Executivo (Artigo II), investida na pessoa do Presidente da República (Seção 1), e que está estruturada em “departamentos” responsáveis pela execução de “tarefas” concernentes às respectivas atribuições (Seção 2).

A relação que se estabelece entre o Presidente e os agentes encarregados das tarefas públicas consiste na possibilidade de “requisição de pareceres escritos” sobre assuntos de sua competência, havendo uma tensão permanente entre sua posição como responsável político pelos atos de governo e a existência de outros atores incumbidos de cumprir tarefas públicas.

Nesse sentido, o texto constitucional norte-americano não traz as conformações da estrutura administrativa vinculada ao Poder Executivo, cabendo ao Congresso a definição dos órgãos e a distribuição das respectivas competências, sempre por meio de lei.¹⁸³

Considerando o foco deste trabalho, importa aqui examinar o instituto das agências, entes definidos pelo § 551 (1) do *Administrative Procedure Act* (APA) como

¹⁸¹ BREYER, Stephen. Judicial Review of Questions of Law and Policy. *Administrative Law Review*, 38, p. 363, 1986.

¹⁸² PORRAS, Eloísa Carbonell. Las agencias administrativas y su posición en el sistema constitucional. In: _____.; MUGA, José Luis. **Agencias e procedimento administrativo en Estados Unidos da América**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 22.

¹⁸³ Nesse sentido, Peter Strauss destaca que no sistema norte-americano o “(...) Congresso tem amplo arbítrio para decidir sobre a criação de órgãos governamentais, sobre os poderes que lhes devem ser conferidos e sobre onde posicioná-los dentro da estrutura governamental. O Congresso vem desempenhando este papel desde o início da República, colocando algumas funções mais próximas ao Presidente e mais sujeitas a seu controle, e outras funções mais distanciadas dele.” (STRAUSS, Peter L. Órgãos do sistema federal americano: sua responsabilidade e seu posicionamento. In: FIGUEIREDO, Marcelo. **Direito e regulação no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 20).

qualquer autoridade governamental criada por lei, sujeita ou não ao controle de outra agência, desde que não constitua algum dos poderes estatais.

É notável a amplitude do conceito,¹⁸⁴ que acaba por abarcar qualquer centro organizado de competências públicas, independentemente de sua área de atuação, não havendo um critério específico para sua criação e alocação no cenário burocrático. Antes, a doutrina refere que a gênese das agências retrata um processo pragmático, orientado por diversos fatores, alguns intangíveis, que retratam diferentes concepções sobre o papel do Estado e o exercício do poder.¹⁸⁵

As agências norte-americanas se classificam em *Independent Executive Agencies* e *Independent Regulatory Comissions*, que serão retratadas, respectivamente, como agências executivas e agências regulatórias.¹⁸⁶ As agências executivas são órgãos situados fora da estrutura dos departamentos do Poder Executivo, não estando, portanto, submetidos ao controle direto de um Secretário de Estado, mas que são dirigidos de forma unipessoal, por um administrador livremente nomeado pelo Presidente da República, e, portanto, “claramente situado em sua esfera de influência”.¹⁸⁷

Já as agências regulatórias são centros administrativos mais distantes do controle do Poder Executivo, estruturadas sob a forma de órgãos colegiados (razão pela qual são normalmente identificados pelo vocábulo *comission*), cujos membros, indicados pelo Presidente da República e submetidos à aprovação senatorial, observados critérios de filiação partidária, estão sujeitos à perda de seus mandatos apenas nas hipóteses (*causes*) legalmente previstas.

¹⁸⁴ No sistema norte-americano as agências desempenham funções que, entre nós, são cometidas à Administração Pública (direta e indireta), não se restringindo à regulação de setores cuja gestão direta foi transferida à esfera privada. Por exemplo: previsão e compilação de dados climáticos (*National Oceanographic and Atmospheric Administration*); gestão do patrimônio público florestal (*National Park Service*); concessão de benefícios previdenciários e assistenciais (*Social Security Administration*); proteção da saúde e da segurança do trabalho (*Food and Drug Administration* e *Occupational Safety and Health Administration*); proteção ao meio ambiente (*Environmental Protection Agency*); gestão de infraestrutura e do tráfego terrestre (*Federal Highway Administration* e *National Highway Traffic Safety Administration*).

¹⁸⁵ SEIDMAN, Harold; GILMOUR, Robert. **Politics, Position and Power: From the Positive to Regulatory State**. 4 ed. New York: Oxford University Press, 1986, p. 249.

¹⁸⁶ A classificação proposta não está isenta de críticas, uma vez que, considerada a delimitação conceitual anteriormente proposta, as chamadas agências executivas também exercem atividades que se enquadram no conceito de regulação. O que se pretende, todavia, é realçar o aspecto da *independência*, que, como se verá adiante, é mais acentuado nas segundas.

¹⁸⁷ STAUSS, Peter L. **An Introduction to Administrative Justice in United States**. North Carolina: Carolina Academic Press, 1989, p. 90. Nessa perspectiva, o adjetivo *independente* tem um significado meramente posicional, indicando que não integram a estrutura de um ministério, “não indicando independência em relação ao presidente ou ao Poder Executivo.” (SEIDMAN, Harold; GILMOUR, Robert. **Politics, Position and Power**, op. cit., p. 254).

Não existe uma disciplina legislativa uniforme para as agências reguladoras, que têm seus regimes jurídicos delimitados pelos respectivos *statutes*,¹⁸⁸ mas esses são os seus traços comuns.

4.2. AGÊNCIAS REGULATÓRIAS: LEGITIMIDADE E CONTROLE

O debate acerca da posição ocupada pelas agências regulatórias norte-americanas no quadro dos Poderes estatais já foi parcialmente referido no Capítulo II, mas a questão aqui ganha renovados contornos porque, ao contrário do que ocorre entre nós, a Constituição de 1787 e suas subsequentes emendas não contemplam expressamente o princípio da separação de poderes.

A questão guarda estrita ligação com o aspecto da legitimidade da atuação regulatória: se a Constituição prevê expressamente as atribuições de cada um dos Poderes, animada pela ideia de que o acúmulo de funções legislativas, executivas e judiciárias “nas mesmas mãos, seja de uma pessoa, de algumas ou muitas, seja hereditário, autodesignado ou eletivo, pode ser justamente considerado a própria definição de tirania”¹⁸⁹, o que justificaria que determinados órgãos cumulem atribuições que se assemelham às desempenhadas por cada um dos *branches*?

Como as agências não contam com previsão constitucional, foram desenvolvidas teorias que legitimam sua atuação, seja em razão de delegação legislativa (teoria da transmissão democrática), seja em razão da capacitação técnica e de seus membros (*expertise model*), seja ainda pela adoção de fórmulas processualizadas de atuação, que garantiriam a participação dos interessados (teoria do procedimento).¹⁹⁰

Seja como for, após algum período de hesitação jurisprudencial,¹⁹¹ a Suprema Corte reconheceu a possibilidade de delegação de poderes “nem políticos, nem

¹⁸⁸ É importante ressaltar que algumas agências (como, por exemplo, a *Environmental Protection Agency*) foram criadas por *executive orders*, atos emanados pelo Presidente da República a fim de orientar o aparato administrativo federal, que, todavia, podem afetar indiretamente interesses privados (RAVEN-HANSEN, Peter. Making Agencies Follow Orders: Judicial Review of Agency Violations of Executive Order 12,291. **Duke Law Journal**, p. 286, 1983). No tocante ao seu posicionamento na hierarquia normativa, as *executive orders* devem observar as disposições da Constituição Federal, das leis e dos tratados (SCHOENBAUM, Tomas J. **The Law and the Legal System of the United States**. Minnesota: West Academic Publishing, 2016, p. 11). O tema será retomado mais adiante, na perspectiva da supervisão presidencial sobre as atividades das *Independent Commissions*.

¹⁸⁹ MADISON, James. Artigo XLVII. In: ____.; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Op. cit., p. 331-332.

¹⁹⁰ PORRAS, Eloísa Carbonell. Las agencias administrativas... Op. cit., p. 22-23.

¹⁹¹ Trata-se da *nondelegation doctrine*, segundo a qual as escolhas políticas deveriam ser realizadas diretamente pelo Congresso em razão de sua *accountability* política, em vez de serem transferidos a

executivos, mas predominantemente quase-judiciais e quase-legislativos”¹⁹², como se vê, dentre outros, do caso *Whitman v. American Trucking Assns., Inc.*, 531 U.S. 457 (2001).

Na decisão, relatada pelo Ministro Scalia, a Corte reconheceu a possibilidade de o Congresso atribuir às agências o poder para realizar determinadas escolhas públicas (no caso, os parâmetros de qualidade do ar), desde que a lei forneça um “princípio inteligível” que guie suas ações,¹⁹³ o que, todavia, não encerrou as controvérsias acerca de sua legitimação democrática.¹⁹⁴

O fato é que o sistema administrativo daquele país se estrutura a partir da transmissão de poderes do Congresso às agências, cujos poderes são balizados por uma atuação processualizada, associada à combinação de controles levados a efeito pelos três Poderes constituídos: apontamento de seus membros pelo Presidente da República; atuação segundo *standards* legislativos previamente assinalados; e possibilidade da revisão judicial de seus atos.¹⁹⁵

agentes que não foram diretamente escolhidos pelos cidadãos (CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law: Principles and Policies**. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2006, p. 327-328). A Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de delegações de poder normativo às agências em apenas duas ocasiões, ambas em de 1935, no âmbito do *National Recovery Act*. O primeiro caso, *Panama Refining Co. v. Ryan* (293 U.S. 388), versava sobre a Ordem Executiva nº 6.199, que proibia e sancionava o transporte interestadual de petróleo e derivados produzidos além dos limites fixados, a Corte declarou a nulidade da transferência operada pelo Congresso em razão da ausência de parâmetros para “guiar ou limitar o Presidente quando estivesse atuando sob delegação.”. Outro precedente foi o *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States* (295 U.S. 495), no qual fora impugnado um capítulo da mesma lei que permitia ao Presidente aprovar normas setoriais de concorrência, que seriam sugeridas por comitês formados por associações comerciais e membros das indústrias afetadas, tendo a Corte afirmado que se era certo que em determinadas ocasiões o Congresso poderia delegar parcela de suas atribuições legislativas, deveria igualmente “fixar as políticas e estabelecer parâmetros”, não sendo ainda possível que relegasse a aferição de “métodos injustos de concorrência” a outras instâncias, sem as necessárias salvaguardas procedimentais.

¹⁹² A amplitude dos atos praticados pelos entes regulatórios foi assentada pela Suprema Corte no julgamento do caso *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935).

¹⁹³ O voto reafirma a orientação traçada em 1928, no julgamento do caso *J. W. Hampton & Co. v. United States* (276 U.S. 394), no qual foi reconhecida a possibilidade de o Congresso “(...) *usar oficiais do Poder Executivo dentro de limites definidos, para garantir a correta execução das leis, atribuindo a esses oficiais a discricão para fazer regulamentos, interpretar um estatuto e direcionar os detalhes de sua execução.*”.

¹⁹⁴ David Schoenbrod assinala que o Poder Legislativo deve assumir os ônus e os bônus decorrentes de novas leis, mas a delegação é utilizada para que os custos decorrentes de inevitáveis escolhas democráticas envolvendo valores colidentes sejam transferidos às agências, reduzindo a possibilidade de controle pelos eleitores (SCHOENBROD, David. *Delegation and Democracy: A Reply to My Critics*. **Cardozo Law Review**, 20, 731-766, 1999). No mesmo sentido: _____. From *Chevron* to ‘Consent of the Governed’. **Regulation**, 41, p. 34-39, winter 2018/2019. Para uma análise mais ampla, sob o enfoque da constitucionalidade das delegações administrativas, aprofundar em: HAMBURGER, Philip. **Is Administrative Law Unlawful?** Chicago: The University of Chicago Press, 2014, p. 31 ss; ALEXANDERT, Larry; PRAKASH, Saikrishna. Reports of the Nondelegation Doctrine's Death are Greatly Exaggerated. **The University of Chicago Law Review**, 70, p. 1.297-1.329, 2003.

¹⁹⁵ STAUSS, Peter L. **An Introduction to Administrative Justice** Op. cit., p. 17. PORRAS, Eloísa Carbonell. Las agencias administrativas y su posición en el sistema constitucional. Op. cit., p. 24.

4.3 OS ATOS DAS AGÊNCIAS

De acordo com o APA, os atos praticados pelas agências podem ser alocados em três grandes grupos: *adjudication* (decisões sobre casos particulares), *rulemaking* (edição de normas gerais e abstratas, de aplicação futura); e *licensing* (autorização da prática de determinadas atividades).

No particular, as disposições específicas do APA funcionam como importantes salvaguardas aos cidadãos, na medida em que permitem o escrutínio judicial da atuação das agências à luz do devido processo legal.¹⁹⁶

Em determinadas situações, e desde que haja expressa autorização legal, a agência pode optar pela implementação de uma determinada política pública tanto por meio de uma ordem expedida num caso concreto (*adjudication*), quanto pela edição de uma norma geral e abstrata (*rulemaking*), sendo diferentes os custos de oportunidade e os incentivos para adoção de cada um dos métodos.

A adjudicação, a despeito de demandar a análise retrospectiva de fatos, e, portanto, demandar dilação probatória, geralmente envolve um número restrito de partes, o que acaba insulando a agência de pressões externas para adoção de determinadas políticas, servindo a decisão como paradigma em casos futuros.

O *rulemaking*, por outro lado, possibilita que a controvérsia seja dirimida por meio de um único procedimento, sem a análise de fatos específicos (o que deve ser considerado na perspectiva do tempo e dos recursos despendidos), podendo a agência lançar mão da técnica de excepcionar a aplicação da norma em determinadas hipóteses futuras, quando se afigurar apropriada a revisão dos posicionamentos adotados.¹⁹⁷

Ainda que, em razão dos efeitos prospectivos que se destina a produzir, a edição de *standards* para implantação de políticas públicas deva preferencialmente ser realizada por meio de procedimentos que viabilizem maior participação democrática, as cortes vêm reconhecendo que, na ausência de determinação legal, a opção por um dado procedimento de insere no âmbito de escolhas das agências.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Sob essa perspectiva, John Manning aponta que as salvaguardas procedimentais do APA emulam a “proteção estrutural garantida na arena legislativa pelo bicameralismo e pela representação [eleitoral]”, servindo como elementos de contenção do poder das agências. (MANNING, John F. *Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules*. **Columbia Law Review**, 96, p. 660, 1996). Para uma análise do controle de legalidade no procedimento normativo norte-americano, consultar MONCADA, Luís S. Cabral. *Rule of Law*, procedimento normativo e legalidade; uma perspectiva comparada. In: **Estudos de Direito Público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 119-161.

¹⁹⁷ FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. **Administrative Law: Examples & Explanations**. 5 ed. New York: Wolters Kluwer, 2016, p. 144-145.

¹⁹⁸ Assim, “a escolha entre proceder por meio de uma regra geral ou por decisões *ad hoc* reside principalmente na discricionariedade assinalada à agência administrativa” (*SEC v. Chenery Corp.*, 332

4.3.1 Adjudication

De acordo com o § 551 (7) do APA, adjudicação corresponde ao “processo de formulação de uma ordem”, que, por sua vez, é compreendida como toda disposição final de uma agência (afirmativa, declaratória, injuntiva ou denegatória), desde que não tenha caráter normativo (6).

O termo adjudicação serve para designar qualquer ato decisório praticado pelas agências (inclusive no âmbito dos licenciamentos), por meio da aplicação de uma norma definida *ex ante* a um caso concreto (com sujeitos específicos e a fatos determinados).¹⁹⁹

O APA descreve dois sistemas adjudicatórios (formal e informal), sem, contudo, estabelecer os casos de sua aplicação. Como uma lei-quadro, limita-se a trazer as linhas gerais de atuação do aparato administrativo, cabendo à legislação setorial determinar os procedimentos a serem utilizados em cada hipótese.²⁰⁰

U.S. 194 (1947)). No caso *United States v. Storer Broadcasting Co.* (351 U.S. 192 (1956)) a Suprema Corte reconheceu a possibilidade de a *Federal Communications Commission* (FCC) negar a licença de exploração de uma nova estação de TV por meio de *rulemaking*, já que não havia limitação legal à sistemática adotada e à interessada havia sido oportunizado *full hearing*, isto é, a possibilidade completa de elucidação dos fatos por meio do manejo de defesa (oral e escrita), da impugnação da prova produzida (com a apresentação de provas e *cross examination*). Essa é a orientação jurisprudencial em vigor, como se vê, por exemplo do caso *Pfaff v. U.S. Dept. of Housing* 88 F.3d 739 (9th Cir.1996), no qual restou reconhecida a necessidade de uma revisão judicial deferente da interpretação que uma agência dá a uma lei que tem o dever de implementar, seja por adjudicação, seja por meio da edição de normas gerais.

¹⁹⁹ FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. **Administrative Law**. Op. cit., p. 76.

²⁰⁰ No contexto da atividade de *rulemaking*, a Suprema Corte assentou no caso *United States v. Florida East Coast Ry. Co.* (410 U.S. 224 – 1973) que a aferição da necessidade de um procedimento formal dependeria da exigência legal de que a decisão administrativa ocorresse *on the record after hearing* (APA, § 554.a), o que indica a exigência de que seja oportunizada não apenas a manifestação oral da parte interessada e a inquirição de testemunhas (*hearing*), mas também de que o procedimento adote a forma escrita (*on the record*), com a possibilidade de submissão de petições, nos termos dos §§ 556 e 557 do APA.

A questão é relevante porque tem o condão de limitar a cognição exercida pela agência, aumentando seus ônus argumentativos, já que no âmbito dos procedimentos formais não podem ser considerados elementos não existentes nos autos, ao passo que todos os argumentos e impugnações apresentadas pelas partes devem ser fundamentadamente apreciados.

Assim, diante das diferenças entre as atividades de *rulemaking* (edição de normas de efeitos futuros sobre uma determinada política pública) e de *adjudication* (que envolve a análise de fatos pretéritos e a determinação de direitos de sujeitos específicos), o 9º Circuito das Cortes de Apelação reconheceu que em procedimentos “quase-judiciais” a regra é a utilização de procedimentos formais, já que “[a] história legislativa da APA não sugere que as palavras específicas *on the record* ou similares devam estar contidas em um estatuto para invocar os requisitos de audiência adjudicatória [formal]” (*Marathon Oil Company x EPA* - 564 F.2d 1253 (9th Cir. 1977). Assim, “[c]ertas decisões administrativas se assemelham a determinações judiciais e, no interesse da justiça, exigem proteções processuais semelhantes” (*Portland Audubon Society, et al., x Endangered Species Committee* 984 F.2d 1534 (9th Cir. 1993)).

A Suprema Corte definiu que, sob o prisma constitucional (na perspectiva do devido processo legal), a adjudicação está sujeita a um procedimento mais minucioso, no qual se permite ampla produção probatória, devendo ser aplicado mesmo quando o ato, ainda que se destine a produzir efeitos prospectivos, afete um grupo reduzido e determinado de pessoas. Consultar *Londoner x Denver*, 210 U.S. 373 (1908) e *Bi-Metallic Investment Co. x State Board of Equalization*, 239 U.S. 441 (1915).

A discussão será retomada mais adiante, sob a perspectiva da deferência judicial às opções procedimentais realizadas pelas agências, que, todavia, parte da premissa de que “as Cortes não são livres

4.3.1.1 *Formal adjudication*

De acordo com o APA, a atividade decisória formal das agências se desenvolve em três fases que podem ser assim sintetizadas: comunicação e diligências prévias; instrução; decisão.

Ressalva-se, contudo, que a sistemática mais utilizada na rotina das agências é a informal, que, ressalvadas as disposições gerais do § 555, não vem disciplinada pelo APA, sendo objeto de disciplina pelos respectivos regulamentos setoriais.²⁰¹

4. 3.1.1.1 Fase inicial

O procedimento pode ser iniciado pela própria agência ou por um particular, tendo como requisito inicial o *notice requeriment*, ou seja, a cientificação da parte requerida sobre: a data, o local e a natureza da audiência prévia; a autoridade responsável pela condução do procedimento; as imputações de fato e as questões legais controvertidas; os elementos de convicção existentes; a conveniência de ser assistida por um advogado (§ 554(b)), ainda que seja possível o comparecimento pessoal à agência (§ 555(b)).

Terceiros podem igualmente deflagrar a atuação da agência, por meio da apresentação de requerimentos prévios ou pertinentes a um procedimento em curso (§ 555(b)). Como consignada, a atuação da agência deve ser materializada em autos próprios, no qual constarão as transcrições dos depoimentos e exposições, bem como todos os documentos e solicitações apresentadas ao longo do procedimento (§§ 556(e) e 557(c)(3)).

A seguir, e “se o interesse público permitir”, há a possibilidade de resolução da controvérsia por acordo entre as partes ou da proposição de ajustes de conduta pela agência (§ 554(c)(1)).

Não havendo transação, ou sendo ela inaplicável, o procedimento segue pelos trilhos definidos pelo §§ 556 e 557, com a definição do órgão decisor, já que o procedimento pode ser presidido pelo administrador do órgão (no caso das agências executivas), por um dos integrantes do colegiado (no âmbito das *Independent Comissions*), ou, o que é mais comum, por um *Administrative Law Judge* (doravante

para impor às agências requisitos procedimentais específicos que não tenham fundamento no APA.” (PBG Corp. v. LTV Corp., 496 U.S. 633 (1990)).

²⁰¹ SCHOENBAUM, Tomas J. **The Law and Legal System of the United States**. Op. cit., p. 568-569.

ALJ ou juiz administrativo), que, a despeito da denominação, é um servidor da própria agência (§ 556(b)(3)).²⁰²

O ALJ tem os deveres de imparcialidade e equidistância que caracterizam a função judicial, de modo que pode a qualquer tempo se declarar suspeito ou ser excepcionado pelas partes (§ 556(b)), que, todavia, têm o ônus de comprovar a parcialidade.²⁰³

4.3.1.1.2 Instrução

A partir daí tem início a fase instrutória, cabendo ao proponente da medida (a agência ou um particular) o ônus da prova (§ 556 (d)).²⁰⁴

À autoridade processante incumbe, observadas as correspondentes autorizações legais, a produção de provas (tomada de depoimentos, requisição de documentos, inspeções), a expedição de intimações e de outras ordens de condução, a resolução das questões supervenientes e, se cabível, a adoção de medidas tendentes a equacionar o litígio por vias alternativas (APA, §§ 555 (c)(d) e 556(c)).²⁰⁵

A etapa de *discovery*²⁰⁶ é disciplinada pelas respectivas leis setoriais,²⁰⁷ mas, de acordo com o APA, durante a instrução o interessado pode apresentar argumentos (orais

²⁰² Os *Administrative Law Judges* se submetem a um estatuto jurídico diferenciado, que lhes garante autonomia e contribui para a imparcialidade de suas decisões. Devem observar as disposições do *Model Code of Judicial Conduct For Federal Administrative Law Judges*, e, desde 2007, do *Model Code of Judicial Conduct*. No que respeita a seu recrutamento e disciplina, são selecionados por uma agência executiva específica (*Office of Personnel Management*), e as agências onde vão atuar devem escolhê-los a partir de listras tríplices. Por outro lado, os ALJs estão sujeitos a sancionamento apenas perante a *Merit Protection Board* (FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. **Administrative Law**, op. cit., p. 84). Por outro lado, aos juízes administrativos lotados numa agência os casos são distribuídos de forma rotativa (5 USC 3105), isto é, de acordo com uma escala previamente definida, evitando escolhas *ad hoc*.

²⁰³ LITWAK, Jeffrey B. **A Guide to Federal Agency Adjudication**. 2. ed. Chicago: American Bar Association, 2012, p. 121.

²⁰⁴ É interessante a discussão que se estabeleceu na doutrina e na jurisprudência norte-americanas acerca do alcance da expressão *burden of proof*. É porque poderia ser compreendida como *burden of production* (ônus de produção), isto é, como ônus que tem a parte de “apresentar nos autos evidências capazes de suportar todos os elementos essenciais de seu pedido, que permitissem ao decisor chegar a uma conclusão a seu favor”, ou como *burden of persuasion* (ônus de persuasão), ou seja, de convencer o juiz ou o júri que a controvérsia deve ser dirimida por meio de determinados *standards* decisórios (HAZARD JUNIOR, Geoffrey et al. **Pleading and Procedure: State and Federal (Cases and Materials)**. 10 ed. New York: Foundation Press, 2009, p. 642-643). A partir da reconstrução do sentido histórico da expressão, a Suprema Corte reconheceu a referência, a *burden of proof* foi utilizada pelo APA no sentido de *burden of persuasion* (*Director, Office of Workers' Compensation Programs v. Greenwich Collieries*, 512 U.S. 267 (1994)).

²⁰⁵ Nesse sentido, o *Administrative Dispute Resolution Act* (ADR) acrescentou ao APA os §§ 571-584, prevendo a possibilidade de utilização de “meios alternativos de resolução de controvérsias”, que incluem as seguintes possibilidades (mas não estão limitados a elas): conciliação, facilitação, mediação, pesquisa de fatos, arbitragem e uso de ombudsman, ou, ainda, qualquer forma de combinação dos mesmos (§ 571(3)).

²⁰⁶ Ao tratar da instrução probatória nos EUA, Barbosa Moreira escreve: “Aí, a instrução probatória continua a depender em larga medida da iniciativa das partes (*rectius*: dos advogados). Uma das chaves

ou escritos)²⁰⁸ e provas, além de contrapor os elementos de convicção produzidos pela agência ou pela parte contrária (*cross examination*), na forma dos §§ 554(c)(1) e 556(d).

Aqui há dois aspectos que necessariamente devem ser destacados, por aproximarem a *administrative adjudication* da função jurisdicional. O primeiro deles diz respeito à separação dos quadros responsáveis pelas etapas de instrução e decisão.

O APA, como se verá adiante, permite que a decisão do caso seja proferida por um juiz administrativo em vez de por um integrante da própria agência. Em tais hipóteses, contudo, o agente público²⁰⁹ incumbido das atividades investigativas ou persecutórias não deve decidir o caso, sugerir uma decisão à agência ou participar da revisão da decisão proferida, exceto como testemunha (§ 554(d)(2)), o que indica uma nítida preocupação com a imparcialidade da agência na resolução das controvérsias que lhe são submetidas.²¹⁰

O segundo está relacionado à existência de mecanismos que buscam garantir a independência do decisor, tanto em relação às partes quanto aos quadros da própria agência.

mestras utilizadas nessa atividade consiste no procedimento denominado *discovery*, cuja substância reside na possibilidade, que se abre aos advogados, de pesquisar e explorar fontes de prova fora do âmbito judicial. Compreendem-se nesse poder, v.g., a sujeição do adversário e de eventuais testemunhas a interrogatório sob juramento, sem a presença do juiz, o acesso a arquivos da parte contrária, a realização de exames médicos para determinar o respectivo estado de saúde físico ou mental.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, 24, p. 60-61, 2003, destaques no original). Por se tratar de uma peculiaridade dos sistemas da *common law*, que não encontra correspondência direta no ordenamento jurídico brasileiro, o termo será utilizado em sua grafia original.

²⁰⁷ MASHAW, Jerry L.; MERRIL, Richard A.; SHANE, Peter M. **Administrative Law: the American Public Law System**. Op. cit., p. 355. A propósito, já se decidiu que “[o] APA não confere um direito ao *discovery* nos processos administrativos federais.” (*National Labor Relations Board v. Valley Mold Company, Inc.*, 530 F.2d 693 (6th Cir. 1976)).

²⁰⁸ Calha destacar a importância dada à manifestação oral (*opportunity to be heard*) da parte a quem é imputada a prática de um ato ilícito ou em face de quem é deduzida uma pretensão. Nessa linha a Suprema Corte assentou a insuficiência da exclusiva apresentação de memoriais, já que “submissões escritas são uma opção irrealista para a maioria das partes [afetadas pela atuação de uma agência], que não possui o nível educacional para escrever de forma eficaz e não pode obter assistência profissional.” (*Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970)).

²⁰⁹ O dispositivo em questão utiliza os termos *employee* ou *agent*, na perspectiva de que as atividades instrutórias são desempenhadas ou pelos dirigentes das agências (*agents*) ou pelos *Administrative Law Judges*, que, a despeito de se submeterem a um estatuto diferenciado, são considerados empregados das agências. Optamos pela utilização do signo “agente público” em razão de sua amplitude, por designar uma vasta gama de sujeitos vinculados ao Poder Público, sob os mais variados regimes jurídicos (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 244).

²¹⁰ Há uma clara distinção entre os agentes responsáveis pela coleta de provas e decisão daqueles que desempenham funções “investigativas ou persecutórias” (*adversary functions*), que são aqueles que produzem e apresentam provas ou argumentos a favor ou contra uma das partes (LITWAK, Jeffrey B. **A Guide to Federal Agency Adjudication**. Op. cit., p. 151). A vedação, contudo, não se aplica aos membros (*heads*) da agência (APA, § 554(e)).

O § 554(d)(1) veda que o responsável pela decisão inicial (ou por sua proposição) consulte quaisquer das partes ou terceiros (incluindo outros integrantes da agência)²¹¹ sobre os fatos controversos, a menos que a seja dada ampla possibilidade de participação a todos os interessados, ao passo que o § 557(d) proíbe comunicações *ex parte*, isto é, comunicações de integrantes da agência, juízes administrativos ou de quaisquer funcionários que de alguma forma auxiliem na atividade decisória com apenas uma das partes ou com terceiros interessados acerca de aspectos relevantes do procedimento.²¹²

Outra dessas salvaguardas consiste na inexistência de relação hierárquica entre o agente decisor e o encarregado das atividades adversariais, de modo que essas atividades não estão sujeitas a qualquer espécie de supervisão ou direcionamento (APA, § 554(d)).²¹³

4.3.1.1.3 Fase decisória

Encerrada a instrução, às partes deve ser facultada a apresentação de considerações finais, sendo certo que a decisão deve abordar todas as questões de fato e de direito levantadas, trazendo justificativas para a ordem a ser expedida (APA, § 557(c)).

O APA possibilita que ao agente instrutor seja também delegada a atividade decisória, hipótese em que a “decisão inicial se torna a decisão da agência independentemente de outras formalidades”, a não ser que haja interposição de recurso ou a revisão de ofício, circunstâncias em que a agência pode decidir *de novo*, isto é, pode realizar uma ampla reavaliação dos fundamentos de fato e de direito existentes (§ 557.b).²¹⁴

²¹¹ LITWAK, Jeffrey B. **A Guide to Federal Agency Adjudication**. Op. cit., p. 156.

²¹² O APA § 551 (14) define comunicação *ex parte* como toda “comunicação oral ou escrita que não conste dos autos em relação à qual não é dado aviso prévio razoável a todas as partes”, mas não inclui informes sobre o andamento do processo e nem requisições do Congresso (§557(d)(2)). A vedação consta ainda da Regra 2.9 do *Model Code of Judicial Conduct*.

²¹³ O APA procura assegurar não apenas a independência das instâncias administrativas decisórias, mas também daquelas responsáveis pela investigação e sancionamento de eventuais atos ilícitos. Assim, a Suprema Corte reconheceu que “[a] decisão de iniciar um processo administrativo contra um indivíduo ou corporação é muito parecida com a decisão do promotor de iniciar ou prosseguir com um processo criminal”, pelo que o agente encarregado tem ampla discricionariedade para decidir se um processo deve ser instaurado e quais sanções devem ser aplicadas, o que, por outro lado, estará sujeito a amplo escrutínio no próprio procedimento ou na esfera judicial (*Butz v. Economou*, 438 U.S. 478 (1978)).

²¹⁴ Ver nota 268, *infra*.

4.3.2 Rulemaking

De acordo com o § 551 (4) do APA, o termo *rule* significa toda declaração de uma agência, de aplicação geral ou particular e de efeitos futuros,²¹⁵ destinada a interpretar ou implementar leis ou políticas públicas,²¹⁶ ao passo que, como é intuitivo, *rulemaking* consiste no procedimento utilizado por uma agência para formular, emendar ou revogar uma norma (5).

A exemplo do que ocorre no tocante à adjudicação, a atuação normativa das agências pode ser formal, informal, negociada²¹⁷ ou *direct final*,²¹⁸ sendo que cada um dos métodos tem diferentes implicações na intensidade de eventual controle judicial sobre a norma produzida.²¹⁹

O procedimento informal previsto no § 553 do APA se tornou o mais usual na prática das agências, caracterizando-se basicamente pelas etapas de *notice and comment*, ainda que as leis setoriais possam agregar outros requisitos e formalidades.²²⁰

²¹⁵ Como regra geral, a delegação de poderes legislativos não compreende a possibilidade de edição de atos com efeitos retroativos, “a não ser que esse poder seja expressamente transmitido pelo Congresso.” (*Bowen v. Georgetown Univ. Hosp.*, 488 U.S. 204 (1988)).

²¹⁶ Daqui decorre a distinção entre *Legislative Rules* (expedidas no exercício de competência delegada pelo Congresso, com efeitos vinculantes, criando direitos e obrigações, cujo descumprimento enseja a imposição de sanções) e *Nonlegislative Rules* (que indicam a interpretação de uma disposição legal ou de uma política pública, sendo meros comunicados públicos realizados pelas agências reguladoras (FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. **Administrative law**. Op. cit., p. 143). A distinção é relevante porque, como se verá adiante, a edição de normas “não-legislativas” prescinde da observância dos requisitos do APA (§ 553), o que reduz as possibilidades de controle democrático.

²¹⁷ Trata-se de procedimento disciplinado pelo *Negotiated Rulemaking Act* (5 US §§ 561-570) que, em linhas gerais, tem início com a formação de um comitê formado por representantes de todos os grupos afetados, que, de forma concertada, apresenta à agência uma minuta da norma a ser expedida, juntamente com as informações, recomendações ou outros materiais que entender relevantes. A proposta é então publicada no *Federal Register* e, se não houver impugnações, poderá ser adotada pela agência (FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. **Administrative Law**. Op. cit., p. 188-189).

²¹⁸ A técnica, que pressupõe a regulação de temas isentos de controvérsia, surgiu de uma recomendação da *Administrative Conference of the United States* (60 Fed. Reg. 43,108, 43,110 (Aug. 18, 1995)), e consiste na publicação da proposta no *Federal Register* com a observação de que, na ausência de impugnações num período determinado (não menos de 30 dias), tornar-se-á a norma definitiva. Aprofundar em: KOLBER, Michael. *Rulemaking Without Rules: An Empirical Study of Direct Final Rulemaking*. **Albany Law Review**, 72, p. 79-114, 2009).

²¹⁹ GARVEY, Todd. **A Brief Overview of Rulemaking and Judicial Review**. Disponível em: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R41546.pdf>>. Acesso em: 7 mai. 2020.

²²⁰ O § 559 estabelece que as disposições do APA não limitam ou revogam determinações específicas constantes de outras leis. Nessa perspectiva, fala-se num *Hybrid Rulemaking*, que segue as linhas gerais traçadas pelo APA, devendo observar ainda requisitos procedimentais específicos para o setor regulado (FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. **Administrative Law**. Op. cit., p. 149). Alguns desses requisitos suplementares estão no *National Environmental Policy Act* (NEPA), que estabeleceu uma política de redução do uso de papel e do acúmulo de dados redundantes desnecessários, bem como a necessidade de estudos de impacto ambiental para as iniciativas regulatórias que possam afetar de forma significativa o meio ambiente. Por outro lado, o *Regulatory Flexibility Act* (1980) determina que as agências considerem os efeitos da regulação nas pequenas empresas (definidas pelo 15 U.S.C. § 632). Por outro lado, a Suprema Corte reconheceu que as disposições do APA (e das diversas leis setoriais) consubstanciam um limite aos requisitos procedimentais a serem observados no exercício da atividade regulatória. Assim, “enquanto as agências são livres para, de forma discricionária, assegurar direitos

4.3.2.1 *Informal Rulemaking*

O procedimento informal parte das seguintes premissas: a) as partes afetadas devem ser devidamente informadas dos termos de uma iniciativa regulatória, sendo-lhes oportunizada a apresentação de objeções e propostas alternativas; b) a participação pública contribui para o aperfeiçoamento dos atos regulatórios.²²¹

O APA começa por enunciar os temas que estão excluídos de sua incidência: assuntos diplomáticos ou militares; temas relacionados à administração interna da agência; questões envolvendo bens públicos, empréstimos, subsídios, benefícios ou contratos (§ 553(a)).

De acordo com o § 553(b), o procedimento tem início com a publicação da iniciativa regulatória no *Federal Register*,²²² contendo os “termos ou a substância da norma ou a descrição das questões e das partes envolvidas,”²²³ bem como a indicação do período disponível²²⁴ para comentários e da forma como devem ser apresentados,

processuais adicionais, os tribunais não podem determinar sua observância se a agência optou por não concedê-los.” (*Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC*, 435 U.S. 519 (1978)). Para uma consolidação das possíveis fontes de requisitos procedimentais aplicáveis à atividade normativa das agências regulatórias, consultar SEIDENFELD, Mark. A Table of Requirements for Federal Administrative Rulemaking. *Florida State University Law Review*, 27, p. 533-546, 2000.

²²¹ MANNING, John F.; STEPHENSON, Matthew C. **Legislation and Regulation: Cases and Materials**. 3. ed. Minnessota: Foundation Press, 2017, p. 753.

²²² Por força do *Federal Register Act* (1935), todas as normas e projetos regulatórios devem ser publicados no “Código de Regulações Federais” (44 U.S.C. § 1510(b)), um suplemento do *Federal Register*, que, por sua vez, consiste na consolidação de todos os atos normativos (Ordens Executivas, atos regulatórios, códigos, licenças, iniciativas regulatórias ou instrumentos similares) expedidos pelo Governo Federal (44 U.S.C. §§ 1501,1504 e 1505), com publicação diária (semelhante ao nosso Diário Oficial). Como regra geral, quaisquer atos normativos de cunho administrativo que tenham aplicação geral devem ser publicados no “Registro Federal” para que possam produzir efeitos em relação a terceiros, daí decorrendo a presunção *iuris tantum* de que a norma foi devidamente produzida e de que estava disponível para conhecimento público (44 U.S.C. § 1507). O *Code of Federal Regulations* está disponível na rede mundial de computadores <<https://www.govinfo.gov/app/collection/cfr>>.

²²³ Trata-se de uma declaração de seus fundamentos e finalidades, que deve conter: a) as informações fáticas que serviram de lastro à proposta; b) a metodologia utilizada na coleta e análise das informações; c) as considerações legais e de políticas públicas subjacentes (*Clean Air Act* - 42 U.S.C. § 7607 (d) (3)). A proposição inicial deve indicar com suficiente clareza quais as linhas de ação que estão sendo efetivamente consideradas, pois “se não providenciar uma indicação suficientemente clara sobre o que a agência está pensando em fazer, as partes potencialmente afetadas não terão uma significativa ‘oportunidade de participação’. (...) Além do mais, o processo de elaboração das normas pode ser mais eficiente – e menos custoso para a agência – se a comunicação inicial limitar a atenção dos potenciais interessados a uma ou a um limitado conjunto de proposições, de modo que a agência não tenha de lidar com grande número de comentários irrelevantes.” (MANNING, John F.; STEPHENSON, Matthew C. **Legislation and Regulation...** Op. cit., p. 763-764).

²²⁴ A Ordem Executiva 12.866/1993 estabelece que as agências devem garantir uma “oportunidade significativa” de comentários públicos a qualquer proposição regulatória, por um período mínimo de 60 (sessenta) dias (Sec. 6(a)(1)).

além de referência a eventuais audiências públicas e aos meios de acesso ao acervo documental que serviu de lastro à proposta.²²⁵

Dessa disposição estão excluídas as normas interpretativas,²²⁶ declaratórias de políticas interna²²⁷ e procedimentais (§ 553(3)(A)). De igual modo, a agência está dispensada da prévia notícia pública quando, por uma “justa causa”, este procedimento se tornar impraticável, desnecessário ou contrário ao interesse público (§553(3)(B)).²²⁸ Superada essa fase, abre-se a oportunidade para os comentários, que devem ser apresentados por escrito, sem a obrigatoriedade da realização de audiências públicas.

Todos os dados que serviram de lastro à proposição devem ser disponibilizados ao escrutínio público, possibilitando amplo debate a respeito da proposta regulatória,

²²⁵ Atualmente, por força do *E-Government Act* (H.R. 2458/S. 803) e da *Executive Order* 13.563/2011, todas as proposições regulatórias e os respectivos *rulemaking dockets* (que compilam todos os materiais utilizados pela agência para edição de um determinado ato normativo) estão disponíveis em formato aberto no site <www.regulations.gov>, que também possibilita a recepção de comentários dos interessados. O Sistema *E-Rulemaking*, se destina a viabilizar o desenvolvimento da atividade regulatória em ambiente virtual, de modo a “promover consciência pública e a participação nos procedimentos regulatórios.” (DOOLING, Bridget C.E. Legal Issues in E-Rulemaking. **Administrative Law Review**, 63, p. 895, 2011).

²²⁶ Norma interpretativa corresponde a uma declaração emitida por uma agência para definir o significado de uma lei (aprofundar em ANTHONY, Robert A. Interpretative Rules, Policy Statements, Guidances, Manuals, and the Like - Should Federal Agencies Use Them to Bind the Public? **Duke Law Journal**, 41, p. 1.323 e ss., jun./1992). A questão tem estreita conexão com o debate acerca da *Non delegation doctrine*, já que a adoção de um procedimento mais abreviado (consistente no mero lançamento no *Federal Register*) acaba por excluir possibilidade de participação pública na edição do ato. Ocorre que a eliminação de ambiguidades que justifica a edição de normas interpretativas quase sempre envolve a realização de escolhas políticas discricionárias (MANNING, John F. Non Legislative Rules. **The George Washington Law Review**, 72, 2004, p. 916), de modo que a jurisprudência vem tentando erigir critérios para distinguir os limites entre interpretação e legislação (ver *Community Nutrition Institute x Young*, 818 F.2d 943 (DC Circ. 1987)). Por outro lado, normas interpretativas não têm “força de lei”, isto é, não fazem quaisquer alterações substanciais em atos normativos previamente existentes (não criam, extinguem ou modificam direitos e obrigações e sua violação não está sujeita a sancionamento), não podendo servir como fundamento a medidas de execução (*Hemp Industries v. Drug Enforcement Administration*, 333 F.3d 1082 (9th Cir. 2003)).

²²⁷ *General statements of policy* correspondem a declarações prospectivas da forma de atuação das agências em determinados temas, com o intuito de direcionar seus quadros ou de tornar pública suas intenções (FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. **Administrative Law**. Op. cit., p. 165). Ou seja, “não é uma norma e nem um precedente, mas apenas um anúncio ao público sobre uma política que a agência pretende implementar em procedimentos futuros.” (*Pacific Gas Electric Co. v. Fed. Power Com'n*, 506 F.2d 33 (D.C. Cir. 1974)).

²²⁸ A *impraticabilidade* do procedimento ocorre nas hipóteses em que o tempo necessário para sua consecução não pode ser tolerado em virtude de uma situação emergencial, o que normalmente enseja a edição de normas com eficácia sujeita a termo. É caso de *desnecessidade* quando se tratar de normas rotineiras ou sem impacto significativo no setor regulado. Por fim, a *contrariedade ao interesse público* se verifica quando a edição da norma trazer como externalidade a antecipação dos efeitos que pretende evitar (MANNING, John F.; STEPHENSON, Matthew C. **Legislation and Regulation...** Op. cit., p. 807-810).

pois a restrição de dados acarreta a supressão de comentários significativos,²²⁹ e “a inadequação dos comentários leva a um procedimento decisório arbitrário.”²³⁰

Após, as considerações e informações apresentadas devem ser registradas, juntamente com as transcrições das manifestações orais eventualmente colhidas e com o material que serviu de base à atuação da agência (§553(c)).

Ainda que o APA estabeleça que a norma a ser editada deva conter uma “declaração concisa de seus fundamentos e propósitos”, é praxe que a publicação no *Federal Register* seja acompanhada de um sumário e de resposta aos comentários recebidos, justificando a edição do ato com base em todo o material coligido ao longo do procedimento.²³¹⁻²³²

O § 553(d) prevê uma *vacatio* de ao menos 30 dias, contados da publicação para que a norma produza seus efeitos, excepcionadas as hipóteses de normas que concedam isenções ou revoguem restrições, de normas interpretativas ou da existência de justa causa para dispensa do requisito.

4.3.3 A Ordem Executiva 12.866/1993

Como se disse, o APA delinea os contornos dos procedimentos regulatórios que devem ser observados por todas as agências, mas não exaure os requisitos necessários à edição de atos normativos.

Nesse contexto, a Ordem Executiva 12.866 traz importantes subsídios para a “ação regulatória”, identificada como toda atuação das agências destinada a promulgar uma norma (§ 3 (e)).

De início, são fixados os marcos estruturantes da “filosofia regulatória” (Sec. 1(a)): a atividade normativa das agências tem por escopo a interpretação da lei ou a satisfação de necessidades públicas, sendo orientada por uma análise de custo/benefício.

²²⁹ São significativos os comentários que, “se forem procedentes, levantariam aspectos relevantes para decisão da agência e, se adotados, acarretariam a modificação numa norma proposta pela agência.” (*Home Box Office, Inc. v. FCC*, 567 F.2d 9, 35 n. 58 (D.C. Cir.1977)).

²³⁰ *United States x Nova Scotia Food Products Corp.*, 568 F.2d 240 (2th Circ. 1977).

²³¹ FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. **Administrative Law**. Op. cit., p. 183.

²³² Nesse aspecto vem a lume a “ossificação” do procedimento regulatório, decorrente da aferição das justificativas apresentadas pela agência sob o prisma dos parâmetros de controle indicados no § 706(2)(A) (que veda a edição de atos “arbitrários, caprichosos ou praticados com abuso de discricionariedade”). Assim, “a interpretação expansiva que as cortes deram aos requisitos procedimentais do § 553 transformou o chamado *informal rulemaking* num procedimento muito mais elaborado e formal – um procedimento escrito que inclui amplas e frequentemente renovadas comunicações do ato proposto aos grupos afetados, com a disponibilização dos dados factuais e analíticos que o embasam, além de respostas detalhadas a quaisquer comentários contrários ou propostas alternativas.” (MANNING, JOHN F.; STEPHENSON, Matthew C. **Legislation and Regulation...** Op. cit., p. 749).

Ou seja, num quadro de crescente produção normativa, as agências devem considerar todas as alternativas disponíveis para o cumprimento de sua missão institucional, inclusive a “de não regular.”

E todas as ações regulatórias das agências (proposição ou revisão de normas) são consolidadas em dois repositórios diversos (Sec. 4 (b) e (c)): a *agenda regulatória* (que trata das iniciativas em curso) e o *plano regulatório* (que indica o que uma agência razoavelmente espera realizar em determinado ano fiscal).²³³

Todas essas informações são gerenciadas pelo *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA), que, por sua vez, consiste numa divisão do *Office of Management and Budget* (OMB), responsável pela análise de conformidade das normas regulatórias com as diretrizes fixadas pelo Presidente da República e pela coordenação entre as várias agências.²³⁴

Para tanto, devem inicialmente (Sec. 1 (b) (1) a (11)): (i) identificar o problema concreto a ser resolvido, as prioridades e os riscos de sua atuação; (ii) verificar a possibilidade de suprimento da falha constada por outros atores públicos ou diretamente pelo setor privado, e, se for o caso, avaliar a possibilidade de obter os mesmos resultados por outras vias (imposição de taxas, outorga de permissões ou disponibilização de informações necessária à realização de escolhas pelo público); (iii) avaliar se a falha não foi criada ou potencializada por outro ato normativo, cuja alteração pode produzir os efeitos desejados de maneira mais eficaz; (iv) caso necessária a regulação, a agência deve orientar suas ações da maneira mais eficiente (no sentido da maximização de benefícios gerais), escolhendo as medidas que impactem positivamente a *inovação*, a *consistência regulatória*, as *previsibilidades*, as *medidas de execução*, a *conformidade* (pública, dos regulados e dos consumidores), a *flexibilidade*, a *equidade* e

²³³ No mês de outubro de cada ano os planos regulatórios setoriais e uma agenda regulatória unificada são publicados para conhecimento público e remetidos ao Congresso Nacional, aos Estados, aos governos locais e tribais (§ 4 (7)).

²³⁴ Muito embora as agências independentes tenham de encaminhar suas proposições regulatórias ao OIRA, seus atos não estão sujeitos à revisão de que trata o respectivo § 6º da Ordem Executiva 12.866. E, ainda que a Suprema Corte não tenha ainda enfrentado a questão, “desde que teve início a ampla fiscalização dos atos regulatórios pelo OIRA, os presidentes têm evitado esse confronto constitucional, fazendo a opção política de isentar os atos das agências independentes definidas no *Paperwork Reduction Act* de uma análise de custo-benefício.” (BARKOW, Rachel E. *Insulating Agencies: Avoiding Capture Through Institutional Design*. *Texas Law Review*, 89, p. 32, 2010). Para uma crítica a esse sistema de revisão, no sentido de que, a despeito de viabilizar a coordenação entre as agências e de garantir a circulação de informações relevantes, acabava por impor atrasos à produção normativa em detrimento do bem-estar da população, centralizando o poder decisório em quadros que não eram nem especializados e nem responsivos democraticamente, ver: MORRISON, Alan B. *OMB Interference with Agency Rulemaking: the Wrong Way to Write a Regulation*. *Harvard Law Review*, v. 99, n. 5, p. 1059-1074, mar. 1986.

os *impactos distributivos*; (v) devem ser evitadas normas inconsistentes ou redundantes (com os atos da própria agência ou de outros órgãos reguladores); (vi) as decisões devem indicar de forma motivada se os benefícios a serem obtidos suplantam os custos decorrentes da iniciativa, tendo por fundamento as melhores informações científicas, técnicas e econômicas que razoavelmente se possam obter; (vii) devem ser escolhidas as alternativas que acarretem a menor sobrecarga à sociedade (considerando os indivíduos, as empresas de todos os portes, as pequenas comunidades e outros entes governamentais).

Com vistas a satisfazer esses requisitos, as propostas regulatórias encaminhadas ao OIRA devem estar acompanhadas de: (i) justificativa de sua aptidão para solucionar o problema apontado; (ii) análise de custo/benefício, que indique o alinhamento da proposta aos objetivos da lei e às prioridades da Presidência da República; (iii) estudo que demonstre que inexistem indevida interferência em outras unidades da federação.

Há, ainda, disposições específicas para quaisquer “ações regulatórias significativas”, assim compreendidas as que produzam efeitos econômicos iguais ou superiores a US\$ 100 milhões; criem inconsistências ou afetem a atuação de outras agências; alterem os impactos orçamentários concernentes a direitos, subvenções, empréstimos ou obrigações públicas; suscitem novos questionamentos jurídicos acerca de disposições legais, políticas públicas ou orientações presidenciais (Sec. 3(f) e Sec. 4).

4.4 JUDICIAL REVIEW NO APA – UMA VISÃO GERAL²³⁵

4.4.1 COLOCAÇÃO DO TEMA

O controle judicial das leis e atos do Poder Executivo foi proclamado no célebre caso *Marbury v. Madison* (1803), no qual foram reconhecidos “a competência e o dever do Poder Judiciário de dizer o que é a lei.”²³⁶

²³⁵ O tema do *judicial review* da atividade administrativa é complexo e envolve incontáveis nuances, de modo que o que se propõe aqui é tão somente uma breve apresentação do tema, como etapa necessária ao exame das teorias da deferência judicial. Aprofundar em: FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. **Administrative Law**. Op. cit., p. 209 e ss.; MANNING, JOHN F.; STEPHENSON, Matthew C. **Legislation and Regulation...** Op. cit., p. 858 e ss.; LUBBERS, Jeffrey S. **A Guide to Federal Agency Rulemaking**. 5. ed., Chicago: ABA Publishing, 2012, p. 403 e ss.

²³⁶ Para uma análise das origens do *judicial review*: NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional Law**. 7. ed. Minnesota: West Group, 2004, p. 1-21.

Transportado o raciocínio para a seara administrativa, o *judicial review* compreende não apenas uma esfera de legítimo escrutínio judicial dos atos praticados pelas agências, mas também os métodos empregados para esse fim.²³⁷

É, antes de tudo, uma garantia do regime democrático, na medida em que funciona como contraponto à delegação de poderes do Congresso às agências, assegurando que a atuação administrativa não ultrapasse o perímetro delimitado pelo devido processo legal.²³⁸ Do APA decorre a presunção de amplo controle judicial dos atos regulatórios,²³⁹ já que o § 701 excepciona de sua incidência apenas os casos de preclusão legal²⁴⁰ e os atos “atribuídos por lei à discricionariedade da agência”.²⁴¹

Como regra geral, para obter a revisão judicial do ato, a parte deve demonstrar que preenche os requisitos de justiciabilidade, isto é, o preenchimento de condições que autorizam que as cortes recepcionem e decidam um caso,²⁴² bem como que definam o momento em que um ato administrativo se torna sindicável.

4.4.2 REQUISITOS

O § 702 assegura um “direito de revisão” a toda a pessoa que sofra uma lesão jurídica ou seja “adversamente afetada ou agravada pela ação da agência no sentido de

²³⁷ WARREN, Kenneth F. **Administrative Law in the Political System**. 3. ed. (abridged). New Jersey: Prentice-Hall, 1997, p. 326.

²³⁸ SCHOENBAUM, Tomas J. **The Law and the Legal System of the United States**. Op. cit., p. 569.

²³⁹ A Suprema Corte assentou que as “generosas disposições” do APA no campo da revisão judicial deveriam receber uma “interpretação acolhedora”, de modo que “apenas diante de demonstração de ‘evidência clara e convincente’ de uma intenção legislativa contrária os tribunais deveriam restringir o acesso à revisão judicial” (*Abbott Laboratories v. Gardner*, 387 U.S. 136 (1967)).

²⁴⁰ Trata-se da possibilidade de exclusão legal de determinadas matérias do âmbito do controle judicial, que ocorre não apenas naqueles casos expressamente previstos, mas também quando a intenção do Congresso puder ser “razoavelmente discernida” pela linguagem empregada, pela história legislativa ou pela construção judicial contemporânea. Assim, “a presunção que favorece a revisão judicial dos atos administrativos pode ser superada por inferências de intenções extraídas do esquema legal como um todo.” (*Block v. Commun. Nutrition Inst.*, 467 U.S. 340 (1984)). Todavia, em muitos casos as vedações pontuais à sindicabilidade do ato na esfera judicial têm sido superadas, sob o fundamento de que “[u]ma lei que veda o controle judicial da ação de uma agência não obsta o exame da constitucionalidade desta mesma lei, já que neste caso a Corte reexamina a decisão do Congresso, e não da agência.” (BEERMANN, Jack M. **Administrative Law**. 4. ed. New York: Wolters Kluwer, CS-8, 2016).

²⁴¹ O dispositivo pressupõe que, conquanto aquele ato específico esteja inserido no âmbito de atuação de uma determinada agência, não exista lei que oriente sua execução, de modo que toda a ação permaneça contida nos limites de sua competência discricionária, não havendo quaisquer parâmetros de controle a serem empregados pelo Poder Judiciário. Assim, trata-se de uma hipótese “aplicável naqueles raros casos em que ‘as leis são elaboradas em termos tão amplos que (...) não há uma regra a ser aplicada.’” (*Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, 401 U.S. 402 (1971)). Sustentando a inadequação do teste “lei a aplicar”, no sentido de sua inadequação ao § 706 (2) (A), Ronald Levin afirma que, independentemente da abertura dos termos empregados pela lei, os tribunais normalmente dispõem de padrões para o exame do abuso no exercício da discricionariedade (LEVIN, Ronald M. *Understanding Unreviewability in Administrative Law*. **Minnesota Law Review**, 74, p. 713, 1990).

²⁴² CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional law...** Op. cit., p. 49.

uma norma relevante”, previsão que, complementada pela disposição do correlato § 704, acaba por estabelecer os requisitos para a revisão judicial no âmbito do APA.

A primeira exigência, portanto, diz respeito à existência de uma lesão ou ameaça decorrente da atuação estatal, daí decorrendo a presunção do *standing*²⁴³ necessário a viabilizar o acesso à revisão judicial.²⁴⁴

A análise, todavia, é levada a efeito por meio do teste da “zona de interesses”, isto é, os efeitos adversos causados pela ação da agência que viola determinada lei devem estar relacionados aos interesses que o Congresso pretendia proteger.²⁴⁵

Os interesses tutelados não estão limitados à seara patrimonial, podendo abarcar valores estéticos, ambientais, recreativos e espirituais,²⁴⁶ e a análise de sua inclusão no halo de proteção legal se dá em termos de probabilidade, mas não abarcam as hipóteses em que a parte não está diretamente submetida aos efeitos do ato praticado pela agência,²⁴⁷ e seus “interesses são tão marginalmente relacionados ou inconsistentes com os propósitos implícitos no estatuto que não se pode razoavelmente presumir que o Congresso pretendia permitir o processo.”²⁴⁸

O segundo requisito diz respeito à natureza do objeto a ser sindicado, já que o termo “ação da agência” tem seu significado definido pelo § 551 (13) do APA, incluindo, no todo ou em parte, qualquer ato da agência que importe a edição de uma norma, a imposição de uma ordem ou sanção, a concessão de licença ou benefício (ou

²⁴³ *Standing* constitui “uma das mais confusas áreas do direito”, e consiste em “determinar se uma pessoa é a parte legitimada para trazer uma questão à corte para julgamento” (*Idem*, p. 60). Trata-se de decorrência direta do princípio da separação de poderes, na perspectiva de que, o Artigo III, Seção 2, da Constituição norte-americana (que atribui competência ao Poder Judiciário para resolução de “casos” e “controvérsias”), apresenta um parâmetro para atuação judicial, afastando a incidência de pleitos abstratos ou de mera consulta. No julgamento do caso *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992), a Suprema Corte assentou que o conceito possui um conteúdo “constitucional irreduzível”, composto por três elementos: “Primeiro, o autor deve ter sofrido uma ‘lesão de fato’ - uma invasão de um interesse legalmente protegido que seja (a) concreto e particularizado (...) e b) atual ou iminente, não conjectural ou hipotético. Segundo, deve haver um nexo causal entre a lesão e a conduta questionada. (...) Terceiro, deve ser ‘provável’, como oposição a algo meramente “especulativo’, que a lesão seja passível de reparação por uma decisão favorável”.

²⁴⁴ LUBBERS, Jeffrey S. **A Guide to Federal Agency Rulemaking**. Op. cit., p. 369.

²⁴⁵ Trata-se de uma hipótese de *prudential standing*, isto é, um obstáculo adicional criado discricionariamente pela Suprema Corte, para aferir se uma determinada controvérsia administrativa deve ser solucionada pelo Poder Judiciário (FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. **Administrative Law**. Op. cit., p. 235-36). Nesse sentido: *National Credit Union Admin. v. First Nat. Bank & Trust Co.*, 522 U.S. 479 (1998). O instituto está “fundado na preocupação com o papel adequado - e devidamente limitado - dos tribunais em uma sociedade democrática” (*Warth v. Seldin*, 422 U.S. 490 (1975)), fornecendo uma barreira “ao julgamento de reclamações generalizadas que deveriam ser adequadamente endereçadas aos ramos representativos” (*Allen v. Wright*, 468 U.S. 737 (1984)).

²⁴⁶ *Data Processing Svc. Orgs. v. Camp*, 397 U.S. 150 (1970).

²⁴⁷ *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972).

²⁴⁸ *Clarke v. Securities Indus. Ass'n*, 479 U.S. 388 (1987).

os respectivos indeferimentos), bem como as condutas omissivas da agência, que representem a ausência de um agir esperado.

4.4.3 MOMENTO DA REVISÃO JUDICIAL

No que tange à delimitação de marcos temporais a partir dos quais fica autorizada a deflagração do controle judicial dos atos administrativos, o sistema norte-americano está assentado em duas premissas, orientadas pela eficiência da atuação estatal.²⁴⁹

A primeira é a de que, por atuarem mediante delegação direta do Congresso, às agências compete o enfrentamento prioritário de certas questões, de modo que o Poder Judiciário não deve se imiscuir até que a atividade administrativa tenha sido ultimada.²⁵⁰

A segunda decorre da capacidade institucional das agências, que as torna mais aptas para dirimir determinadas controvérsias que demandem conhecimentos especializados e experiência, razão pela qual as cortes não devem conhecer de casos que possam ser adequadamente resolvidos em outras esferas.

Da conjugação dessas premissas decorrem outros testes a que se sujeita a pretensão revisional, no intuito de preservar as agências de “incursões judiciais apressadas, desnecessárias e desestabilizadoras pelo processo administrativo.”²⁵¹

É importante destacar que do ponto de vista prático nem sempre é possível discernir e estremar com exatidão cada um dos requisitos indicados, que podem estar sobrepostos e interconectados.²⁵²

4.4.3.1 Teoria da finalidade

Por força do § 704 do APA, apenas as “ações finais” das agências podem ser objeto de controle judicial, o que acaba por afastar sua incidência de decisões de natureza interlocutória ou de mero impulsionamento processual, potencialmente modificáveis na esfera administrativa.

²⁴⁹ FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. **Administrative Law**. Op. cit., p. 251.

²⁵⁰ Aqui está subjacente a teoria da “jurisdição primária”, segundo a qual as agências devem ter precedência no exame e decisão de determinadas questões sempre que: a) a resolução da controvérsia estiver incluída nas atribuições que lhe foram delegadas pelo Congresso; b) a decisão demandar o exame de fatos técnicos, que necessitam conhecimentos específicos; c) mesmo que não seja determinante, a decisão da agência pode auxiliar a atividade do Poder Judiciário (*Com. of Mass. v. Blackstone Valley Elec. Co*, 67 F.3d 981 (1st Cir. 1995)).

²⁵¹ WARREN, Kenneth F. **Administrative Law in the Political System**. Op. cit., p. 338.

²⁵² LUBBERS, Jeffrey S. **A Guide to Federal Agency Rulemaking**. Op. cit., p. 397.

Mas não basta a alocação do ato decisório como a ultimação do procedimento (no sentido de que o “decisor inicial chegou a uma posição definitiva sobre o assunto”),²⁵³ devendo ser perquirida também sua aptidão de causar impactos diretos e imediatos no setor regulado, de atribuir direitos ou impor obrigações,²⁵⁴ ou ainda de afetar uma relação jurídica.²⁵⁵

A questão não é destituída de complexidade, pois alguns atos praticados pelas agências, conquanto não constituam o encerramento de uma cadeia procedimental, são capazes de trazer consequências à esfera jurídica de uma parte, viabilizando acesso à via judicial.²⁵⁶

4.4.3.2 Teoria da exaustão

A revisão judicial no APA pressupõe o prévio esgotamento da via administrativa se houver exigência legal ou se existir a previsão de revisão automática da decisão na estrutura da própria agência (§ 704, *in fine*).²⁵⁷

O que está em causa é a possibilidade de uma agência, no exercício de sua *expertise*, equacionar interesses contrapostos e corrigir seus próprios erros antes de eventual revisão judicial,²⁵⁸ o que inclusive pode contribuir para a redução da quantidade e da complexidade dos litígios regulatórios.

Por outro lado, ao Poder Judiciário não é dado exigir a prévia interposição de recursos voluntários, porque isso seria inconsistente com uma interpretação ampliativa da recorribilidade no sistema do APA,²⁵⁹ mas, caso opte por prosseguir na via administrativa, não pode a parte pretender a simultânea impugnação do ato na seara judicial.²⁶⁰

²⁵³ *Williamson Cty. Planning v. Hamilton Bank*, 473 U.S. 172 (1985).

²⁵⁴ *Bennett v. Spear*, 520 U.S. 154 (1997).

²⁵⁵ *Reliable Automatic Sprinkler Co Inc v. Consumer Product Safety Commission*, 324 F 3d726 (DC Circ. 2003).

²⁵⁶ A título de exemplo, no caso *Teva Pharmaceuticals USA, Inc. v. Sebelius*, 595 F.3d 1303 (D.C. Cir. 2010), um laboratório seria privado de um período inicial de exclusividade no lançamento de um medicamento genérico em razão da mudança na interpretação que a *Food and Drug Administration* (FDA) vinha fazendo da legislação de regência. Assim, a Corte reconheceu que “[a] mera possibilidade teórica de que uma agência possa alterar seus pontos de vista sobre uma questão legal antes de aplicá-los contra uma parte não impediu, no passado, a revisão (...) desses pontos de vista”, destacando que no caso concreto a postergação da análise levaria a uma provável perda da vantagem competitiva da empresa no mercado relevante, de modo que a ação foi admitida.

²⁵⁷ *Darby v. Cisneros*, 509 U.S. 137 (1993). Ver item 3.1.1.3, supra.

²⁵⁸ WARREN, Kenneth F. **Administrative Law in the Political System**. Op. cit., p. 344.

²⁵⁹ Vide nota 59, supra.

²⁶⁰ “Portanto, uma parte que permanece perante uma agência para solicitar a reconsideração de uma ordem não pode, ao mesmo tempo, comparecer perante um tribunal para buscar a revisão dessa mesma

Ademais, o Poder Judiciário vem reconhecendo que a ausência de impugnação de um determinado tópico perante as agências acaba por inviabilizar seu posterior questionamento judicial.²⁶¹

4.4.3.3 Teoria da maturação

Ao contrário das anteriores, a teoria da maturação (*ripeness*) não foi consagrada no APA, funcionando como um filtro para que as controvérsias não cheguem prematuramente ao Poder Judiciário.

No julgamento do caso *Abbott Laboratories v. Gardner*, 387 U.S. 136 (1967) a Suprema Corte formulou um teste que se destina a evitar que o Poder Judiciário se envolva “em divergências abstratas sobre políticas administrativas, e também para proteger as agências contra interferências judiciais até que uma decisão administrativa seja formalizada e seus efeitos sejam sentidos de maneira concreta”.

Trata-se de uma avaliação bifásica, que pressupõe “tanto a adequação das questões à decisão judicial quanto os percalços causados às partes por terem de aguardar a consideração do tribunal.”

Assim, num primeiro momento, deve ser avaliada se a controvérsia abrange estritamente questões de direito, bem como se o ato impugnado constitui a “ação final” da agência. Numa etapa seguinte, é examinada a potencialidade de dano, isto é, de causar prejuízos diretos e imediatos à parte, determinando alterações de condutas e procedimentos, sob pena da imposição de sanções.²⁶²

Seguindo essa linha, a Suprema Corte consolidou em julgamentos posteriores um teste adicional para controle judicial *pre enforcement*, que consiste no exame dos seguintes requisitos: a) potencialidade de dano decorrente do diferimento da revisão;²⁶³

ordem, assim como a parte não poderia literalmente estar em dois lugares ao mesmo tempo." (*Bellsouth Corp. v. FCC*, 17 F.3d 1487, 1489 (D.C.Cir.1994)).

²⁶¹ No caso *Southwestern Pennsylvania Growth v. Browner* (121 F.3d 106 (3d Cir. 1997)) a questão foi examinada sob o prisma da racionalidade do sistema, pois “[e]mbora os tribunais sejam capazes de abordar questões de interpretação legal que não foram levantadas durante o processo regulatório, é muito mais eficiente que enfrentem essas questões somente depois de terem sido consideradas pela agência que o Congresso encarregou da responsabilidade primária de executar o complexo estatuto em questão.” Nessa mesma linha, em *Natural Resources Defense Council, v. U.S.* (25 F.3d 1063 (D.C. Cir. 1994)), ficou reconhecida a impossibilidade da impugnação dos critérios técnicos que serviram de lastro ao processo regulatório por meio de argumentos apresentados apenas durante o litígio. A Suprema Corte, todavia, reconheceu “os requisitos para a exaustão das questões administrativas são em grande parte criaturas da lei”, podendo ser impostas de forma analógica pelo Poder Judiciário apenas em procedimentos de cunho adversarial (*Sims v. Apfel*, 530 U.S. 103 (2000)).

²⁶² FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. **Administrative Law**. Op. cit., p. 269.

²⁶³ Há aqui nítida correlação entre o requisito geral de um dano concreto e plausível exigido pela regra geral de *standing* (vide nota 243), bem como da indicação específica dos efeitos decorrentes do ato

b) inexistência de indevida intromissão na atividade administrativa; c) necessidade de maiores esclarecimentos factuais por parte da agência.²⁶⁴

4.5. ESCOPO DA REVISÃO JUDICIAL

Superada a análise da possibilidade de revisão judicial do ato administrativo, o segundo questionamento a ser feito diz respeito ao escopo da revisão, isto é, à *extensão* do controle e à *natureza* das questões que serão examinadas.

A segmentação tem fundamento nas mesmas premissas que orientaram o exame da justiciabilidade do ato (a legitimidade das agências decorre de delegação do Congresso, em razão de seu conhecimento e experiência em determinadas áreas, mostrando-se por isso contraproducente e ineficaz um controle judicial ilimitado), acrescidas da constatação de que ao Poder Judiciário compete garantir a proteção de direitos individuais e a observância do devido processo legal na seara administrativa,²⁶⁵ contribuindo para a higidez do sistema democrático e para contenção do arbítrio estatal.

O § 706 estabelece que compete aos tribunais, “na medida necessária à decisão”, “decidir todas as questões legais relevantes”, interpretar “disposições constitucionais e legais” e determinar “o significado ou a aplicabilidade dos termos de uma ação da agência.”.

Segue-se daí a delimitação de perímetros nos quais é possível a incursão judicial sobre a atividade administrativa: a) saneamento de omissões, por meio da edição de ordens tendentes a compelir uma ação que tenha sido ilegalmente negada ou injustificadamente postergada; b) declaração de ilegalidade e a nulidade de atos: b1) considerados “arbitrários, caprichosos”, ou que de alguma forma estejam em desconformidade com a lei; b2) que violem direitos constitucionais, prerrogativas, privilégios ou imunidades; b3) praticados em excesso de poder, abuso de autoridade ou ausência de autorização legal; b4) praticados sem a observância do procedimento imposto por lei; b5) que não estejam amparados em “evidências substanciais” contidas

impugnado no plano dos fatos. Dessa forma, o teste de *ripeness* foi complementado pelo julgamento do caso *Toilet Goods Assn., Inc. v. Gardner*, 387 U.S. 158 (1967), no qual se reconheceu que o controle judicial dos atos regulatórios depende não apenas de “quão adequadamente a corte possa lidar com a questão legal apresentada, mas também com a natureza e o grau dos efeitos imediatos do ato sobre aqueles que buscam a tutela.” Assim, não estando delineados, de forma plausível e especificada, os efeitos adversos decorrentes da futura aplicação de um ato regulatório, deve ser aplicada a “razão institucional clássica para adiar a revisão: precisamos esperar que uma regra seja aplicada para ver qual será seu efeito.” (*Louisiana Env't Act. Network v. Browner*, 87 F.3d 1379 (D.C. Cir. 1996)).

²⁶⁴ *Ohio Forestry Assn., Inc. v. Sierra Club*, 523 U.S. 726 (1998).

²⁶⁵ WARREN, Kenneth F. **Administrative Law in the Political System**. Op. cit., p. 348.

no registro de julgamento da agência; b6) desprovidos de supor fático, nas hipóteses de julgamento *de novo*.

Depreende-se, portanto, que a revisão judicial pode ser classificada de acordo com a *natureza da questão impugnada* (isto é, se envolve aspectos legais, de fato ou ambos), com a *espécie do processo* no qual foi proferida a decisão (formal/informal; adjudicação/normatização), com a *intensidade da revisão*, e com o *aspecto substancial* da decisão.²⁶⁶

Diante disso, haverá o estreitamento temático da matéria, de modo a restringir a análise à revisão judicial de questões legais, na perspectiva das interpretações normativas levadas a efeito pelas agências, com fundamento no § 706(2)(C).

Com efeito, quando se está diante de uma sistemática que busca aferir a adequação de um ato concreto a parâmetros abstratos definidos pelo Congresso, surge a necessidade de avaliação da interpretação dada pelas agências às leis que devem implementar.

A simplicidade da assertiva, contudo, é apenas aparente. É porque existe aí um elemento de grande potencial disruptivo, que traz em seu âmago a tensão entre o dever judicial de, ao “dizer o que é a lei”, zelar pelos limites da delegação legislativa, e a constatação de que muitas das chamadas “questões de direito” estão indissolúvelmente relacionadas a aspectos técnico-factuais e de políticas públicas, que, por sua vez, “talvez sejam mais bem resolvidos por agências especializadas, sob a supervisão dos ramos eleitos do poder.”²⁶⁷

Assim, quando se vislumbra a possibilidade de intensidades variáveis de controle judicial da atividade administrativa, o que se pretende é a definição de padrões que permitam diferenciar as hipóteses em que o Poder Judiciário pode examinar o caso *de novo* daquelas em que deve aceitar a solução apresentada pela agência, ainda que em desconformidade com a decisão que eventualmente adotaria num caso semelhante.²⁶⁸ Nesta última hipótese é que se fala em deferência.

²⁶⁶ MASHAW, Jerry L.; MERRIL, Richard A.; SHANE, Peter M. **Administrative Law**... Op. cit., p. 708.

²⁶⁷ MANNING, John F.; STEPHENSON, Matthew C. **Legislation and Regulation**... Op. cit., p. 942.

²⁶⁸ Há três modelos teóricos de revisão judicial dos atos administrativos: a) *de novo*, no qual as cortes podem reapreciar todas as questões de fatos e de direito examinadas na seara administrativa; b) *res judicata*, no qual as cortes acolhem as conclusões dos agentes administrativos, tanto em questão de fato como de direito; c) *error model*, no qual as cortes são deferentes às conclusões de fato levadas a efeito pelas agências, mas promovem a integral revisão das questões de direito. Sob essa perspectiva, o APA consagra uma fórmula híbrida que oscila entre os modelos da *res judicata* e do “erro”, já que “a maior parte das questões de direito ou de fato estão sujeitas a alguma espécie de revisão em seu mérito – ao

4.6 DEFERÊNCIA E CONTROLE JUDICIAL

Etimologicamente, deferência significa “atitude de respeito e consideração”, “interesse pelos assuntos alheios”, “condescendência.”²⁶⁹

Permeia a ideia de deferência, portanto, a proposição de se atribuir relevância a um julgamento realizado por outrem, diante dos impactos que seriam causados por sua desconsideração

É interessante notar que não se trata da supressão da autonomia de escolha final, já que a deferência não *impõe* uma solução, mas apenas agrega uma razão adicional para que uma conclusão seja mantida, ainda que contrarie as concepções pessoais do decisor. Ou seja, o efeito prático da deferência é “tornar os interesses do outro mais importante do que eu normalmente faria”, incentivando o diálogo em detrimento na ação unilateral.²⁷⁰

O que existe, portanto, é um movimento de circulação da autoridade: o decisor final, ainda que não esteja compelido a tanto, acaba por “olhar para baixo”, em observância a valores como eficiência, especialização, diversidade ou separação de poderes, na perspectiva de que, a longo prazo, talvez seja melhor a alocação do poder de escolha em determinadas instituições do que “permitir que todos simplesmente tentem tomar a melhor decisão.”²⁷¹

Outro aspecto relevante é o de que a deferência não opera isoladamente e nem de forma absoluta, vale dizer, não torna presumivelmente correto um ato alheio, mas apenas fornece um fundamento adicional (de peso variável) para que uma determinada escolha seja ratificada no caso concreto.

E aqui já é possível vislumbrar que a deferência vai além da presunção de validade do ato (isto é, a suposição de que foi praticado de boa-fé, de acordo com o devido processo legal), englobando sua própria substância, em razão de fatores como *accountability*, experiência no manejo de leis setoriais e conhecimento técnico do

menos em sua racionalidade (...).” (WOOLHANDLER, Ann. Judicial Deference to Administrative Action – a Revisionist History. **Administrative Law Review**, 43, p. 200-201 e 241, 1991).

²⁶⁹ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 605.

²⁷⁰ SOPER, Philip. **The Ethics of Deference: Learning From Law’s Morals**. New York: Cambridge University Press, 2002, p. 23-24 e 181.

²⁷¹ SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: a New Introduction to Legal Reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 230-231 e 233.

agente.²⁷² Aí estão delineados os dois argumentos teóricos que servem de lastro à deferência judicial de interpretações normativas realizadas pelas agências reguladoras.

O primeiro deles, como já destacamos, é a delegação legislativa de certas escolhas relacionadas a políticas públicas a determinados atores que, do ponto de vista da legitimação democrática, são mais responsivos do que as cortes. Trata-se, portanto, de uma alocação legal de autoridade, que, ainda que não absoluta, agrega um componente que não pode ser desconsiderado na esfera judicial, desde que tenha sido exercida com razoabilidade.²⁷³

O segundo componente é a *expertise*, atributo que pressupõe não apenas o domínio específico de um determinado campo do conhecimento humano, mas também a experiência decorrente da reiterada atuação no setor.²⁷⁴

Desse modo, portanto, o referido atributo não constitui um componente estático, não apenas porque o conhecimento pode ser paulatinamente adquirido (de acordo com as necessidades impostas pela evolução tecnológica de um segmento específico), mas também porque a reiterada exposição aos desafios práticos que surgem da aplicação de informações teóricas contribui para o aperfeiçoamento dos quadros burocráticos.²⁷⁵

Portanto, é a cumulação desses dois elementos (amplitude da delegação legislativa²⁷⁶ e *expertise*) que define a aplicação e delimita o grau da deferência a um caso concreto, ajustando a intensidade do controle judicial.

²⁷² WOODWARD, David R.; LEVIN, Ronald M. Levin. In Defense of Deference: Judicial Review of Agency Action. **Administrative Law Review**, 31, p. 332 (nota 8), 1979.

²⁷³ DALY, Paul. **A Theory of Deference in Administrative Law: Basis, Application and Scope**. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 8-9

²⁷⁴ *Idem*, p. 73-77.

²⁷⁵ Essa é uma constatação que, segundo Eskridge Jr. e Baer, é confirmada por estudos de caso e não encontra divergência na literatura. Assim, “ninguém seriamente discorda da máxima cunhada durante o *New Deal* de que agências são normalmente mais bem informadas do que as cortes em vários aspectos: elas dominam os temas de seu regime relativos a seu regime legal e à indústria regulada com grande profundidade, têm um acesso mais facilitado a especialistas (como cientistas e economistas) que fornecem informações especializadas a perguntas específicas, e têm o tipo de discernimento prático que vem do trato com questões legais que surgem no manejo diário de uma lei (ou que talvez seja decorrente de propostas e experimentos da própria agência).” (ESKRIDGE JR., William; BAER, Lauren E. The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Handam. **The Georgetown Law Journal**, 96, p. 1.1172-1.173, 2008).

²⁷⁶ Nesse aspecto, a amplitude da delegação deve evidenciar o intento de transferência do “poder de interpretar a lei”, o que raramente é explicitamente mencionado, mas pode ser depreendido da história legislativa, da imprecisão da linguagem ou dos propósitos substanciais da lei em cotejo com a atuação da agência (BREYER, Stephen. *Judicial Review of Questions of Law and Policy*. Op. cit., p. 369-371). Por outro lado, o Ministro Scalia sustenta que é o último aspecto que define a amplitude dos poderes transferidos, na medida que ambiguidades numa lei cuja implementação foi atribuída a uma agência podem indicar uma de duas situações: que o Congresso tinha uma intenção específica, mas não foi claro a respeito; ou que o Congresso não tinha qualquer objetivo em particular, mas pretendeu transferir esta decisão ao ente regulador. Neste último caso, cabe às cortes apenas aferir “se a resolução da ambiguidade

Transportadas as ideias para a seara administrativa, a deferência acarreta a transferência da ênfase da atividade judicial: em vez de examinar diretamente o sentido de uma determinada lei num caso concreto, as cortes devem levar em consideração o posicionamento adotado pela agência, com a imposição dos limites que se fizerem eventualmente necessários.²⁷⁷

Nessa perspectiva, deferência corresponde a uma metodologia de trabalho judicial que, com fundamento em argumentos consequencialistas e razões institucionais, direciona a solução de controvérsias por meio da observância de aportes regularmente produzidos pelas agências reguladoras na seara administrativa, com vistas a garantir a eficiência e previsibilidade da atuação estatal.

4.7 REGIMES DEFERENCIAIS

Dentro do escopo de revisão escolhido – questões de direito, e do ponto de vista da interpretação normativa realizada pelas agências reguladoras – os regimes deferenciais mais relevantes são *Skidmore* e *Chevron*.²⁷⁸

Cada um deles apresenta *standards* diversos, cuja incidência nos casos concretos acarreta a variação de intensidade do controle judicial dos atos das agências, havendo aqui uma relação de inversa proporcionalidade com índice de deferência que lhes for atribuído.

Ambos os critérios foram construídos pela Suprema Corte em momentos históricos distintos, e, conquanto direcionados a examinar realidades diversas, nem sempre se pode definir uma linha de fronteira segura entre as teorias,²⁷⁹ havendo

é razoável.” (SCALIA, Antonin. Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law. **Duke Law Journal**, 3, p. 516, 1989).

²⁷⁷ MONAGHAN, Henry P. Marbury and the Administrative State. **Columbia Law Review**, 83, p. 6, 1983.

²⁷⁸ Nesse sentido, Jordão destaca que nos EUA “[o] sistema de controle judicial das interpretações legislativas promovidas pela administração pública é historicamente dominado por duas doutrinas judiciais, usualmente referidas pelos nomes de *Chevron* (...) e *Skidmore* (...), em referência aos seus *leading cases*.” (JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 490). É importante notar, todavia, que essas não são as únicas teorias que convivem naquilo que foi chamado de “contínuo de regimes deferenciais”, integrado por *Chevron*, *Skidmore*, *Seminole Rock*, *Curtiss-Wright* e *Beth Israel*.” (ESKRIDGE JR., William; BAER, Lauren E. **The Continuum of Deference** ... Op. cit., p. 1.090).

²⁷⁹ “O trabalho empírico confirmou que os tribunais geralmente não aplicam os padrões de deferência em circunstâncias nas quais sua própria doutrina indica que deveriam. Além disso, os tribunais continuam a aplicar outras doutrinas de deferência em contextos especiais, tornando mais distante previsibilidade da prática judicial.” Daí por que o autor fala em “loteria da deferência”, que impede que a agência antevaja o padrão de controle que será eventualmente empregado na revisão de suas interpretações legais. (MATHEWS, Jud. Deference Lotteries. **Texas Law Review**, p. 1349-1396, 2013). Na mesma linha,

inclusive quem se refira a elas como peças integrantes de uma ampla estrutura de controle judicial das interpretações administrativas.²⁸⁰

É importante destacar, ainda, que ambos os regimes foram fortemente impactados pelo julgamento do caso *Mead*, cujos efeitos serão examinados ao longo da exposição de cada uma das teorias.

4.7.1 Teoria *Skidmore*

O caso *Skidmore v. Swift & Co.* (323 U.S. 134), julgado em 1944, constituiu uma demanda trabalhista na qual os reclamantes (bombeiros industriais) pretendiam receber da empregadora a remuneração referente aos períodos de sobreaviso.

A tese apresentada foi a de que, além da jornada normal de trabalho, permaneciam em regime de plantão (na sede da empresa ou em suas casas) até quatro noites por semana, para fins de monitoramento do sistema de prevenção de incêndios.

Não houve incêndios no período e os reclamantes foram acionados em poucas oportunidades, que não costumavam exceder uma hora de duração. Ademais, durante esses períodos os reclamantes não deveriam exercer qualquer tarefa específica.

O pleito foi indeferido em primeira instância, ao argumento de que o tempo de permanência dos reclamantes à disposição do empregador não poderia ser equiparado a “horas trabalhadas” para fins do recebimento de horas extras garantidas pelo *Fair Labor Standards Act*. A decisão foi mantida pela Corte de Apelações.

Como dado adicional, figurou como *amicus curiae* o administrador da “Divisão de Salários e Horários” do Departamento do Trabalho, que, em razão de sua “experiência considerável” nos problemas relacionados à apuração do tempo de trabalho, havia expedido um boletim interpretativo preconizando a necessidade de soluções flexíveis, sugerindo parâmetros e fornecendo exemplos para guiar o arbitramento das controvérsias.

A Suprema Corte começou por assinalar que não havia qualquer lei ou precedente judicial que vedasse o reconhecimento dos períodos de sobreaviso como horas trabalhadas, bem como o enquadramento do caso concreto nas hipóteses previstas

Eskridge e Baer registram que “num grande número de casos, entretanto, a Suprema Corte não invocou expressamente um padrão de deferência específico – ela não nomina e aparentemente não segue qualquer um dos regimes que nominamos – ainda que pareça que a Corte esteja expressando uma atitude deferencial.” (ESKRIDGE JR., William; BAER, Lauren E. **The Continuum of Deference...** Op. cit., p. 1.111).

²⁸⁰ HICKMAN, Kristin; KRUEGER, Matthew D. In Search of the Modern Skidmore Standard. **Columbia Law Review**, 107, p. 1239, 2007.

no mencionado ato normativo como autorizadoras da remuneração adicional deveria ser levado a efeito pelo Juízo de primeiro grau (*Trial Court*).

Todavia, ressaltou que a orientação administrativa, ainda que não vinculante e emanada sem as formalidades próprias dos procedimentos adversariais, merecia “respeito”, já que proveniente do cumprimento de um “dever oficial”, com base numa “experiência especializada” e em investigações e informações mais amplas do que o juiz teria acesso ao decidir a causa.

Segue-se então o trecho mais conhecido do precedente, que sintetiza a própria essência desta teoria deferencial:

(...) as decisões, interpretações e opiniões [da agência], embora não vinculantes, constituem um corpo de experiência e julgamento informado ao qual tribunais e litigantes podem recorrer para obterem orientação. O peso de tal julgamento em um caso particular dependerá da minúcia demonstrada na consideração, da validade de seu raciocínio, de sua consistência com os pronunciamentos anteriores e posteriores e de todos os fatores que lhe dão poder de persuadir (...).

Ao final, as decisões foram cassadas e a causa foi devolvida à origem para regular processamento.

Assim é que nas hipóteses da *Skidmore* a deferência não decorre apenas da *expertise* da agência, mas também da capacidade persuasiva de sua argumentação, evidenciada pela minudência no tratamento dos fatos, pela profundidade da fundamentação e pela coerência com outros pronunciamentos (anteriores e posteriores) sobre o tema.

Trata-se de uma modalidade fraca de deferência, que, associada a um sistema *hard look* de revisão judicial, reconhece a posição institucional privilegiada da agência para tratar de certos termos, mas lhe atribui o ônus argumentativo de persuadir a corte, o que acaba por constituir um incentivo para uma regulação mais clara e fundamentada.²⁸¹

Este foi o critério preponderantemente utilizado até o advento da teoria *Chevron*, quando então se instalou a controvérsia acerca de sua subsistência, que só veio a ser definitivamente dirimida por ocasião do julgamento do caso *United States v. Mead Corp.*, 533 U.S. 218 (2001), estabelecendo que o padrão deferencial *Skidmore* deve ser aplicado aos atos que não tenham sido praticados pela agência no exercício direto da delegação legislativa, isto é, sem “força de lei”.

²⁸¹ MANNING, John F. *Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules*. Op. cit., p. 686-690.

E um dos critérios indicativos para aferição deste desiderato (delegação legislativa de atividade normativa com efeitos vinculantes) é a exigência de um procedimento formal, “tendente a promover a justiça e a deliberação.”²⁸²

Ainda assim subsiste a controvérsia acerca da amplitude da deferência, pois o padrão *Skidmore* pode ser considerado tanto um “modelo de julgamento independente”, quanto “modelo de escala variável”, havendo julgados representativos das duas correntes.²⁸³

No primeiro caso não haveria propriamente deferência, na medida em que as posições da agência não contariam com qualquer forma de valoração *ex ante*, cabendo ao julgador a aplicação dos cânones gerais de interpretação, inclusive podendo desconsiderar os critérios indicados como relevantes no *leading case*.

Na segunda hipótese “as cortes não estão livres para ignorar a posição da agência ou para rejeitá-la apenas porque ela difere de seu próprio entendimento”²⁸⁴, havendo necessidade de análise da interpretação administrativa à luz de múltiplos fatores (que não foram precisamente indicados), de modo a calibrar o grau de deferência a ser dada ao ato.

A aplicação do referido critério não é desprovida de dificuldades, tendo o Ministro Scalia sustentado que a teoria *Skidmore* consagra “um truísmo vazio e uma declaração insignificante do óbvio: um juiz deve levar em consideração visões bem fundamentadas de observadores especialistas”, consistindo numa “receita para incerteza, imprevisibilidade e intermináveis litígios.”²⁸⁵

Com efeito, sua aplicação pode consagrar a prática de um raciocínio circular, pois a constatação de que os fundamentos apresentados pela agência são “dignos de

²⁸² Ainda que no julgamento do caso *Mead* se reconheça a possibilidade de que seja atribuído um alto grau de deferência a atos interpretativos informais, “a doutrina concorda que a formalidade é o *principal* fator que determina o nível de deferência devido às interpretações das agências.” (LIPTON, Bradley. *Accountability, Deference and the Skidmore Doctrine*. **Yale Law Journal**, 119, p. 2124-2125, 2010, (destaque no original)).

²⁸³ HICKMAN, Kristin; KRUEGER, Matthew D. **In Search of the Modern Skidmore Standard**. Op. cit., p. 1.251-1.259. Após o levantamento de dados das Cortes de Apelação, no entanto, os autores concluíram que 74,5% dos casos em que foi aplicada, a teoria assumiu o modelo de “escala variável”, com a análise de ao menos um dos elementos enunciados no *leading case*. Por outro lado, em 18,9% dos casos houve “julgamento independente”, enquanto em 6,6% dos casos o critério não pode ser determinado (*Idem*, p. 1271).

²⁸⁴ *Idem*, p. 1255.

²⁸⁵ Trecho do voto divergente apresentado em *United States v. Mead Corp.*, 533 U.S. 218 (2001).

respeito” pressupõe que a corte tenha inicialmente determinado quais são os fundamentos suficientes para justificar a decisão.²⁸⁶

A solução preconizada, portanto, é a de admitir que as razões da agência são *a priori* persuasivas e que merecem respeito se forem razoáveis à luz dos fatores contextuais.²⁸⁷

4.7.2 Teoria *Chevron*

Trata-se, como aponta Eduardo Jordão, do “caso mais citado na história do direito público americano.”²⁸⁸

A constatação serve como fundamento para uma necessária advertência: a exposição será obviamente limitada, não tendo a pretensão de esgotar um tema que motivou profícua produção acadêmica²⁸⁹ e que ainda hoje suscita controvérsia. Ou seja, será apresentado apenas um retrato esmaecido do que é uma paisagem colorida e multidimensional.

4.7.2.1 Apresentação

A teoria *Chevron* não pode ser completamente compreendida se não forem levados em conta os reflexos dos contextos econômico e político da época no desenho das agências reguladoras.

No período de intenso crescimento econômico do segundo pós-guerra, as agências norte-americanas tiveram seus quadros compostos predominantemente por advogados, o que acabou por influenciar os parâmetros de sua atuação, que tinha como premissa a ênfase no devido processo legal em detrimento da eficiência econômica.²⁹⁰

²⁸⁶ HICKMAN, Tom. Public Law After the Human Rights Act. *apud* DALY, Paul. **A Theory of Deference in Administrative Law...** Op. cit., p. 22.

²⁸⁷ LIPTON, Bradley. **Accountability, Deference and the Skidmore Doctrine.** Op. cit., p. 2.138-2.139. Nesse ponto específico, Peter Strauss sustenta que a Teoria Skidmore deve ser avaliada não em termos de deferência, mas sim de “peso”, que corresponde à “possibilidade de a posição da agência numa questão legal merecer, por si só, respeito pelos juízes que têm autoridade interpretativa final.” (STRAUSS, Peter L. "Deference" is Too Confusing – Let's Call Them "Chevron Space" and "Skidmore Weight". **Columbia Law Review**, 112, p. 1.145, 2012).

²⁸⁸ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração complexa...** Op. cit., p. 200.

²⁸⁹ Destacando a importância do caso na literatura jurídica norte-americana, Thomas Merrill registra que, até 2014, *Chevron* havia sido citado em 8.009 artigos, o que o colocava num patamar semelhante ao de *Marbury v. Madison*, que até aquele momento contava com 8.492 citações. (MERRILL, Thomas W. The Story of *Chevron*: the Making of an Accidental Landmark. **Administrative Law Review**, 66, p. 254-255, 2014).

²⁹⁰ MCCRAW, Thomas K. **Prophets of Regulation.** Massachusetts: Harvard Press, 1984, p. 244.

Na década de 1970, todavia, as pressões inflacionárias e um contexto de concorrência internacional acabou por modificar esse quadro, inaugurando o “momento dos economistas”²⁹¹, marcado pela retração regulatória e pela definição de métricas tendentes a aferir os impactos econômicos das ações das agências.²⁹²

Esse foi o pano de fundo do *Clean Air Act* de 1970, que estabeleceu determinados programas de proteção ambiental, fixando *standards* para redução dos poluentes industriais.²⁹³

O ato levava em conta a noção de “fonte estacionária”, isto é, “qualquer edifício, estrutura, infraestrutura ou instalação” que emitisse ou pudesse emitir partículas poluidoras no ar, definindo ainda que o termo “modificação” deveria ser compreendido como a alteração física operacional de uma fonte estacionária que aumentasse a emissão de poluentes atmosféricos.²⁹⁴

Como o ato estabelecia requisitos mais rigorosos para instalação de “novas fontes” poluidoras, iniciou-se uma controvérsia acerca do significado do termo “fonte”, que poderia representar um único equipamento ou a integralidade da planta industrial em que estava situado.

Representantes das indústrias sustentavam a existência de um conceito de “bolha”, isto é, de que cada unidade produtiva representava uma única fonte emissora de poluentes, de modo que novos equipamentos poderiam ser adicionados sem as restrições da nova lei se, em razão de ajustes internos, o nível geral de poluição não fosse alterado.

O raciocínio, contudo, acabava esbarrando num dos propósitos da lei, que era o de incentivar a pesquisa e o desenvolvimento de recursos capazes de melhorar a qualidade do ar, por meio do controle e da prevenção da poluição.²⁹⁵

A controvérsia foi dirimida pela *Environmental Protection Agency* (EPA), em 1975, ao definir que o termo *modificação* deveria ser compreendido como a “alteração física ou operacional para uma instalação existente que resulte em aumento da taxa de emissão atmosférica de qualquer poluente”, bem como “fonte estacionária” significava

²⁹¹ A expressão é de McCraw (*economist's hour*), e retrata um movimento de crescente influência das ideias da chamada Escola de Chicago, que enfatizava a análise das consequências econômicas da regulação (Idem, p. 222 e ss).

²⁹² SIDMAN, Harold; GILMOUR, Robert. **Politics, Position and Power** ... Op. cit., p. 129 e ss.

²⁹³ 42 U.S. Code § 7411 (a) (1). A exposição que segue representa um resumo da minudente descrição constante em MERRIL, Thomas W. **The Story of Chevron**... Op. cit.

²⁹⁴ 42 U.S. Code § 7411 (a) (3) (4).

²⁹⁵ 42 U.S. Code § 7401 (b).

“qualquer construção, estrutura, instalação ou que emite ou possa emitir poluentes aéreos”.²⁹⁶

Ou seja, a agência acabou por reconhecer que as plantas industriais constituíam uma única “fonte estacionária” de emissores poluentes, e quaisquer arranjos internos que não implicassem aumento do índice de poluição de uma unidade estariam isentos dos requisitos impostos às novas fontes.

Conquanto o ato normativo tenha sido desconstituído judicialmente, a controvérsia não amainou, e em 1981, por força da guinada regulatória levada a efeito pelo Presidente Ronald Reagan, a EPA apresentou a proposta de uma norma interpretativa,²⁹⁷ voltando a definir como “fonte estacionária” toda uma planta industrial, com a ressalva de que a reconstrução ou modificação de uma unidade existente não seria considerada uma “nova fonte”.

A alteração foi desconstituída pela Corte de Apelações da Capital, que, conquanto tenha reconhecido que a lei não definia explicitamente o que “o Congresso imaginou como uma ‘fonte estacionária’”, bem como a dúvida não poderia ser resolvida pela história legislativa, entendeu-se que o conceito de “bolha” não poderia sem empregado no âmbito de um programa legislativo voltado à melhoria da qualidade do ar.²⁹⁸

A empresa Chevron U.S.A. Inc. apresentou então um pedido de *certiorari*,²⁹⁹ o que acabou por fazer com que seu nome ficasse associado a uma das mais relevantes teorias jurídicas da atualidade.³⁰⁰

A Suprema Corte reverteu, então, a decisão de segunda instância, estruturando sua argumentação nas seguintes premissas:

a) o Poder Judiciário é a autoridade final em questões interpretativas, devendo rejeitar as construções administrativas que estejam em desacordo com as claras intenções do Congresso;

²⁹⁶ De acordo com o § 60.14 do *Standards of Performance for New Stationary Sources*, publicado no *Federal Register* de 16.12.1975, p. 58.416 e ss.

²⁹⁷ *Federal Register* de 14.10.1981, p. 57.666 e ss.

²⁹⁸ *Natural Resources Defense Council, v. Gorsuch*, 685 F.2d 718 (D.C. Cir. 1982).

²⁹⁹ *Writ of certiorari* corresponde ao direito assegurado à parte de solicitar a revisão do caso à Suprema Corte, que examina o pedido de forma discricionária, sem ter de explicar os motivos de uma eventual recusa. Ou seja, “[a] Corte garante o *certiorari* no interesse público, e não simplesmente no interesse da parte. Portanto, a Corte não irá normalmente assegurar o *certiorari* meramente para fazer justiça num caso particular.” (NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional Law**. 7. ed. Minnesota: West Group, 2004, p. 29).

³⁰⁰ *Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council*, 467 U.S. 837 (1984).

b) se, todavia, após empregar as “ferramentas tradicionais de interpretação”, a Corte constatar que não havia uma intenção legislativa específica (isto é, se o Congresso se manteve silente ou foi ambíguo), houve uma delegação à agência;

c) sempre que as questões controvertidas dependam “de mais do que o conhecimento ordinário” e envolvam a equalização de políticas públicas, as cortes devem ser deferentes às interpretações das agências que se mostrem razoáveis, não podendo substituí-las pelas suas próprias convicções.

O julgamento resultou na formulação do conhecido teste bifásico, descrito nos seguintes termos:

Quando um tribunal revisa a interpretação de uma agência sobre uma lei que administra, ele é confrontado com duas perguntas. Primeiro, sempre, é a questão de saber se o Congresso enfrentou expressamente a questão controvertida. Se a intenção do Congresso é clara, esse é o fim do problema, pois o tribunal, assim como a agência, deve efetivar a intenção inequivocamente expressa do Congresso. Se, no entanto, o tribunal verificar que o Congresso não abordou diretamente o assunto, o tribunal não impõe simplesmente sua própria interpretação da lei, como seria necessário na ausência de uma atuação administrativa. Em vez disso, se a lei for silente ou ambígua com relação ao ponto específico, a corte deve analisar se a resposta da agência se baseia numa interpretação permitida.

A grande inovação de *Chevron* não decorreu propriamente de seus fundamentos (que, nos termos do voto do Ministro Stevens, estavam amparados em “princípios bem estabelecidos”), mas da forma como foram concatenados com argumentos referentes às capacidades institucionais e à legitimidade democrática dos entes regulatórios,³⁰¹ o que acabou por alterar a própria racionalidade do controle judicial da atividade administrativa, pois, até então, ainda que fossem merecedoras de variados graus de respeito, as interpretações das agências não se sobrepunham às das Cortes.³⁰²

Por conseguinte, após analisar a disciplina das fontes de poluentes sob o aspecto da história legislativa, a Suprema Corte reconheceu a existência de interesses legítimos que se contrapunham (redução dos níveis de poluição e desenvolvimento industrial), de modo que a técnica eleita pelo Congresso foi de simplesmente albergá-los, sem qualquer priorização em abstrato. Por consequência, foi transferida à agência a responsabilidade primária pela implementação de políticas públicas numa área “técnica e complexa”, que demandava uma interpretação flexível e evolutiva.

³⁰¹ MERRIL, Thomas W. **The Story of Chevron...** Op. cit., p. 255.

³⁰² SIEGEL, Jonathan R. The Constitutional Case for Chevron Deference. **Valderbilt Law Review**, 71, p. 943-945, 2018. Nesse sentido, Cass Sunstein sustenta que se trata de uma espécie de contra-*Marbury* do Estado Administrativo, já que “em razão da ambiguidade, é enfaticamente a competência e o dever do aparato administrativo dizer o que a lei é.” (SUNSTEIN, Cass R. *Chevron Step Zero*. **Virginia Law Review**, 92, p. 189, 2006).

O voto acrescentou, ainda, que considerações políticas são mais adequadas a legisladores e administradores do que a juízes,³⁰³ que não são escolhidos pelo eleitorado. Portanto, como os agentes administrativos possuem maior *accountability*, devem escolher “interesses conflitantes que o Congresso, ainda que inadvertidamente, não resolveu, ou intencionalmente deixou para serem resolvidos pela agência encarregada da interpretação da lei, à luz da realidade cotidiana.”

E, como mencionado, o caso *Mead*³⁰⁴ acarretou consideráveis mudanças nos regimes deferenciais existentes, acrescentando o que se convencionou chamar de “passo zero”.

Examinando a validade de atos interpretativos (*rullig letters*) do Serviço Alfandegário que definiam tarifas de importação, a Suprema Corte assentou que uma deferência mais intensa, no padrão *Chevron*, pressupõe uma delegação do Congresso à agência para editar regras “com força de lei”, bem como a interpretação questionada tenha sido promulgada no exercício dessa autoridade.

Um dos critérios para aferição do intento delegatário do Congresso é a existência de autorização para que a interpretação fosse produzida por meio de processos formais de adjudicação ou normatização.

O que se tem, portanto, é um teste tripartite, que principia pelo exame de uma delegação legislativa no caso concreto (Passo 1), que, se presente, dá ensejo à análise do intento legislativo (Passo 2). Constada a existência de ambiguidade ou de lacuna, a última etapa consiste na verificação da interpretação da agência (Passo 3), que, sendo razoável, impõe uma postura deferencial do Poder Judiciário.

4.7.2.2 *Chevron in action*

A despeito da aparente simplicidade do teste formulado, a profícua produção doutrinária a respeito do tema mostra que o manejo do ferramental forjado pela Suprema Corte não é desprovido de dificuldades.

O objetivo neste ponto é apresentar algumas controvérsias que envolvem a aplicação da Teoria *Chevron* em cada uma de suas etapas, de modo a trazer os principais aspectos de sua implementação.

³⁰³ O voto faz expressa referência a “juízes federais”, que, nos termos do Artigo II, Seção 2 [2], da Constituição, são indicados pelo Presidente da República com a aprovação do Senado.

³⁰⁴ *United States v. Mead Corp.*, 533 U.S. 218 (2001).

4.7.2.2.1 “Etapa zero”

O termo, cunhado por Tomas Merrill e Kristin Hicckman,³⁰⁵ parte do pressuposto de que o regime norte-americano alberga dois regimes deferenciais diversos. O primeiro é o *Skidmore*, que consolida a evolução jurisprudencial da Suprema Corte e permite modulação do grau de deferência a ser atribuído a uma interpretação administrativa, de acordo com uma análise multifatorial, necessariamente vinculada a um caso concreto.

O segundo é o *Chevron*, que constitui “um mandado legislativo de deferência”³⁰⁶ e opera de acordo com uma lógica binária de “incidência/não incidência”, independentemente da consistência da argumentação administrativa e de nuances fáticas.

Assim, o “passo zero” corresponde à prévia definição da sistemática a ser empregada numa determinada hipótese, de modo a delimitar a atividade revisional das Cortes: ou bem examinam apenas a razoabilidade da decisão em cotejo com o comando legislativo (*Chevron*), ou então promovem uma análise *de novo* das escolhas administrativas (*Skidmore*).³⁰⁷

O que se pretende, portanto, é apresentar um esboço da linha de fronteira que os tribunais vêm paulatinamente construindo entre os dois territórios. Os principais marcos foram assentados no julgamento do Caso *Mead*, ao reconhecer que a teoria *Chevron* pressupõe uma delegação (ainda que implícita) de poderes à agência, normalmente evidenciada pela necessidade de procedimentos formais de normatização ou adjudicação.³⁰⁸

De início, cabe à corte definir o padrão deferencial a ser aplicado, independentemente de eventual ajuste entre as partes.³⁰⁹ Nas hipóteses em que a implementação de um comando legal não depender da atuação de uma agência, como se dá na seara do direito privado, as interpretações administrativas não gozam de deferência.³¹⁰ Igualmente não merecem deferência interpretações *post hoc*, às quais a

³⁰⁵ MERRILL, Tomas W.; HICCKMAN, Kristin E. *Chevron’s Domain*. **The Georgetown Law Journal**, 89, p. 833-921, 2001.

³⁰⁶ *Idem*, p. 836.

³⁰⁷ Sunstein defende que as dúvidas devem ser resolvidas a favor da aplicação da Teoria *Chevron*, em razão da dupla vantagem que proporciona: simplificação do funcionamento dos arranjos regulatórios e transferência de escolhas políticas a instituições dotadas de *expertise* e maior responsividade democrática. (SUNSTEIN, Cass R. **Chevron Step Zero**. Op. cit., p. 194).

³⁰⁸ Reconhecendo a aplicação do padrão *Chevron* na seara adjudicatória: *INS v. Aguirre-Aguirre*, 526 U.S. 415 (1999).

³⁰⁹ *Mushtaq v. Holder*, 583 F.3d 875 (5th Cir. 2009).

³¹⁰ *Adams Fruit Co. v. Barrett*, 494 U.S. 638, 650 (1990).

agência pretende atribuir eficácia retroativa para sustentar suas argumentações em juízo.³¹¹

As normas interpretativas constantes de *guidelines*³¹² e “manuais de conformidade e diretrizes internas”,³¹³ porque não produzidas segundo as formalidades do APA e desprovidas de “força de lei”, devem ser avaliadas pelo padrão *Skidmore*, “mas apenas na medida em que essas interpretações tenham o ‘poder de persuadir’”.³¹⁴

4.7.2.2.2 “Etapa 1”

Caso a corte constate que está diante de uma hipótese de delegação legislativa, deve verificar então qual é “a intenção do Congresso”, que não pode ser alterada para justificar uma postura deferente às interpretações das agências.³¹⁵

Chevron parte da premissa de que ambiguidades legislativas indicam tomadas de posição. O Congresso deliberadamente escolheria fazer determinadas opções (seja pela novidade do tema, seja pela ausência de percepção de sua importância, ou ainda pela inexistência de acomodação entre forças políticas conflitantes), transferindo às agências a incumbência de resolver determinadas controvérsias daí resultantes.

Nessa medida, não estaremos em terreno exclusivamente jurídico, de mera interpretação de leis, mas precipuamente na seara das opções políticas, que envolvem alternativas muitas vezes conflitantes, com custos sociais diversos, nem sempre passíveis de mensuração.³¹⁶

Mas se o Congresso *não* apontar expressamente que se trata de uma delegação legislativa, qual nível de indeterminação necessário para que as cortes reconheçam a necessidade de autocontenção?

A solução foi indicada pela própria Suprema Corte, que, ao definir cada um dos passos que integram a teoria, registrou: “Se um tribunal, empregando *ferramentas*

³¹¹ *Bowen v. Georgetown University Hospital*, 488 U.S. 204 (1988).

³¹² *Reno v. Koray*, 515 U.S. 50 (1995).

³¹³ *Fed. Express Corp. v. Holowecki*, 552 U.S. 389 (2008).

³¹⁴ *Christensen v. Harris County*, 529 U.S. 576, 587 (2000).

³¹⁵ *Board of Governors of the Federal Reserve System v. Dimension Financial Corp.*, 474 U.S. 361 (1986).

³¹⁶ Richard Pierce Jr. sustenta que na primeira etapa de *Chevron* a Corte deve determinar se a controvérsia sobre a interpretação de um determinado dispositivo diz respeito a uma questão legal ou a uma questão de política pública. Nesta última hipótese, deve prosseguir para a segunda parte do teste e confirmar a interpretação dada pela agência a uma previsão legal – e a resolução da questão política – se a interpretação da agência for razoável.” (PIERCE JR., Richard J. *Chevron and its Aftermath: Judicial Review of Agency Interpretations of Statutory Provisions*. **Vanderbilt Law Review**, 41, p. 304, 1988).

tradicionais de interpretação legal, verifica que o Congresso teve uma intenção sobre a questão precisa em questão, essa intenção é a lei e a ela deve ser dado efeito.”³¹⁷

Levado às últimas consequências, o comando acarretaria o afastamento de lacunas e ambiguidades, porque os instrumentos habituais de interpretação quase sempre elucidam o significado de uma proposição normativa, tornando necessário, então, que as cortes sejam deferentes se, uma vez aplicados, “não apresentarem uma resposta *suficientemente clara* à questão.”³¹⁸

A análise segue padrões textuais, considerada “a linguagem empregada na disposição específica e na lei como um todo”³¹⁹, devendo o julgador observar seu dever de “interpretar estatutos, não disposições isoladas”, de modo a construir um “cenário regulatório simétrico e coerente”,³²⁰ levando em consideração eventuais disposições legais posteriores sobre o mesmo tema,³²¹ bem como a história legislativa.³²²

4.7.2.2.3 “Etapa 2”

Como visto, após constatar a existência de uma delegação legislativa e a ambiguidade de uma dada disposição, cabe ao Poder Judiciário, como operação derradeira, avaliar se a interpretação da agência é razoável.³²³

A menção à razoabilidade³²⁴ da interpretação administrativa levou ao emprego de uma técnica de revisão similar àquela empregada para o controle de atos “arbitrários”

³¹⁷ *Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council*, 467 U.S. 837, 843 n. 9 (1984).

³¹⁸ MANNING, John F.; STEPHENSON, Matthew C. **Legislation and Regulation...** Op. cit., p. 991-992 (destaques no original).

³¹⁹ *K Mart Corp. v. Cartier, Inc.*, 486 U.S. 281, 291 (1988).

³²⁰ *Gustafson v. Alloyd Co.*, 513 U.S. 561, 568 (1995). Noutra oportunidade a Suprema Corte reconheceu que “[a] ambiguidade não decorre de possibilidades definicionais, mas do contexto estatutário” (*Brown v. Gardner*, 513 U.S. 115, 118 (1994)).

³²¹ *United States v. Estate of Romani*, 523 U.S. 517, 530-31 (1998).

³²² A questão subjacente diz respeito à controvérsia entre o textualismo e o propositivismo, bem representada no caso *MCI Telecommunications Corp. v. American Telephone & Telegraph Co.*, 512 U.S. 218 (1994). Consultar, ainda: *City of Arlington v. Fed. Commc'ns Comm'n*, 569 U.S. 290 (2013). O entendimento prevalente, contudo, é o de que “o exame do debate legislativo é apropriado e eventualmente pode ser útil aos juízes.” (LUBBERS, Jeffrey S. **A Guide to Federal Agency Rulemaking**. Op. cit., p. 452). Aprofundar em: MERRILL, Thomas W. Textualism and Future of the Chevron Doctrine. **Washington University Law Review**, 72, p. 351-377, 1994; MANNING, John F.; STEPHENSON, Matthew C. **Legislation and Regulation...** Op. cit., p. 1003 e ss.

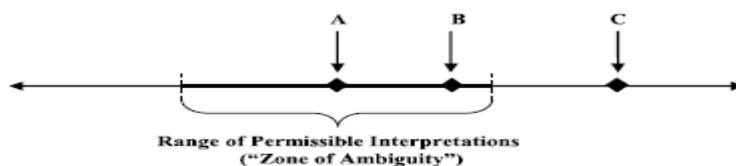
³²³ O voto menciona que a corte deve verificar “se a resposta da agência se baseia numa construção *permissível* da lei”, mas logo adiante adverte que o tribunal não pode impor sua interpretação em detrimento da “interpretação *razoável* feita pelo administrador de uma agência.” Acerca da discrepância, anotou-se que “[o]utras partes do voto deixaram claro que a palavra ‘permissível’, conforme usada aqui, significava simplesmente ‘razoável’, um termo reconhecidamente ambíguo, mas mesmo assim comum na prática do direito administrativo.” (Kenneth W. Starr, *Judicial Review in the Post-Chevron Era*, **Yale Journal on Regulation**, 2, p. 288, 1986).

³²⁴ Razoabilidade é aqui compreendida como critério de avaliação de escolhas administrativas que se desdobra na análise (i) da existência de uma autorização legislativa e (ii) da existência de uma

e “caprichosos”³²⁵ (§ 706(2)(A) do APA)³²⁶, envolvendo um exame da permissibilidade da interpretação dada a um dispositivo legal pela agência num determinado contexto fático.³²⁷

Ainda que formulado como fundamento para uma proposição diversa,³²⁸ o diagrama abaixo serve para ilustrar o raciocínio proposto:

Figura 1 – Aplicação de Chevron



Fonte: STEPHENSON, Matthew C.; VERMEULE, Adrian.

A leitura proposta é a seguinte: o dispositivo que autoriza a atuação da agência emite um “halo de ambiguidade”, isto é, circunscreve um espaço no qual podem ser acomodadas diversas interpretações possíveis (indicado pela chave entre as linhas pontilhadas).

No exemplo, caso a agência adote a interpretação “A”, a corte deve ser deferente, ainda que a escolha seja diversa daquela que adotaria no caso concreto

argumentação racional que sirva de fundamento para atuação da agência. Sob esse prisma, portanto, “[o] papel das cortes não é o de refazer escolhas políticas, mas o de examinar as razões e as escolhas da agência à luz de um apropriado registro factual.” (MASHAW, Jerry. *The Rise of Reason Giving in American Administrative Law*. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L.; EMERSON, Blake (Editors). **Comparative Administrative Law**. Massachusetts: Edward Elgar, 2019, p. 279 e 282).

³²⁵ SUNSTEIN, Cass. R. *Law and Administration After Chevron*. **Columbia Law Review**, 90, p. 2.105, 1990. Nesse sentido, “[a] revisão da Chevron e a revisão de atos arbitrários e caprichosos se sobrepõem às margens”, especificamente na etapa dois da Chevron.” (*Sw. Elec. Power Co. v. U.S. Envtl. Prot. Agency*, 920 F.3d 999, 1014 (5th Cir. 2019)).

³²⁶ SUNSTEIN, Cass. R. *Law and Administration After Chevron*. **Columbia Law Review**, 90, p. 2.105, 1990. Ronald Levin vai além e sustenta a identidade dos dois standards de revisão, o que tornaria mais simples a atividade judicial sem alteração de sua substância (LEVIN, Ronald M. *The Anatomy of Chevron: Step Two Reconsidered*. **Chicago-Kent Law Review**, 72, p. 1.254-1.255, 1997). Há, todavia, julgados reconhecendo que, a despeito de pontos de contato, os critérios não se confundem (por todos, *Arent v. Shalala*, 70 F.3d 610 (D.C. Cir. 1995)).

³²⁷ Trata-se de hipótese de *hard look review*, que tem subjacente a ideia de que, se a corte não pode impor o seu julgamento, à agência compete “examinar toda a informação relevante e articular uma explicação satisfatória para o seu ato, incluindo uma conexão racional entre os fatos apurados e a escolha realizada.” (MANNING, John F.; STEPHENSON, Matthew C. **Legislation and Regulation...** Op. cit., p. 914).

³²⁸ STEPHENSON, Matthew C.; VERMEULE, Adrian. *Chevron Has Only One Step*. **Virginia Law Review**, 95, p. 601, 2009.

(interpretação “B”),³²⁹ somente sendo possível cogitar a invalidação judicial se o ato estiver situado fora do campo de interpretações permitidas (no caso, representada por “C”).

Portanto, a aferição da razoabilidade de uma opção administrativa depende necessariamente da apresentação de uma “justificativa racional”³³⁰ para a prática do ato, o que pressupõe a análise “da linguagem, da estrutura e dos propósitos da lei”,³³¹ já que não merece deferência a interpretação que tenha frustrado “as políticas que o Congresso estava tentando efetivar”.³³²

4.7.2.3 Atacando *Chevron*

Por fim, é preciso assinalar que a utilização da deferência como fundamento para adoção de controles judiciais menos intrusivos não é uma opção isenta de críticas no sistema norte-americano.

A começar porque a própria concepção de deferência, entendida como um sistema moral voltado à obtenção de melhores soluções, tem um “lado sombrio” que não pode ser desconsiderado.

Apointa-se a possibilidade de abuso por parte de seu beneficiário, que poderá demandar ou esperar deferência em situações em que ela não é devida ou não é recomendável, bem como a deferência pressupõe a boa-fé de seu destinatário, que não pode utilizá-la para negligenciar ou descumprir suas obrigações.³³³

E não são poucos os críticos das teorias deferenciais em geral (e da *Chevron* em particular), que apontam uma fissura no sistema de freios e contrapesos desenhado para garantir o equilíbrio entre os Poderes.

Num voto convergente apresentado no caso *Michigan v. Env'tl. Prot. Agency*, 135 S. Ct. 2699 (2015), o Ministro Thomas afirmou que em *Chevron* a deferência impede um julgamento independente, o que contraria o Artigo III da Constituição (que atribui a função judicial apenas às cortes), permitindo ainda que órgãos outros que não o Congresso exerçam a atividade legiferante.

³²⁹ "A visão da agência prepondera se é uma interpretação razoável da lei - não necessariamente a única interpretação possível, nem mesmo a interpretação considerada mais razoável pelos tribunais." (*Sw. Elec. Power Co. v. U.S. Env'tl. Prot. Agency*, 920 F.3d 999, 1028 (5th Cir. 2019).

³³⁰ *Shays v. Fed. Elec. Comm.*, 528 F.3d 914, 921 (D.C. Cir. 2008).

³³¹ *Int'l Alliance of Theatrical v. N.L.R.B.*, 334 F.3d 27, 34 n. 3 (D.C. Cir. 2003).

³³² *Continental Air Lines v. Dept. of Transp.*, 843 F.2d 1444, 1453 (D.C. Cir. 1988).

³³³ Os argumentos estão em SOPER, Philip. **The Ethics of Deference...** Op. cit., p. 181-182.

Com efeito, o risco apontado é de que sejam criados bolsões de poder absoluto, já que na prática a deferência transfere ao Poder Executivo o papel de decisor e executor, atribuído às cortes a mera homologação de atos administrativos.

Assim, “enquanto no passado ao menos alguns juízes, desafiando ameaças, lutaram para preservar sua independência e a supremacia da lei, agora todos os juízes se submetem a uma versão contemporânea de uma prerrogativa absoluta – o poder além e acima da lei.”³³⁴

Outro relevante aspecto já referido³³⁵ é o de que a doutrina *Chevron* “permite que os legisladores neguem suas responsabilidades por resultados regulatórios insuficientes ou excessivos, argumentando que a agência abusou da discricionariedade que lhe foi conferida pela lei.”³³⁶

As ponderações são relevantes, pois alertam que as doutrinas deferenciais correspondem a uma ferramenta interpretativa que deve se submeter a cânones específicos, e, a despeito de sua importância, não têm aplicação irrestrita.

4.8 O DESASSOSSEGO DE UMA NOVA REALIDADE

Se de fato a regulação trouxe uma nova concepção de atuação administrativa e as agências representaram uma ruptura do aparato institucional, mostra-se relevante o exame de sistemas jurídicos diversos, que, de algum modo, serviram de inspiração à reforma do Estado brasileiro.

Aqui não se pode perder de vista que a fragmentação do poder entre várias instituições (nem sempre estatais), somada à diluição das fronteiras nacionais pelo

³³⁴ HAMBURGER, Philip. **Is Administrative Law Unlawful?** Op. cit., p. 320. A doutrina aponta outro efeito adverso de uma postura deferencial: o sistema constitucional de separação de poderes foi desenhado para que a interpretação judicial influenciasse a atividade legislativa, de modo que, “reservando a autoridade interpretativa ao judiciário politicamente insulado, o plano dos *Founders* era o de encorajar os legisladores a acolher os valores judiciais e se engajar na cuidadosa deliberação e elaboração de guias de interpretação.” (MOLOT, Jonathan T. *The Judicial Perspective in the Administrative State: Reconciling Modern Doctrine of Deference with the Judiciary’s Structural Role.* **Stanford Law Review**, 53, p. 10, 2000). Vale dizer, a interpretação judicial funciona como uma das engrenagens do sistema de recíproca contenção das funções estatais, já que a reduzida *accountability* democrática tem o mérito de reduzir a influência de aspectos políticos na aplicação da lei.

³³⁵ Ver nota 13.

³³⁶ SCHOENBROD, David. *Consent of the Governed: an Underenforced Constitutional Norm.* **Center for the Study of Administrative State.** Working Paper 19-04, p. 36, 2019. Sobre o tema, consultar, ainda: SCHOENBROD, David. *From Chevron to ‘Consent of Governed’.* **Regulation**, Washington, 41, p. 34-39, 2018; WALKER, Christopher J., *Restoring Congress’s Role in the Modern Administrative State,* **Michigan Law Review**, 116, p. 1.101-1.021, 2018. Por outro lado, um contraponto às teses propostas pode ser visto em TUSHNET, Mark V. *“Sir, Yes, Sir!”: The Courts, Congress and Structural Injunctions.* **Constitutional Commentary**, 20, p. 189-203, 2003.

fenômeno de expansão dos mercados, acabou por produzir a integração das tradições jurídicas, com a “rápida absorção, por países cuja ordem jurídica formou-se na tradição do *civil law*, de institutos e soluções específicos da *common law*, daí resultando uma mescla instigante”.³³⁷ A tendência, já delineada na Emenda Constitucional 45, ficou patente no Código de Processo Civil de 2015.³³⁸

Nessa medida, há um compartilhamento de valores e princípios entre os diversos ordenamentos jurídicos, “mesmo quando provenientes de sistemas com fontes históricas distintas”³³⁹, razão pela qual é possível se pensar um repositório de soluções comuns para problemas que, em sua essência, são inerentes ao próprio regime de mercado.

E aqui os Estados Unidos servem como referência na temática do controle das agências, em razão de sua longa tradição no manejo de agências independentes,³⁴⁰ mas permanece subsistente a advertência lançada na introdução deste trabalho: não se trata de replicar aqui teorias forjadas alhures, mas sim de recorrer a outras experiências como referencial para construção de nossas próprias respostas.

³³⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. A administração pública na era do direito global. In: ____.; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 163.

³³⁸ Aprofundar em: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da Advocacia Geral da União**, Brasília, n. 3, p. 09-52, jul./set. 2016; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 98 e ss.

³³⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O direito administrativo no Século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 196.

³⁴⁰ HALBERSTAM, Daniel. **The Promise of Comparative Administrative Law...** Op. cit., p. 139.

5 O MICROSSISTEMA REGULATÓRIO BRASILEIRO COMO FUNDAMENTO DE UMA REVISÃO JUDICIAL DEFERENTE

*Caminhante, são tuas pegadas
o caminho e nada mais;
caminhante, não há caminho,
se faz caminho ao andar*

(Antonio Machado)

5.1 SOBRE MAPAS E ITINERÁRIOS

Nos capítulos anteriores procuramos demonstrar que no período posterior à Constituição da República de 1988 começaram a surgir outras nuances no território administrativo. De início, as agências representaram tênues alterações de textura, cor e relevo num espaço que, a despeito de acidentado, era conhecido e relativamente homogêneo. Isto ocorria não porque elas exercessem funções até então desconhecidas, uma vez que o exercício de atividades normativas e adjudicatórias por entes específicos era algo com o que convivíamos há tempos; nem por ostentarem o atributo da *independência*, uma vez que existiam outros atores dotados de graus variados de autonomia, como as autarquias previstas no Decreto-lei 200/67. O que as diferenciava naquela paisagem era o amálgama inovador de características que até então estavam dispersas: especialidade funcional, autonomia e potencial *accountability*.

Ainda que as indicações de que dispúnhamos nos levassem por aqueles novos quadrantes (agora já sinalizados de forma discreta no texto constitucional), logo percebemos que o instrumental disponível estava desatualizado, pois aplicávamos técnicas de localização desenvolvidas para outros terrenos, que não permitiam a apreensão das potencialidades dessas novas paragens em sua inteireza, fazendo com que os caminhos fossem abertos com esforço, tornando penosa a jornada e incerta a chegada aos destinos assinalados pelo legislador. Isso demandou o desenho de novos mapas que não se limitassem a representar as paisagens conhecidas, mas sim o que se apresentava aos olhos dos cartógrafos.

A experiência norte-americana, de onde extraímos grande parte de nosso modelo de agências, significa um aporte relevante, mas que não pode ser simplesmente

enxertado no sistema brasileiro. A adaptação a que nos referimos inicialmente há de levar em conta um desenho institucional diverso,³⁴¹ inclusive para que os problemas constatados em sua aplicação possam de alguma forma ser minorados. Assim, ainda que as trilhas abertas pelos muitos viajantes que percorriam aquelas terras servissem como indispensável referencial, havia necessidade do balizamento de trajetos capazes de garantir um deslocamento seguro e eficaz.

As primeiras marcações do caminho foram realizadas de uma forma curiosa, na medida em que as agências foram criadas antes de uma lei-quadro que lhes desse uniformidade operacional e simetria estrutural. Ou seja, primeiro cuidamos de assinalar no mapa institucional a cordilheira formada pelas agências, mas a estrada que as conectava com os outros pontos de referência foi desenhada posteriormente, em duas etapas: primeiro com a Lei 9.986/2000 (que disciplinou a temática dos recursos humanos), e, depois de quase duas décadas, com as Leis 13.848/2019 (que tratou de gestão, organização, controle e processo decisório) e 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica). E se as leis gerais foram como que os paralelos e meridianos que situavam aquelas novas elevações, a Lei 13.655/2018 sinalizou sua ligação ao vale em que ocorre o tráfego jurídico em geral.

O resultado apresentado aos operadores do direito foi um verdadeiro *microsistema regulatório*³⁴² que congregou parâmetros para as escolhas interpretativas realizadas pelas agências e para a revisão judicial respectiva. E para leitura e utilização desse mapa, que há de conduzir o operador pelo território da regulação, devemos tratar previamente de um signo cartográfico que lhe serve de fundamento e que veio a ser

³⁴¹ Não se pode esquecer que entre nós o controle judicial “vai muito mais longe do que nos outros sistemas jurídicos, inclusive no dos Estados Unidos da América” (MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1968, Tomo V (arts. 150, § 2º - 156), p. 98), como decorrência direta da garantia insculpida no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, muito mais abrangente do que uma presunção a favor do *judicial review*.

³⁴² Microsistema é aqui compreendido como fenômeno decorrente da dispersão legislativa que consiste num conjunto de normas marcadas por autonomia e acentuada especialidade, “não raro contendo regras de direito material e processual” (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista de Informação Legislativa**, 97, p. 172, jan./mar. 1988). O que se verifica, portanto, é um sistema policêntrico, que se estrutura em forma de rede (e não mais de pirâmide), no qual “(...) as tramas entre as múltiplas cadeias normativas, variadas estruturas basilares e numerosas inter-relações jurídicas, reforçam o surgimento de infindáveis expansões da complexidade do próprio sistema.” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39). Sobre a “pulverização legislativa” e a perda de homogeneidade e coerência do ordenamento, aprofundar em ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Op. cit., p. 29 e ss.

densificado pelo microsistema regulatório: a lógica consequencialista como instrumento potencializador da segurança jurídica.³⁴³

5.2 SOBRE O QUE FALAMOS QUANDO MENCIONAMOS O CONSEQUENCIALISMO

De início, é necessário um recorte conceitual: a lógica consequencialista é examinada no contexto de um sistema específico, situado no tempo e no espaço, com a advertência de que se vai também adotar um “sincretismo metodológico”, que, congrega “diversos pensamentos que têm como vetor comum o fato de prestigiarem os resultados práticos na aplicação do direito.”³⁴⁴ Assim, optou-se pela apresentação dos antecedentes teóricos estritamente necessários para situar o debate, com a ressalva de que não serão examinadas as controvérsias doutrinárias a propósito das teorias da argumentação.

À guisa de apresentação, trata-se de uma teoria moral com inúmeras variantes,³⁴⁵ segundo a qual as ações não têm um valor intrínseco, que deve ser aferido pelos resultados que produzem no plano dos fatos.³⁴⁶

³⁴³ Segurança jurídica é aqui compreendida tanto do ponto de vista objetivo (que diz respeito à estabilidade das relações jurídicas), quanto subjetivo, que protege a confiança dos privados em relação “aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.” (SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, p. 273-274, jul. 2004). O que resulta do princípio em causa é o direito de “confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam efeitos jurídicos previstos e prescritos por essas mesmas normas.” (CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Op. cit., p. 250). É importante destacar que o que se preconiza é uma segurança *dinâmica*, no sentido de propiciar a adaptação às novas conjunturas, sem, todavia, rupturas bruscas e unilaterais. Esse aspecto foi bem assinalado por Aragão ao apontar a necessidade de um marco regulatório que não vise “(...) a evitar mudanças nas regras que o compõem, mas sim a estabelecer os direitos básicos das partes, os requisitos, as instituições (preferencialmente autônomas em relação ao poder político-eleitoral) e procedimentos pelos quais estas mudanças deverão se operar.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. O marco regulatório dos serviços públicos. **Interesse Público**, Porto Alegre, 27, p. 74, set./out. 2004). Aprofundar em ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

³⁴⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 296.

³⁴⁵ Ainda que não se confundam, “utilitarismo”, “pragmatismo jurídico” e “consequencialismo” correspondem a “expressões muitas vezes utilizadas de forma intercambiável” (ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Coord). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 188). Aprofundar em POSNER, Richard A. **Problems of Jurisprudence**. Massachusetts: Harvard University Press, 1990, p. 1-33 e 220-244; DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 185-212.

³⁴⁶ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 460-461.

Sob essa perspectiva, argumentos consequencialistas buscam justificar condutas com lastro em dados *a posteriori*, sem preocupação com justificações morais prévias, o que mostra a insuficiência de uma versão extremada da teoria.

Transportada a discussão para o terreno legal, a lógica consequencialista procura acrescentar à atividade decisória uma métrica capaz de estimar os seus efeitos prospectivos, sem prejuízo da prévia análise de juízos antecedentes de sua adequação ao arcabouço jurídico, inclusive sob o aspecto axiológico.

Assim, como sustenta MacCormick, nos casos de ambiguidade normativa, em que a justificação de uma decisão judicial deve ir além da demonstração de não-contradição com “disposições legais válidas” e de fundamentação em “princípios legais estabelecidos”, há necessidade de que a fundamentação seja suplementada por um “teste de consistência e coerência”, por um “argumento sobre as consequências”, aqui compreendidas estas como possíveis “alterações comportamentais” e suas qualificações normativas naquelas em áreas em que as pessoas tendem a orientar suas ações de acordo com as deliberações das cortes.³⁴⁷

Portanto, não se trata de preconizar o afastamento de parâmetros consagrados pela dogmática jurídica para justificação da atividade decisória,³⁴⁸ mas sim de incluir a avaliação de suas consequências como uma etapa do iter argumentativo a ser vencido.

Sob esse prisma, devem ser levados em conta não apenas os *resultados* (restritos às partes de um dado processo), mas também as *consequências*, entendidas como eventos cronologicamente posteriores, de contornos axiológicos e efeitos universais, logicamente conectados com a decisão.³⁴⁹

Conquanto a utilização de argumentos consequencialistas não fossem propriamente estranhos no campo da justificação das decisões judiciais,³⁵⁰ a Lei

³⁴⁷ MacCormick, Neil. On Legal Decisions and Their Consequences: from Dewey to Dworkin. **New York University Law Review**, 58(2), 250 e 253-254, 1983.

³⁴⁸ Não há uma relação de mútua exclusão ou prevalência *ex ante* entre argumentos deontológicos e consequencialistas, devendo sua preponderância ser aferida no caso concreto. Nesse sentido: CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Argumento consequencialista no direito. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, 3, p. 24, 2015. Disponível em <<http://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/issue/view/177>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

³⁴⁹ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho**: teorías de la argumentación jurídica. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 123-125. No mesmo sentido: MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**: a integração do estado na economia à luz da regra da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 92-93.

³⁵⁰ Nesse sentido, a Lei 13.655/2018 não instituiu entre nós o consequencialismo, mas apenas realçou a sua importância e institucionalizou sua aplicação. Com efeito, a jurisprudência dos Tribunais Superiores oferece inúmeros exemplos de utilização de raciocínios consequencialistas, como aponta Margarida Lacombe Camargo (O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal**

13.655/2019 os tornou obrigatórios ao acrescentar à LINDB (Decreto-lei 4.567/42) os artigos 20 e 21:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

O que se vê, portanto, é que a análise consequencialista se tornou uma etapa obrigatória de quaisquer escolhas públicas,³⁵¹ tanto na área administrativa quanto na judicial, sempre que o decisor tiver de lançar mão de “valores jurídicos abstratos”.

Desse modo, se a controvérsia é resolvida pela subsunção direta dos fatos à norma, os efeitos da escolha são aqueles *ex lege*, de modo que o decisor caberá apenas indicá-los, sem motivação adicional.

Ocorre que muitas vezes a lei é redigida em termos polissêmicos, seja como garantia de sua adaptação à crescente complexidade social e à evolução tecnológica, seja em razão da precariedade dos consensos políticos, o que acarreta a indeterminação do sistema normativo e acaba por transferir os imperativos de coerência e segurança para o momento de sua aplicação, dando renovada importância à função do intérprete.³⁵²

de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 363-385). No mesmo sentido, o Código de Ética da Magistratura Nacional, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça em 18.09.2008, estabelece em seu artigo 25: “Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar.” Ao comentar o dispositivo, Nalini pondera que “[a]valiar as consequências concretas da decisão no meio social sobre o que incidirá é providência prudencial”, o que é antecedido “pelo nível intelectual dos princípios e pelo nível discursivo da ciência moral.” (NALINI, José Renato. **Ética da magistratura**: comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional – CNJ. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 236-237).

³⁵¹ O que se pretende significar é que a LINDB acabou por consolidar uma racionalidade que já encontrava espalhada pelo ordenamento jurídico brasileiro, que em várias hipóteses tornava a análise de aspectos econômicos (custo-benefício) “parte integrante do processo decisório e dos fundamentos da decisão” (LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, 8, p. 148, out./dez. 2004).

³⁵² FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 131-133. No mesmo sentido, LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2. ed., rev. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 39-45.

Tratando-se, portanto, de normas vagas ou ambíguas, que demandem a ponderação³⁵³ de valores jurídicos conflitantes, a decisão deve necessariamente apontar “as consequências práticas” da decisão.

A regra foi minudenciada pelo regulamento constante do Decreto 9.830/2019, que preceitua em seu artigo 3º, § 1º, que são “valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.”

O que se pretendeu foi garantir a previsibilidade da atuação estatal por meio da imposição de limitações às valorações axiológicas naquelas hipóteses em que as normas jurídicas de regência não possuam contornos semânticos suficientemente delimitados.

No caso do artigo 20, *caput*, a lei atribui ao decisor o dever de precisar apenas as consequências que operem no plano fático,³⁵⁴ por meio da “projeção quanto aos possíveis cenários resultantes da decisão adotada,”³⁵⁵ que devem ser cotejados com as alternativas disponíveis (parágrafo único).

Por outro lado, o artigo 21, *caput*, prevê que nas hipóteses de “invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa”, quando então deverão ser indicadas, “de modo expresso”, as “consequências jurídicas e administrativas” da decisão.

A referência à forma como devem ser enunciados os efeitos oriundos da desconstituição se presta a amplificar o ônus argumentativo do decisor.

³⁵³ Robert Alexy sustenta que a resolução do conflito entre regras de dá por meio de uma “cláusula de exceção”, que elimina o conflito por meio da declaração de invalidade de uma delas, ao passo que a colisão de princípios se resolve pela atribuição de pesos distintos que vão determinar a precedência de um em detrimento de outro num caso específico (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Op. cit., p. 88-90). Humberto Ávila sugere, todavia, que em várias hipóteses pode haver “um conflito concreto entre as regras, de tal sorte que o julgador deverá atribuir um peso maior a uma das duas, em razão da finalidade que cada uma delas visa preservar.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios...** Op. cit., p. 45).

³⁵⁴ No particular, a exposição de motivos do Senador Antonio Anastasia esclarece que o processo era endereçado à neutralização de “importantes fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública”, e, a título de ilustração, faz expressa menção a exemplos trazidos pelos autores do projeto, Professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, sobre os efeitos negativos das decisões de controles proveniente de processos: “demoram, custam e podem postergar cumprimento de obrigações”. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2919883&ts=1567532405227&disposition=inline>>.

Acesso em: 12 jun.2020. O que se pode apreender é que a *mens legis* foi a determinação daqueles impactos imediatos da decisão no plano dos fatos, isto é, na rotina das pessoas e instituições afetadas, de modo a aproximar o decisor da realidade, tornando-o corresponsável pela obtenção de resultados que sejam menos gravosos aos valores jurídicos tutelados no caso concreto. Por outro lado, no artigo 21, *caput*, ao identificar que as consequências a serem indicadas são as “jurídicas e administrativas”, a regra demanda que a projeção inclua também uma prognose sobre os efeitos que potencialmente transbordarão os limites do caso concreto, em razão da universalização dos fundamentos utilizados.

³⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 29, nov. 2018.

Com efeito, se na hipótese do artigo 20 as consequências constituem requisito da motivação das decisões, isto é, um dos fundamentos a que aludem o artigo 489, inciso II, do Código de Processo Civil e o artigo 50, *caput*, da Lei 9.784/1999, nos casos previstos no correlato artigo 21 a questão se torna um desdobramento necessário e um tópico subsequente à invalidação, devendo integrar a resolução da controvérsia.³⁵⁶

O Decreto 9.830/2019 fornece parâmetros objetivos para motivação, ao prever que “o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos” (art. 3º, § 2º), bem como que “[a] consideração das consequências jurídicas e administrativas é limitada aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação” (art. 4º, § 1º), o que acaba por limitar a estimativa de efeitos àqueles que possam ser extraídos de sua vivência profissional (em razão do prévio enfrentamento de casos semelhantes ou de precedentes oriundos de casos similares) ou razoavelmente³⁵⁷ apreendidos das fontes de conhecimentos específicos, disponíveis nos autos ou indicadas pelas partes.³⁵⁸

³⁵⁶ “Em termos práticos, as consequências jurídicas e administrativas (ou sua ausência parcial ou total) podem ser destacados como último capítulo da decisão.” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, edição especial, Rio de Janeiro, p. 51, nov. 2018).

³⁵⁷ O advérbio foi empregado de forma a relacionar a projeção de consequências na seara judicial ao dever de conhecimento e dedicação imposto pelo artigo 31 do Código de Ética da Magistratura Nacional, que estende a obrigação de formação contínua “aos conhecimentos e técnicas que possam favorecer o melhor cumprimento das funções judiciais”. Portanto, ainda que conte com conhecimentos em determinado setor, o que se espera é que sejam vislumbrados aqueles efeitos cuja ocorrência a técnica corrente considera plausíveis e que guardem uma relação lógica com a ação ordenada, conforme debatido pelas partes. Aqui terão especial relevância o acervo informacional trazido pelo prolator do ato impugnado e por eventuais interessados, por força do princípio da cooperação, também aplicável ao processo administrativo (CPC, arts. 6º e 15).

³⁵⁸ O regulamento parece ter minorado as dificuldades indicadas por Fernando Leal, relacionadas às incertezas inerentes a um processo decisório de índole consequencialista: confiabilidade de prognoses e critérios para definição de prioridade entre as possíveis consequências (LEAL, Fernando. *Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15*. In: ____; MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2016, p. 28-30). Sobre o aspecto de uma “ordem de precedência” entre as consequências possíveis se voltará adiante, mas no que tange à confiabilidade dos prognósticos, o que se pode esperar do decisor é que, considerado o acervo informacional disponível *nos autos* para a resolução da controvérsia, indique quais os resultados que reputa possíveis. Com efeito, ao mencionar que a análise deve considerar o cotejo “dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos”, o regulamento limita a cognição aos dados processualmente formalizados e debatidos pelas partes, sob pena de que a utilização de informações extra-autos aumente a insegurança que a LINDB buscou reduzir. Nesse sentido, Fredie Didier e Rafael Oliveira assinalam que “[a]s consequências a serem consideradas são aquelas postas no debate judicial, sobre as quais tenha havido efetivo contraditório (arts. 9º e 10, CPC).” (DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 75, p. 154, jan./mar. 2019).

A escolha final acaba por ter uma feição marcadamente *avaliatória*, posto que o decisor acaba por mensurar e determinar a posição das consequências de acordo com uma escala de valores específica. Ainda que remanesça um traço de subjetivismo, a legitimidade da decisão pressupõe “que faça sentido no sistema”, isto é, que guarde relação de compatibilidade e coerência com “normas válidas e estabelecidas.”³⁵⁹

Neste caso, a decisão deve ser estruturada de modo a explicitar (i) as alternativas disponíveis; (ii) as consequências logicamente decorrentes de cada opção, conforme dados disponibilizados no processo e submetidos ao debate das partes; (iii) os critérios empregados para dar precedência a uma em detrimento de outras, tendo como referência o postulado da proporcionalidade;³⁶⁰ (iv) em caso de invalidação, a especificação de um regime de regularização que apresente a menor carga de lesividade aos interesses envolvidos.

Seja como for, e a despeito da possibilidade de que a questão seja também levantada pelas partes ou eventuais interessados, é importante destacar que é “do decisor o dever argumentativo no sentido da validação *erga omnes* dos juízos de fato que relacionam causalmente decisões e consequências.”³⁶¹

Já se disse que regulação consiste numa técnica jurídica que busca definir “parâmetros de conduta econômica” por meio de mecanismos diferenciados, que não se resumem à lógica binária prescrição/coerção, assumindo contornos programáticos e promocionais,³⁶² com escopo eminentemente prospectivo,³⁶³ pelo que a eficiência não

³⁵⁹ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 128-136. Ver, ainda, PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 71-75.

³⁶⁰ LEAL, Fernando. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito e economia: diálogos**. Rio de Janeiro, FGV Editora, 2019, p. 91. Mais adiante, Leal destaca que “[o] que importa para a decisão são a escolha e a aplicação consistente de um critério, pois a racionalidade da decisão depende da escolha da alternativa que promove (ou, no limite, *maximiza*) determinada preferência.” (Idem, p. 92, destaque no original). Em sentido parcialmente diverso, George Abboud sustenta que “o art. 20 da LINDB, lido em conjunto com o art. 489, §1º do CPC e conforme a CF, deve conduzir a uma eliminação ou ao menos mitigação, da discricionariedade judicial, uma vez que ele impõe ao órgão julgador o dever de expor as razões pelas quais a solução alcançada por ele é a mais adequada juridicamente em relação a todas as alternativas apresentadas, considerando que a mesma solução deverá também ser adotada em casos semelhantes.” (ABBOD, Georges. Uma visão pós-positivista sobre o direito e as consequências das decisões judiciais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, 25, p. 77, jan./jun. 2019). O desiderato da lei não parece ter sido propriamente a eliminação da discricionariedade do intérprete (seja na esfera administrativa ou judicial), uma vez que toda decisão tem um conteúdo irreduzível de subjetividade, mas sim a fixação de uma pauta hermenêutica que assegure a segurança jurídica, evitando que os conceitos jurídicos indeterminados sejam veículos para o arbítrio.

³⁶¹ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 248, p. 131, 2008.

³⁶² Segundo Bobbio, “[a] alavanca que move a sociedade econômica é a recompensa”, de modo que abandonar um modelo preponderantemente liberal o Estado teve não apenas de fazer, mas também de

pode ser medida apenas em termos da adequação da ação administrativa aos *inputs* legais, mas também da obtenção de “*resultados concretos e definidos*”, cujo sentido pode ser apreendido “de acordo com certas condições circunstanciais específicas, dependentes da situação.”³⁶⁴ Na feliz síntese de Rivero, modificou-se a própria natureza da atividade da Administração Pública, que “[n]ão se limita a gerir o presente: incumbelhe preparar o futuro.”³⁶⁵

Diante desse quadro, a mera aplicação de juízos retrospectivos se mostra insuficiente para guiar a decisão num cenário complexo e cambiante, nos quais fatores como eficiência, segurança e equilíbrio desempenham papéis de primeira grandeza, mostrando-se essencial, portanto, a adoção de pautas mínimas de prognose,³⁶⁶ por meio de um “programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação *jurídica* de uma determinada decisão judicante à *valoração das consequências* associadas à mesma e às suas alternativas.”³⁶⁷

Tais aportes haverão de ser refinados no momento da análise específica de questões regulatórias, mas as ideias alinhavadas demonstram que uma nova racionalidade perpassa o domínio das escolhas estatais, na qual as consequências aparecem como fator de legitimação das decisões.

“levar a fazer”, por meio de medidas de “encorajamento” (identificadas com facilitações e sanções premiais), que subsistem ao lado de medidas de “desencorajamento”, por meio da “obstaculização” e da “punição” de certas condutas. (BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. In: **Da estrutura à função: novos estudos de teoria de direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 9, 11 e 16).

³⁶³ “A economicização do direito não significa, no entanto, uma passividade da norma jurídica perante o evoluir do processo económico em termos de meramente espelhar essa evolução. Na verdade, a norma jurídica pretende assumir-se, na maior parte das vezes, como um fator dinâmico de alteração e direção da economia, enquanto se propõe consolidar, influir, condicionar, ou mesmo determinar, a acção dos agentes económicos.” (VAZ, Manuel Afonso. **Direito económico: a ordem económica portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 30).

³⁶⁴ OFFE, Claus. Critérios de racionalidade e problemas funcionais da ação político-administrativa. In: **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 220.

³⁶⁵ RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 32.

³⁶⁶ Como ponderam Egon Moreira e Floriano Marques Neto, a dinamicidade, a diversidade e a volaticidade das relações sociais torna “imperioso compreender o Direito sob o ponto de vista que cogite do futuro e da plurissubjetividade dos efeitos das decisões.” (MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Uma lei para o Estado de Direito contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática**. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 11).

³⁶⁷ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico... Op. cit., p. 130-131 (grifos no original).

5.3 DESENHOS INSTITUCIONAIS IMPORTAM?

Recentemente o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de apreciar controvérsia envolvendo a aplicação de penalidades pelo Conselho de Defesa Econômica (CADE) a uma empresa que vinha praticando condutas tendentes a dificultar o ingresso de novos concorrentes no mercado de comércio varejista de combustíveis.³⁶⁸

O Juízo *a quo* havia declarado a nulidade da decisão administrativa, “sob o fundamento de inadequação material das condutas imputadas às infrações previstas na Lei 8.884/1994”, ao passo que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região deu provimento ao apelo e à remessa oficial, reconhecendo que a sentença havia ingressado indevidamente na seara do mérito administrativo, tratando de “temas cujas dimensões são exclusivas da Administração.”

A empresa apenada aviou então o recurso extraordinário em causa, monocraticamente desprovido, em razão da impossibilidade de revisão do conjunto fático-probatório coligido.

A questão foi então levada à 1ª Turma, que desproveu o agravo regimental, ampliando, todavia, a fundamentação anteriormente apresentada pela decisão unipessoal, de modo a abarcar aspectos institucionais e raciocínios consequencialistas, sintetizados na seguinte passagem da ementa do voto respectivo:

1. A capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida expertise do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos.
2. O dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.
3. A natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial.
4. A Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos ínsitos à regulação. Consoante o escólio doutrinário de Adrian Vermeule, o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente complexos. (...).

A importância do julgado reside na circunstância de ter a Corte Suprema reconhecido um “dever de deferência” às decisões regulatórias, uma vez que o desenho

³⁶⁸ STF, T1, Ag. Reg. RE 1.083.955/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28.05.2019.

institucional do Poder Judiciário o tornaria menos capacitado ao exercício de avaliações prognósticas em assuntos complexos, tornando suas decisões potencialmente lesivas à coerência de um dado sistema regulado.

As expressas referências a Adrian Vermeule e Cass Sunstein imediatamente nos remetem às ideias por eles desenvolvidas no artigo *Interpretation and Institutions*.³⁶⁹ O que os Professores sustentam é que as teorias interpretativas acabam por negligenciar dois aspectos de suma importância: as *capacidades* de cada um dos atores que atuam no cenário institucional e os *efeitos dinâmicos* de suas decisões.³⁷⁰

Após efetuarem uma revisão das principais teorias interpretativas, eles propõem, em apertada síntese, que o Poder Judiciário, em razão de restrições de tempo, da assimetria de informações e de sua composição, adote uma postura formalista,³⁷¹ o que reduziria as chances de erros e contribuiria para o aperfeiçoamento da atividade legislativa,³⁷² enquanto que as agências, à mercê de sua “competência especializada e relativa *accountability*”³⁷³, poderiam examinar os ambientes regulados em sua integralidade, possuindo maior amplitude interpretativa.³⁷⁴

A análise da atividade de *judicial review* sob o prisma de aspectos institucionais já apresentava antecedentes na doutrina norte-americana,³⁷⁵ e a proposição dos autores não é isenta de críticas, como se vê da resposta de Richard Posner, para quem o formalismo impede que os juízes “intervenham para salvar a legislação que se tornou obsoleta por mudanças circunstanciais imprevisíveis e que fazem com que uma interpretação restrita cause resultados absurdos,”³⁷⁶ destacando ainda que em muitos casos a divisão de competência entre os órgãos do Poder Judiciário leva em conta

³⁶⁹ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. **University of Chicago Law & Economics**, Olin Working Paper, 156; University of Chicago Public Law Research Paper, 28. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=320245>>. Acesso: 2 jul. 2020.

³⁷⁰ Idem, p. 2.

³⁷¹ Por *formalismo* se pretende significar a teoria interpretativa que preconiza que os decisores devem se ater mais ao texto legal, “mesmo que o resultado pareça inconsistente com seu propósito ou lhes pareça absurdo”, na perspectiva de que é preferível o erro ocasional “a um regime no qual os juízes estão habilitados a buscar o propósito ou o despautério”, pois isso poderia “representar um risco de erro ou de variação de decisões que seriam mais prejudiciais do que a tolerância a ocasionais resultados absurdos.” (SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule-Based Decisions-Making on Law in Life**. New York: Oxford University Press, 2012, p. 214).

³⁷² SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Op. cit., p. 28-29.

³⁷³ Idem, p. 32.

³⁷⁴ Idem, p. 35.

³⁷⁵ Ver, por todos, ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review**. Massachusetts: Harvard University Press, 1980, p. 102-104.

³⁷⁶ POSNER, Richard A. Reply: the institutional dimension of statutory and constitutional interpretation. **Michigan Law Review**, 101, p. 962, 2003.

justamente o aspecto da especialidade,³⁷⁷ bem como que as agências reguladoras apresentam falhas estruturais que devem ser consideradas, tais como “politização, alta rotatividade na composição, deformidades resultantes da especialização e falta de efetiva competência técnica.”³⁷⁸

Assim, sob o aspecto abstrato, e considerando a tônica deste trabalho, de início sobressaem as diferenças entre as funções regulatória e jurisdicional. A regulação opera de forma preponderantemente prospectiva, por meio da prévia definição de esquemas normativos que servem para orientar a atuação dos privados e do próprio setor público (diminuindo custos e aumentando a previsibilidade das condutas), o que, por outro lado, acaba por excluir dados potencialmente relevantes, que não estavam disponíveis no momento da edição do ato ou que simplesmente não foram previstos.³⁷⁹ A jurisdição, a seu turno, atua de forma retrospectiva (*ex post*), por meio de uma lógica adversarial que pode aumentar a oferta e a acurácia das informações sobre um aspecto específico do setor regulado, o que, todavia, implica a majoração de custos e da incerteza, em razão da impossibilidade de prévia estimativa dos resultados.³⁸⁰

Ainda que não se desconheça o debate acerca da necessidade de outros instrumentos processuais voltados ao controle judicial de políticas públicas,³⁸¹ o que se tem como paradigma são os processos voltados a equacionar litígios entre “regulado *versus* regulador” e entre “consumidores *versus* regulador”, tanto sob a forma de processos individuais quanto coletivos, nos quais entidades representativas “galvanizam interesses econômicos e prioridades políticas de seus membros.”³⁸²

³⁷⁷ Idem, p. 964.

³⁷⁸ Idem, p. 967.

³⁷⁹ POSNER, Richard A. Regulation (agencies) versus litigation (courts): An analytical framework. In KESSLER, Daniel P. **Regulation vs. litigation: perspectives from economics and law**. Chicago: University of Chicago Press, 2010, p. 13-14.

³⁸⁰ Idem, p. 14-16.

³⁸¹ O tema extrapola os limites deste trabalho, calhando apenas mencionar que a doutrina aponta as insuficiências dos processos individual e coletivo, seja porque o primeiro reduz a discussão de políticas públicas a um “simples debate entre um ‘direito subjetivo’ de determinado indivíduo frente ao Estado”, ao passo que o segundo “aliena exatamente o grupo que é protegido, na medida em que não permite sua participação direta, mas apenas autoriza a presença, no processo, dos entes legitimados para a tutela desses grupos.” Nesse sentido, destaca Arenhart a necessidade de um processo de cunho estrutural, pois “[u]m procedimento que se destine à discussão de políticas públicas exige, como é óbvio, amplitude muito maior do que a lógica bipolar dos processos comumente utilizados no Brasil. Exige a possibilidade de participação da sociedade, bem como a ampliação da latitude de cognição judicial, de modo a permitir que o Judiciário tome contato com todo o problema, sob suas várias perspectivas.” (ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, 2, jul./dez. 2015, edição digital).

³⁸² FARACO, Alexandre D.; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; COUTINHO, Diogo R. A judicialização de políticas regulatórias de telecomunicações no Brasil. In: PRADO, Mariana Mota (Org.). **O judiciário e o estado regulador brasileiro**. São Paulo: FGV Direito, 2016, p. 163.

O processo regulatório pode ser deflagrado espontaneamente pela agência e apresenta maiores possibilidades de participação popular, o que teoricamente viabiliza que um leque mais amplo de interesses seja considerado. Em contrapartida, o processo judicial é seletivo e ocasional (versa sobre tópicos específicos do setor regulado e depende da provocação dos interessados), é mais formal (o que contribui para o aumento dos custos) e viabiliza um nível mais restrito de participação pública, tornando-se menos poroso a interesses socialmente relevantes que possam ser afetados pela decisão.³⁸³

Nesse sentido, Nonet e Selznick afirmam que, num panorama de “diluição de fronteira entre os Poderes”, a regulação se afigura como expressão paradigmática de um direito responsivo, já que funciona como “mecanismo de clarificação do interesse público”, na medida em que permite a “execução de mandatos e a reconstrução desses mandatos à luz do que é apreendido.”³⁸⁴

Sob o aspecto de sua estruturação, pesam em favor das agências justamente as já mencionadas características de especialidade e de potencial legitimidade democrática,³⁸⁵ que, somadas a um quadro de servidores especializados e maior flexibilidade organizacional,³⁸⁶ as tornariam mais aptas à tomada de decisões sobre os aspectos substanciais de uma dada política regulatória, enquanto que as cortes são afetadas por

³⁸³ KOMESAR, Neil K. **Imperfect Alternatives**: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy. Chicago: University of Chicago Press, 1994, p. 125-128. Em sentido contrário, argumentando que, a despeito de as agências disporem de maior facilidade para coligir informações, o sistema adversarial representa um importante incentivo para que as partes apresentem as informações relevantes, que “não serão filtradas pelas rígidas estruturas e preconceitos dos aparatos burocráticos.” (CHAYES, Abram. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1308, mai. 1976).

³⁸⁴ NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 164-166.

³⁸⁵ A questão foi parcialmente abordada no Capítulo 1, mas o que se deve ter presente é que num quadro de estruturação radial do poder estatal, instituições não-majoritárias retiram sua legitimidade de outros elementos que não o voto popular. Assim, o quadro institucional desenhado pelo microsistema regulatório proporciona um ferramental capaz de solucionar o problema do chamado “déficit democrático”, pois conjuga elementos procedimentais e substanciais que são aptos a controlar a atividade das agências. Com efeito, as agências são criadas por atos do Poder Legislativo, que definem duas competências e objetivos, seus dirigentes são escolhidos por agentes democraticamente eleitos, de acordo com critérios de conhecimento e experiência; seus atos têm na lei seu fundamento de validade e estão sujeitos a um plexo variado de controles; há exigência de uma atuação processualizada, orientada à obtenção de resultados específicos, capaz de assegurar a transparência e o escrutínio público de suas escolhas. Caberá, portanto, aos Poderes constituídos uma atuação conformadora da autonomia dessas autarquias especiais, que levem a um “funcionamento segundo os princípios da mais ampla e profunda transparência e democracia.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”?* In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 331). Aprofundar em MAJONE, Giandomenico... Op. cit., p. 27 e ss.; BARROSO, Luis Roberto. *Agências reguladoras. Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática*. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Op. cit., p. 59-87.

³⁸⁶ POSNER, Richard A. *Regulation (Agencies) Versus Litigation (Courts)*... Op. cit., p. 19.

limitações de tempo e de estruturas de apoio, déficit informacional e sobrecarga de trabalho. De outro lado, contudo, as agências estão mais sujeitas à pressão de grupos de interesse e à influência do processo político, enquanto a independência dos juízes os torna menos sujeitos a influências setoriais e ao risco de *bias*.³⁸⁷

Além disso, o cotejo entre alternativas decisórias deve levar em conta também “suas possíveis consequências para promoção de um mesmo valor ou objetivo”,³⁸⁸ isto é, os efeitos dinâmicos das escolhas feitas por cada um dos atores.

A assertiva não tem por lastro apenas aportes doutrinários, mas principalmente a compostura que a LINDB deu à sistemática das escolhas públicas, contribuindo para que “juízes e controladores compartilhem em alguma medida com a administração pública a construção em concreto do interesse público.”³⁸⁹

O que se pode apreender é que, conquanto a análise de capacidades institucionais seja relevante e tenha como ponto de partida desenhos teóricos específicos, são as características encontradas no plano fático que vão permitir a comparação entre os diferentes centros decisórios num caso específico, não sendo possível “afirmar, de forma categórica, que determinados assuntos devam *sempre* ser tratados por determinadas instituições porque elas reúnem necessariamente as melhores condições para formular respostas apropriadas para eles.”³⁹⁰

A relevância da colocação não reside exclusivamente no reconhecimento de que há searas nas quais é recomendável que o Poder Judiciário limite suas incursões, mas sim na estruturação de um sistema legal que prevê canais diversificados para adjudicação de certos direitos, diante da constatação de que aspectos estruturais e sistêmicos recomendam a primazia da atuação administrativa.³⁹¹

³⁸⁷ Idem, p. 19-20; KOMESAR, Neil K. **Imperfect Alternatives** ... Op. cit., p. 140-141 e 149-150.

³⁸⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, p. 11, 2011.

³⁸⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei geral inovadora para o direito público. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-31102017>>. Acesso em: 6 jul. 2020.

³⁹⁰ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” (...). Op. cit., p. 22 (destaque no original). No particular, são relevantes as ponderações de Louis Jaffe, que classificou como insustentáveis as suposições de que todas as agências atuam com neutralidade axiológica, sem influências políticas, insuladas das estruturas de poder, o que demanda um olhar individualizado que considere seus aspectos técnicos e estruturais (JAFFE, Louis L. The Illusion of the Ideal Administration. **Harvard Law Review**, v. 86, n. 7, p. 1187-1191, mai. 1973).

³⁹¹ Nesse sentido, Carlos Sundfeld afirma que “(...) não há solução judicial para todos os problemas jurídicos: o Judiciário não tem como construir todo e qualquer direito; não lhe cabe construir, não é adequado que construa.” (SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: _____. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 217). No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, v. 5, n 1, p. 30-32, 2012.

O que está em causa, portanto, é a singularidade do espaço regulatório, cuja operação pressupõe a “compreensão do processo dinâmico de interações institucionais”,³⁹² daí decorrendo que o mencionado microssistema consagrou uma cláusula legal de ajuste de intensidade do controle jurisdicional, cuja efetivação passa a pressupor a aferição de qual das instâncias decisórias tem melhores condições de se desincumbir de ônus argumentativos específicos, com vistas a obter, com mais eficiência, resultados predeterminados.

A análise não constitui uma etapa antecedente da decisão judicial controladora, mas integra sua própria estrutura,³⁹³ estando igualmente orientada pela lógica consequencialista que serve de lastro à revisão de quaisquer escolhas públicas.

Sob essa perspectiva, nas hipóteses de revisão judicial de escolhas regulatórias, após apresentar as alternativas disponíveis (suspender/não suspender; invalidar/não invalidar; alterar/não alterar), cotejando-as com as consequências respectivas, o decisor deverá ponderar quais são as capacidades institucionais relevantes no caso concreto para obtenção das finalidades fixadas nas políticas públicas setoriais, e de que forma impactam a análise a ser realizada.

5.4 O PROCESSO DECISÓRIO NO MICROSSISTEMA REGULATÓRIO

Como procuramos demonstrar no Capítulo 3, a deferência corresponde a uma sistemática que orienta a atividade jurisdicional na resolução de determinadas controvérsias, por meio da primazia a aportes regularmente produzidos em outra seara institucional, no caso, as agências reguladoras, em tese mais abertas à participação social e aos influxos democráticos, e detentoras de maior *expertise* em temas complexos.

³⁹² FARACO, Alexandre D.; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; COUTINHO, Diogo R. A judicialização de políticas regulatórias de telecomunicações no Brasil. Op. cit., p. 161.

³⁹³ Em sentido contrário, Floriano Marques Neto e Rafael Freitas parecem considerar que o exame das capacidades institucionais antecede o exame das consequências da decisão judicial: “(...) os decisores terão de explicitar se: (i) dispõem de capacidade institucional para tanto, ou se, excepcionalmente, estão exercendo uma função que lhe é atípica, mas por uma necessidade pragmática, porém controlável; (ii) a decisão que será proferida é a mais adequada, considerando as possíveis alternativas e o seu viés intrusivo; e (iii) se as consequências de suas decisões são predadoras de medidas compensadoras, ou de um regime de transição.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à lei nº 13.655/2018** (lei da segurança para a inovação pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 37).

O regime deferencial se desenvolve por meio de cânones interpretativos extraídos do microsistema regulatório, que versam sobre aspectos procedimentais e substanciais, pelo que não se trata de uma hipótese de legitimação pelo procedimento.

O que se pretende aqui é apresentar este modelo deferencial, o que pressupõe a prévia apresentação do processo de produção normativa pelas agências e dos parâmetros que deverão ser analisados nas hipóteses de revisão judicial das escolhas regulatórias.

5.4.1 O processo normativo no âmbito regulatório – uma visão geral³⁹⁴

Já assinalamos que o quadro regulatório brasileiro era complexo e multifacetado, coexistindo disciplinas regimentais específicas, sem um marco legal que as unificasse e atribuísse coerência à atividade normativa das agências.³⁹⁵

Essa característica acabou por tornar o “processo fragmentado, sendo fortemente conduzido pelas concepções dos ministérios e pela burocracia de cada setor, e não por uma diretriz orientadora geral, o que impactou o formado e o funcionamento das agências (...),”³⁹⁶ dificultando a percepção do risco regulatório e a coordenação intersetorial.³⁹⁷

Assim, a uniformização de procedimentos, sobre garantir a previsibilidade da atuação estatal, teve por escopo potencializar o controle sobre a atividade regulatória,³⁹⁸ contribuindo para o incremento de sua qualidade por meio da fixação de objetivos, da

³⁹⁴ Saltam aos olhos as semelhanças e pontos de contrato entre as diretrizes trazidas pelo microsistema regulatório para edição de atos normativos e à racionalidade subjacente à *Executive Order* 12.866 no contexto norte-americano. Assim, preocupações com a delimitação da atuação das agências, com o planejamento da atuação regulatória e com os resultados práticos e jurídicos da regulação são características presentes em ambos os sistemas.

³⁹⁵ As disposições da Lei 9.784/1999, que traz a disciplina geral do processo administrativo federal, mostravam-se insuficientes para abarcar toda complexidade da atividade regulatória, havendo necessidade “de estabelecer um regime jurídico mais uniforme e estável para as agências”, de modo garantir que os setores regulados tivessem “mais previsibilidade e confiança nos atos normativos por elas editados”, e os cidadãos pudessem “se beneficiar de uma atividade regulatória mais eficiente e transparente.” (Trechos extraídos do Parecer nº 908/2016, de autoria da Senadora Simone Tebet, apresentado no PLS 52/2013, que deu origem à Lei 13.848/2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3429640&ts=1593992317803&disposition=inline>>. Acesso em: 15 ago. 2020).

³⁹⁶ PÓ, Marcos Vinicius; ABRUCIO, Fernando Luiz. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e *accountability* das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. Op. cit., p. 683.

³⁹⁷ PECCI, Alketa. Sistema de seleção de diretores do pessoal de gerência superior das agências reguladoras: relatório final. Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/documentos/biblioteca-nacional/2008/estudo-sobre-o-desenvolvimento-e-implementacao-de-um-sistema-de-selecao-de-diretores-e-do-pessoal-de-gerencia-superior-das-agencias-reguladoras>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

³⁹⁸ Como tive a oportunidade de ressaltar anteriormente, “(...) o controle da atuação estatal é potencializado não apenas porque o cidadão participa da formação da decisão administrativa, mas também porque são tornados públicos os atos praticados pelos diversos agentes ao longo de todo iter procedimental.” (DALLEONE, Rodrigo Fernandes Lima. Reflexos do novo Código de Processo Civil sobre a atividade decisória da Administração Pública. *Revista da Escola da Magistratura do Paraná*, 5, p. 12, 2015).

definição de estratégias, do emprego de avaliações de impacto como instrumento de auxílio à tomada de decisões, da revisão dos estoques regulatórios e da garantia de comunicação e cooperação social.³⁹⁹

É importante destacar que a produção normativa setorial ainda está sujeita a regramentos impostos pelas próprias agências,⁴⁰⁰ mas a estrutura geral do processo regulatório está definida nas três leis gerais que compõem o microsistema regulatório (13.655/2018, 13.848/2019 e 13.874/2019) e na Lei 9.784/1999, podendo ser dividido, exclusivamente para fins de exposição, em três fases: a) preparatória; b) instrutória; c) conclusiva.

5.4.1.1 Um necessário passo atrás: a atividade decisória

Como dado inicial, importa assinalar que todo o processo regulatório voltado à expedição de normas gerais é marcado por uma série de decisões, que são tomadas pelo órgão colegiado, por maioria absoluta dos votos de seus membros (art. 7º, *caput*, e § 1º, da Lei 13.848/2019).

Aos integrantes do conselho diretor se aplica o regime de impedimentos e suspeição previsto no artigo 18 da Lei 9.784/99 e nos artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil (estes por força do respectivo artigo 15).

Há possibilidade de delegação interna da atividade decisória (art. 7º, § 2º, da Lei 13.848/2019 e art. 12 da Lei 9.784/1999), garantido o reexame das decisões delegadas, que devem indicar expressamente essa circunstância (art. 14, § 3º, da Lei 9.784/1999).

Ressalvadas as questões que digam respeito aos documentos classificados como sigilosos ou às matérias de natureza administrativa, todas as sessões do conselho diretor são públicas, sendo que as pautas respectivas devem ser divulgadas na Internet com antecedência de ao menos três dias, ficando as gravações das reuniões e as atas disponíveis para consulta pelo mesmo meio, nos prazos assinados (arts. 7º, *caput*, e § 1º; 8º, *caput*, §§ 1º, 3º, 4º e 6º, da Lei 13.848/2019).

Apenas poderão ser objeto de deliberação pelo colegiado as matérias previamente inseridas em pauta e devidamente divulgadas ao público, dispensada a formalidade na hipótese de questões que, a critério do presidente, sejam “relevantes e

³⁹⁹ O que vai ao encontro das diretrizes do Comitê de Política Regulatória da OCDE veiculadas no documento intitulado Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança (2012). Disponível em: <<https://www.oecd.org/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

⁴⁰⁰ A título de exemplo: artigos 62 e seguintes do Regimento Interno da Anatel; Resolução Normativa 273/2007-Aneel; arts. 50 e seguintes do Regimento Interno da ANP.

urgentes”, não podendo aguardar o prazo de publicação (art. 7º, § 5º, da Lei 13.848/2019).

Todas as decisões envolvendo a realização de ações regulatórias deverão observar o postulado da proporcionalidade (na perspectiva da adequação entre meios e fins), contendo a análise dos fatos relevantes, o exame do acervo probatório carreado, o enfrentamento de eventuais críticas, sugestões e impugnações apresentadas em consultas e audiências públicas ou por meio da ouvidoria da agência, e a indicação dos impactos da escolha no setor regulado, devendo ainda considerar a coerência da decisão com eventuais precedentes administrativos sobre o tema ou com escolhas subsequentes da agência (arts. 4º, 5º, e 9º, § 4º da Lei 13.848/2019; art. 30 da LINDB; art. 50, inc. I e § 1º, da Lei 9.784/199; e arts. 15 e 489, inc. II, e § 1º, do CPC).

Como eixos estruturantes da decisão, além do dever de potencializar a segurança jurídica, há regras jurídicas interpretativas⁴⁰¹ que vinculam o decisor: presunção de boa-fé⁴⁰² e de vulnerabilidade do particular perante o poder público; atuação subsidiária do Estado⁴⁰³ (arts. 1º, § 2º; e 2º, incs. II, III e IV, da Lei 13.874/2019).

Caso o conselho diretor decida com lastro em “valores jurídicos abstratos”, incidem as já abordadas disposições do artigo 20 da LINDB, sendo certo que, no caso de adoção de nova interpretação sobre norma de conteúdo indeterminado, haverá de prever regime de transição para viabilizar o cumprimento da nova orientação (art. 23 da LINDB).

À falta de disposição regimental específica, as decisões devem ser proferidas em até 30 (trinta) dias, admitida a prorrogação motivada por igual período (art. 13 da Lei 13.848/2019 e arts. 49 e 59, § 1º, da Lei 9.784/99).

⁴⁰¹ Em sentido contrário, Judith Marins-Costa assinala que “(...) boa-fé subjetiva não é nem princípio nem regra – é apenas elemento do suporte fático de regra jurídica.” (MARTINS-COSTA, Judith. Art. 3º, V: presunção de boa-fé. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Coord). **Comentários à lei de liberdade econômica: Lei 13.874/2019** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019).

⁴⁰² No campo do direito administrativo o princípio da boa-fé está indissolúvelmente ligado ao princípio da segurança jurídica, pois “incorpora o valor ético da confiança” à vista de um caso concreto. Portanto, o princípio “[n]ão faz referência ao comportamento geral da pessoa, mas sim à sua posição numa concreta relação jurídica.” (PEREZ, Jesus Gonzalez. **El principio general de la buena fe em el derecho administrativo**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989, p. 52-53).

⁴⁰³ O princípio da subsidiariedade serve como delimitador do papel que o Estado deve desempenhar na seara econômica. Assim, “(...) a intervenção do Estado na economia só se justifica (...) como último caso, nas ocasiões em que o mercado não consiga desempenhar a contento seus misteres. A partir daí, há vários corolários a serem extraídos, mas o principal é o seguinte: a intervenção estatal é exceção e, como tal, deve ser interpretada restritivamente.” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico...** Op. cit., p. 261-262).

O que não se pode perder de vista é que a motivação surge como indispensável requisito de contenção da discricionariedade, que viabiliza a atuação dos mecanismos de controle e a análise das escolhas regulatórias à luz dos parâmetros fixados pelas políticas públicas setoriais.⁴⁰⁴

5.4.1.2 Fase preparatória

Um dos maiores méritos da Lei 13.848/2019 foi justamente o de reforçar a vinculação da atividade regulatória ao planejamento,⁴⁰⁵ na perspectiva de que “a regulação não deve incidir sobre todo e qualquer segmento econômico, mas, tão-somente, sobre aqueles considerados social e economicamente relevantes, sendo o plano do art. 174, CF uma das fontes dessa definição.”⁴⁰⁶

Se a atribuição de amplos plexos de atribuições a órgãos autônomos, dotados de *expertise* e relativamente insulados de influências políticas, encontra uma de suas justificativas na impossibilidade de as leis disciplinarem todos os aspectos relevantes da vida social, é necessário que indiquem pormenorizadamente o modo como exercerão suas tarefas e os objetivos e metas que pretendem atingir.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ Nesse sentido, MAJONE, G. Do Estado positivo ao Estado regulador... Op. cit., p. 28.

⁴⁰⁵ O signo é compreendido na perspectiva da “(...) exigência de programação institucional de políticas públicas”, de modo a coordenar as instâncias de execução de comandos abstratamente fixados pelo Poder Legislativo (COMPARATO, Fábio Konder. A organização constitucional da função planejadora. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). **Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional**: estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza. Fabris Editor: Porto Alegre, 1995, p. 83). O *plano* surge, portanto, como elemento que qualifica a atuação do Estado na seara econômica, caracterizando-se “(...) pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos.” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988...** Op. cit., p. 309-310). Para fins deste trabalho, serão empregados indistintamente os termos planejamento/plano/planificação, cabendo registrar a diferenciação realizada em sede doutrinária: “(...) a *planificação* seria o processo pelo qual são definidos os pressupostos do planejamento; o *planejamento* é todo o arcabouço axiológico, conceitual e teórico voltado para seleção de objetivos, fixação de metas e previsão e disposição de meios para efetivá-las. Já o instrumento jurídico-normativo que formaliza o planejamento, para que esse possa ser executado, é o *plano*.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Planejamento. In: QUEIROZ, João Eduardo Lopes; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 685, destaques no original).

⁴⁰⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2005, p. 104. Sobre a importância do planejamento setorial na regulação, v. SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: _____. (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 56-61.

⁴⁰⁷ **Objetivo** é empregado na concepção de “um propósito ou resultado, em geral permanente, a ser atingido por uma organização”, enquanto que **meta** corresponde ao “resultado a ser atingido como consequência de um plano, programa ou projeto, os quais normalmente têm um prazo estabelecido para sua execução.” (LACOMBE, Francisco. **Dicionário de negócios**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 409 e 433). Portanto, o objetivo tem um aspecto de generalidade, que, no caso das agências, equivale *grosso modo* ao equilíbrio do setor regulado, enquanto que as metas significam etapas delimitadas objetivamente (inclusive sob o aspecto temporal), que devem ser vencidas para o atingimento do objetivo. Por outro lado, a indicação de **resultados**, elencada no artigo 18, *caput*, da Lei 13.848/2019 como um dos

Assim, a referida lei prevê a necessidade de que a ação das agências seja objeto de minuciosa planificação, que tem sua gênese no Plano Plurianual (PPA) previsto no artigo 165, § 4º, da Constituição da República, que consolida “os programas e as metas governamentais de longo prazo”, constituindo instrumento de planejamento global (social e econômico) para o desenvolvimento nacional. É o PPA, portanto, que consolida os grandes objetivos de políticas públicas que serão concretizados setorialmente.⁴⁰⁸

O PPA é aprovado por lei justamente por representar a síntese das escolhas políticas realizadas na arena democrática⁴⁰⁹ que têm o potencial de impactar a esfera jurídica dos privados, bem como de alterar as conformações do ordenamento jurídico. E justamente em razão do veículo utilizado para sua divulgação, o plano não pode minudenciar todos os aspectos da ação estatal, havendo necessidade de complementações e especificações por parte das agências.⁴¹⁰

Nos termos dos artigos 15, inc. I, e 17, *caput*, toda atuação regulatória deve estar contemplada no **plano estratégico**, de duração quadrienal, cujo conteúdo deverá abranger “os objetivos, as metas e os resultados estratégicos esperados das ações da agência reguladora relativos à sua gestão e a suas competências regulatórias, fiscalizatórias e normativas”, indicando, ainda, os “fatores externos alheios ao controle da agência que poderão afetar significativamente o cumprimento do plano.”

As diretrizes do Plano Estratégico devem estar alinhadas àquelas estabelecidas pelo PPA, devendo ser periodicamente revistas, “com vistas a sua permanente adequação” (art. 17, § 1º). Além disso, as agências devem elaborar **planos de gestão anual**, que se apresentam como desdobramentos temporalmente limitados do Plano Estratégico, voltados a consolidar “ações, resultados e metas relacionados aos processos finalísticos e de gestão”⁴¹¹ (arts. 15, inc. II, e 18, *caput*), com estimativas dos recursos

requisitos dos planos de gestão anual, está relacionada à lógica consequencialista que norteia o microsistema regulatório e quer significar as potenciais consequências (fáticas e jurídicas) das ações projetadas pelas agências.

⁴⁰⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 18. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 172. Nesse sentido, a Lei 13.971/2019, que institui o PPA da União para o período de 2020 a 2023, estabelece em seu artigo 4º, *caput*, que o plano “reflete políticas públicas, orienta a atuação governamental e define diretrizes, objetivos, metas e programas.”

⁴⁰⁹ O PPA é elaborado pelo Presidente da República e aprovado pelo Congresso Nacional (artigos 84, inc. XXXIII, e 48, inc. II), servindo repositório das políticas públicas que deverão ser executadas em determinado período.

⁴¹⁰ MATEO, R. Martín; WAGNER, F. Sosa. **Derecho administrativo económico: el estado y la empresa**. Madrid: Ediciones Pirámide, 1974, p. 58.

⁴¹¹ Ou seja, as agências não devem apenas planejar sua atividade-fim, mas também os processos de gestão interna, como forma de potencialização de recursos escassos a sem empregados na consecução dos

necessários e a definição de objetivos relacionados ao incremento da qualidade interna, do fomento à pesquisa setorial e à cooperação interinstitucional (art. 19).

A característica comum dos referidos planos (estratégico e anual) é a de que correspondam a verdadeiros guias de quaisquer *ações* que venham a ser adotadas pelas agências nos períodos de referência, compreendendo aspectos normativos, fiscalizatórios, adjudicatórios, organizacionais e de orientação geral do setor.

E aqui o legislador impôs um recorte temático, pois no âmbito dos planos de gestão anuais há necessidade de que as agências apresentem as respectivas **agendas regulatórias**, que constituem um “instrumento de planejamento da atividade normativa que conterá o conjunto dos temas prioritários a serem regulamentados pela agência durante sua vigência”, devendo igualmente estar em consonância com os objetivos do plano estratégico (art. 21, *caput*, e § 1º).

Pelo Decreto 10.411/2020 foi criada a **agenda de revisão regulatória** (art. 13, § 4º), que congrega os atos normativos sujeitos à reavaliação durante a vigência do respectivo PPA, a ser divulgada por meio de publicação no sítio eletrônico da agência. Conquanto não haja disposição expressa a esse respeito, a interpretação sistemática do microsistema regulatório recomenda que também esse documento seja encaminhado ao Congresso Nacional, ao Ministério da Economia e ao Tribunal de Contas, de modo a viabilizar o pleno controle da atuação regulatória.

As agendas delimitam um espaço exclusivo da atuação das agências, verdadeira *reserva de regulação*, compreendida como “espaço de ação próprio da administração, que não pode ser eliminado, a montante, pela função legislativa e, a jusante, pela função judicial.”⁴¹² Com isso, o que se pretende significar é que, dentro da moldura delimitada

objetivos eleitos. Trata-se, portanto, de um modelo de administração informacional, caracterizada “por um *plano estratégico* e pela *institucionalização* de equipes que permitam, a partir dos subsídios *técnicos* dos seus agentes, o emprego adequado da estrutura e a utilização racional dos recursos direcionados a atribuir *eficiência* na gestão pública.” (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. 80, mai. 2010).

⁴¹² MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. A função administrativa no contexto das funções estaduais. In: **Direito administrativo: textos e casos práticos resolvidos**. 2. ed. (digital). Coimbra: Almedina, 2015, p. 40. Trata-se de cláusula decorrente dos artigos 2º e 174 da Constituição da República, que modula a atuação dos Poderes constituídos, que, dessa forma, não podem se imiscuir no funcionamento dos órgãos reguladores “a ponto de excluir um núcleo funcional próprio de exercício insubordinado e auto responsável de administração pública” (CORREIA, Arícia Fernandes. *Reserva de administração e separação de poderes*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 608). Aprofundar em DEFANTI, Francisco. *Reserva de regulação na administração pública*. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, 57, p. 143-169, jan./mar. 2017). Em sentido contrário, negando a existência de uma “reserva de regulamento” em sede constitucional, JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 199-200.

pelas políticas públicas do setor, cabe ao órgão regulador definir os meios necessários à consecução dos fins legislativamente fixados, calhando lembrar que a *raison d'être* das agências não se restringe à “atividade de mera execução da lei (como a do art. 84, inc. IV, da Constituição), mas sim de dinamização e atribuição de conteúdos a ela.”⁴¹³

Os planos estratégico e de gestão e a agenda regulatória são aprovados pelo órgão colegiado da agência, na forma acima especificada (arts. 17, § 2º; 18, § 2º e 21, § 2º). Os referidos documentos reforçam a legitimidade substancial das agências e constituem instrumentos de controle social *ex ante* da atividade regulatória, na medida em que são divulgados na rede mundial de computadores para fins de conhecimento e escrutínio público (arts. 17, § 2º, 18, § 3º, e 21, § 2º), podendo ser revistos na eventualidade de impugnações que apontem sua inadequação aos ditames do PPA (arts. 17, § 1º, e 18, § 2º).

Assim é que a atuação normativa das agências, a ser deflagrada de ofício, por provocação dos Poderes instituídos e dos órgãos de controle, ou a requerimento de eventuais interessados, individualmente ou por meio de organizações e associações setoriais (art. 9º da Lei 9.784/1999 e art. 11 da Lei 13.848/2019), deve guardar aderência aos objetivos assinalados nos planos (estratégico e anual) e na agenda regulatória.

Evidentemente que situações conjunturais e imprevistas poderão demandar a edição de atos normativos que não constem das agendas previamente elaboradas, já que o artigo 21, *caput*, da Lei 13.848/2019 estabelece que os temas ali relacionados deverão ter encaminhamento prioritário, mas não exclusivo.

A situação, todavia, trará o ônus argumentativo adicional ao órgão regulador, que deverá apontar os motivos pelos quais sobreveio uma nova meta a ser atingida (em detrimento das anteriormente arroladas), com os necessários ajustes nos planos e na

⁴¹³ MOREIRA, Egon Bockmann. Regulação sucessiva: quem tem a última palavra? – Caso pílula do câncer: ADI 5.501, STF. In: _____; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GUERRA, Sérgio. **Dinâmica da Regulação**: estudo de casos da jurisprudência brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 172. Nesse aspecto, concorda-se com Ricardo Feijó, para quem a revisão de atos regulatórios imposta pelo Decreto 10.139/2019 viola a reserva de regulação. O referido ato unificou a nomenclatura dos atos normativos (art. 2º), determinando sua “revisão e consolidação” (art. 5º) nos prazos do art. 14. Ocorre que, ainda que o Poder Executivo não tenha se imiscuído no cerne da função regulatória (corresponde ao conteúdo dos atos normativos e à oportunidade de sua edição), acabou por afetar as agendas regulatórias das agências, que terão de empregar seus recursos (materiais e humanos) na revisão dos estoques, em detrimento de outras iniciativas (FEIJÓ, Ricardo de Paula. O revisaço regulatório: uma análise da violação da reserva de regulação e da captura da agenda regulatória. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, 70, p. 221-237, abr./jun. 2020). Ainda que o Poder Executivo deva desempenhar o poder de coordenação em prol da segurança jurídica, cabe às agências a definição das prioridades no âmbito de sua atuação.

agenda respectivos, que deverão ser novamente franqueados ao conhecimento e comentário públicos.

Ao final desta etapa (e sem prejuízo de outras diligências regimentalmente previstas), o conselho diretor deliberará sobre a necessidade de edição do ato normativo (ou de alteração de uma norma existente), aprovando, se for o caso, a proposta respectiva, com a abertura da fase instrutória. Do contrário, o processo será arquivado.

5.4.1.3 Fase instrutória

Na sequência, terão lugar as medidas necessárias à coleta de dados e à mensuração dos efeitos concretos da proposta normativa, produzidas de forma dialógica, com o desiderato de aferir a “adequação entre meios e fins” da atuação regulatória (art. 4º da Lei 13.848/2019). Nessa fase serão obrigatoriamente realizadas a Análise de Impacto Regulatório (AIR) e a consulta pública, podendo ocorrer ainda, a critério da agência, a audiência pública.

5.4.1.3.1 Avaliações Regulatórias

O microssistema regulatório instituiu um sistema de avaliação dúplice dos efeitos (positivos e negativos) das normas expedidas pelas agências, diante da constatação de que “o peso da regulação pública – muitas vezes de eficácia duvidosa – é cada vez maior e inibe o empreendedorismo, a inovação, a livre competição e os avanços de produtividade.”⁴¹⁴

O que se tem, portanto, é a obrigatoriedade da análise prospectiva dos “possíveis efeitos do ato normativo”, somada à necessidade de reavaliação retrospectiva do estoque regulatório, isto é, de “revisão das mais diversas medidas regulatórias, em face também dos efeitos e custos que elas *já geraram* na economia.”⁴¹⁵

5.4.1.3.1.1 Análise de Impacto Regulatório (AIR)

Nos termos do artigo 6º, *caput*, da Lei 13.848/2019 e do artigo 5º da Lei 13.874/2019, a proposta regulatória será submetida à AIR, compreendida como um ferramental destinado a “oferecer múltiplas alternativas aos órgãos, entidades ou ao poder do qual seja requerida uma decisão, acompanhada de uma análise de seus

⁴¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari et al. Lei nacional de liberdade econômica. **Revista de Direito Público da Economia**, 66, p. 239, abr./jun. 2019.

⁴¹⁵ Idem, p. 243.

potenciais custos e benefícios, entre os diversos aspectos como os econômicos, os concorrenciais, os sociais e os ambientais.”⁴¹⁶

A AIR não constitui sucedâneo do processo decisório, mas sim uma de suas etapas, contribuindo para o incremento da qualidade das escolhas regulatórias,⁴¹⁷ na perspectiva de que: auxilia no atingimento das metas de uma determinada política pública; submete o decisor ao escrutínio público; encoraja a apresentação de teses divergentes; incentiva o refinamento e a revisão das justificativas apresentadas; contribui para o aumento da eficiência, pela redução dos custos para a obtenção de um determinado benefício.⁴¹⁸

Portanto, o AIR constitui um instrumento catalisador da segurança jurídica, voltado ao alargamento e à racionalização dos horizontes decisórios, evitando que escolhas relevantes sejam realizadas sem o necessário acervo informacional ou mediante a supressão do debate público.

Nesse aspecto, o microsistema regulatório serviu para consolidar uma prática corrente nas agências regulatórias, que já dispunham de regramentos sobre o tema,⁴¹⁹ inclusive por força de diretrizes da Casa Civil⁴²⁰ e de recomendações do Tribunal de Contas da União.⁴²¹

A importância de um regime jurídico unificado reside na circunstância de que a AIR pode impor ônus informacionais excessivos às agências, acarretando a “ossificação” do processo regulatório, de modo que “algumas formas de análise (...) em verdade falham na análise de custo-benefício.”⁴²²

⁴¹⁶ GUERRA, Sérgio; URTI, Maurício. Análise de impacto regulatório: Caso “ANS” – Relatório de AIR/2017, ANS. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. GUERRA, Sérgio. **Dinâmica da Regulação**: estudo de casos da jurisprudência brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 64. Aprofundar em VALENTE, Patrícia Pessôa. **Análise de Impacto regulatório**: uma ferramenta à disposição do estado. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁴¹⁷ OCDE. **Building a Framework for Conducting Regulatory Impact Analysis (RIA)**: Tools for Policy-Makers, itens 16 a 18, 2007. Disponível em: <<http://www.oecd.org/mena/governance/38706266.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

⁴¹⁸ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation**: Theory, Strategy and Practice. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 319-320.

⁴¹⁹ A título de exemplo: Portaria 927/2015-ANATEL; Norma de Organização ANEEL 40, aprovada pela Resolução 540/2013 e alterada pela Resolução 798/2017; Portaria 1.741/2018- ANVISA; Instrução Normativa 107/2016-ANAC; Resolução 4.191/2015-ANTAQ; Deliberação 85/2016-ANTT.

⁴²⁰ BRASIL. Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view>. Acesso em: 18 ago. 2020.

⁴²¹ Ver, por todos, Acórdão 2261/2011- Plenário, Rel. Cons. José Jorge, j. 24.08.2011; Acórdão 240/2015-Plenário, Rel. Conselheiro Raimundo Carreiro, j. 11.02.2015.

⁴²² SUNSTEIN, Cass R. The Cost-Benefit State. Op. cit., p. 5.

Ainda que subsistam as disposições regimentais sobre a AIR, o Decreto 10.411/2020 (com vigência para agências reguladoras a partir de 15.04.2021 – art. 24) previu os requisitos mínimos e os casos de dispensa da análise, na forma do artigo 6º, §§ 1º e 2º, da Lei 13.848/2019.

É preciso destacar, contudo, que o referido decreto acabou por disciplinar aspectos posteriores à formalização da AIR, pelo que algumas de suas disposições serão consideradas mais adiante, no contexto do processo regulatório.

O que se tem, em linhas muito amplas, é a execução processualizada de diagnósticos, prospecção de dados e prognósticos, observadas ao menos as seguintes etapas:⁴²³ a) análise da necessidade da AIR; b) elaboração da AIR; c) aferição dos resultados obtidos com a escolha realizada.

5.4.1.3.1.1.1 AIR: casos de obrigatoriedade, inexigibilidade e dispensa

Ainda que o artigo 6º, *caput*, da Lei 13.848/2019 estabeleça a necessidade de prévia realização de AIR nas hipóteses de “adoção” e “alteração” de “atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços”, o respectivo § 1º remeteu ao regulamento a disciplina dos “casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada.”

Assim, como regra geral, há **obrigatoriedade** de prévia realização de AIR para fins de “edição, a alteração ou a revogação de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados” (art. 3º, *caput*, do Decreto 10.411/2020).

O § 2º do referido dispositivo prevê os casos de **inexigibilidade** de AIR: a) atos de natureza administrativa e de feitos *interna corporis*; b) atos adjudicatórios (“de efeitos concretos, destinados a disciplinar situação específica, cujos destinatários sejam individualizados”); c) atos de execução orçamentária e financeira; d) atos que versem sobre política econômica e cambial e sobre segurança nacional; e) atos de consolidação normativa, que não impliquem a alteração de conteúdo.

Nos termos do correlato artigo 4º pode ocorrer a **dispensa** de AIR, de acordo com fundamentados critérios de conveniência e oportunidade do decisor, nas hipóteses de: a) urgência; b) atos normativos expedidos no exercício de competência vinculada

⁴²³ O artigo 6º, § 2º, da Lei 13.848/2019 prevê que “[o] regimento interno de cada agência disporá sobre a operacionalização da AIR em seu âmbito”, pelo que os requisitos do Decreto 10.411/2020 podem ser complementados nos diversos setores regulados.

(nos quais “norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias”); c) atos normativos de “baixo impacto”, assim entendidos aqueles que não provoquem aumento expressivo de custos regulatórios ou da despesa orçamentária ou financeira (art. 2º, incs. II e IV); d) atos de atualização sistêmica, voltados ao ajuste ou à revogação de normas obsoletas, em alteração de mérito; e) atos destinados a preservar a liquidez, solvência ou higidez dos subsistemas de seguros, resseguros, capitalização, previdência complementar; mercado financeiro, de capitais ou de câmbio; sistema de pagamentos; f) atos normativos de adequação a padrões internacionais; g) atos desoneratórios, identificados com os que reduzem “exigências, obrigações, restrições, requerimentos ou especificações com o objetivo de diminuir os custos regulatórios.”

Assim é que a primeira etapa diz justamente com a avaliação da necessidade de realização da AIR (por obrigatória ou necessária) para resolução do problema regulatório, por meio de decisão fundamentada.

Caso não seja realizada a AIR, deverá ser produzida nota técnica que fundamente a edição do ato normativo (art. 6º, § 5º, da Lei 13.848/2019 e art. 4º, § 1º, do decreto), sendo certo que na eventualidade de dispensa por urgência, o artigo 4º, § 2º, do regulamento estabelece como requisito adicional do documento a identificação do “problema regulatório que se pretende solucionar” e dos “objetivos que se pretende alcançar”.

Isso porque não há propriamente desnecessidade de uma análise de custo-benefício, que apenas é postergada para o momento da Avaliação do Resultado Regulatório (ARR), a ser realizada em até três anos da entrada em vigor do ato (art. 12 do decreto).

Deliberando o conselho diretor (ou a autoridade delegada) pela abertura da AIR, deve ser lavrado ato de instauração, com a remessa interna do processado às unidades organizacionais competentes (art. 16 do decreto).

5.4.1.3.1.1.2 Elaboração da AIR

A análise de impacto é essencialmente multidisciplinar, valendo-se justamente da *expertise* que caracteriza as agências reguladoras.

A realização dos trabalhos deve observar as metodologias especificadas no artigo 7º do decreto, com a ressalva de que não constituem ferramentais excludentes (tanto que o inciso I menciona a “análise multicritério”), sendo que “em geral se

recomenda a utilização de um conjunto de métodos em razão da complexidade dos problemas existentes na sociedade (...).”⁴²⁴

A utilização de uma determinada metodologia impõe ao decisor o ônus de justificar sua escolha, por meio da demonstração de sua adequação para resolução do problema existente, em comparação com as outras opções existentes (art. 7º, inc. § 1º e 2º, do decreto), uma vez que diferentes sistemas de trabalho podem levar a resultados diversos, sendo necessário que essa circunstância seja devidamente explicitada.

Há possibilidade de participação social antes da ultimação dos trabalhos, a ser viabilizada por meio da remessa de informações escritas, de audiência e consulta públicas, ou de quaisquer outros meios disponíveis (arts. 6º, inciso VIII, 8º e 10, *caput*, do decreto).

Ao final será elaborado minucioso relatório, que, dentre outros requisitos, deverá conter: sumário executivo (com a síntese do que foi realizado); a identificação do problema regulatório a ser solucionado e dos eventuais interesses afetados; a definição dos objetivos a serem indicados; a descrição e comparação das alternativas disponíveis, de seus possíveis impactos e riscos; a apresentação das estratégias de implementação da escolha realizada (art. 6º).

Como síntese, do relatório deverá constar a descrição do problema existente e a análise da adequação da medida proposta, por meio do cotejo entre os benefícios esperados e os impactos estimados (art. 15, *caput*, do regulamento).

Em relação à forma, é preciso ainda lembrar que, nos moldes do artigo 15, § 1º, do regulamento, o relatório da AIR constitui um dos principais elementos que fundamentam uma escolha regulatória (que pode ser a de expedir um novo ato normativo, de alterar uma norma existente ou de simplesmente não regular), de modo que será essencial para que o público compreenda a extensão do problema a ser solucionado e as consequências das soluções propostas.

Essa é a razão pela qual o artigo 6º, inciso I, do decreto enfatiza que “empregar linguagem simples e acessível ao público em geral”, pois a redação hermética e a extensiva utilização de termos técnicos acabam de limitar o universo dos participantes do diálogo institucional que se pretendeu instituir.

A regra em apreço deverá ser compreendida como um desdobramento do dever atribuído às agências pelo artigo 16 da Lei 13.848/2019, de implementar “plano de comunicação voltado à divulgação, com caráter informativo e educativo, de suas

⁴²⁴ VALENTE, Patrícia Pessôa. **Análise de impacto regulatório...** Op. cit., p. 91.

atividades e dos direitos dos usuários”, o que pressupõe, obviamente, a utilização de uma linguagem compatível.

A corroborar o raciocínio, Rafael Freitas destaca que os mecanismos de participação social só terão efetividade “para fins da realização de uma AIR *se os agentes regulados tiverem condições efetivas de influenciar* na formação da decisão do regulador”, razão pela qual as divulgações levadas a efeito devem ser estruturadas “de sorte a reduzir eventuais assimetrias de informações existentes entre regulador e regulado.”⁴²⁵

A seguir, o relatório deverá trazer a correta definição do problema a ser solucionado (o *porquê* da atuação da agência), indicando *quais* as medidas propostas, o *que* se pretende obter, *quem* são os potenciais afetados, *de que forma* impactam os contratos em curso, *por que* as eventuais alternativas não se afiguram recomendáveis, e se há e no que consistem os seus riscos.

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Câmara, destacando a produção jurisprudencial sobre o tema, lembram ainda que, “criado um novo ônus, há de se demonstrar quais as fontes de receita que cobririam as necessidades de investimento adicionais”, e, no caso de supressão de obrigações reputadas inócuas ou ineficientes, “de que ela não proporcionará o enriquecimento sem causa das concessionárias (...)”⁴²⁶ de forma a manter o equilíbrio dos contratos existentes.

Não se pode esquecer, ademais, que constitui “abuso do poder regulatório” a exigência de especificações técnicas que não sejam congruentes com os fins almejados pela norma e o aumento de custos de transação sem a necessária especificação dos benefícios resultantes da medida, na forma do artigo 4º, *caput*, e incisos III e V, da Lei 13.874/2019.⁴²⁷

A seguir, o relatório final é apresentado ao conselho diretor da agência, a quem cabe a deliberação formal acerca da adequação da proposta normativa para fins de

⁴²⁵ FREITAS, Rafael Vêras de. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) no setor de energia elétrica. **Revista Brasileira de Direito Público**, 46, p. 187, jul./ set. 2014 (destaques no original).

⁴²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, 45, p. 69, jul./set. 2011.

⁴²⁷ Por meio da Consulta Pública 01/2020 o Ministério da Economia, por meio da Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade, divulgou proposta de Instrução Normativa que institui o programa “Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial” (FIARC) e disciplina o procedimento tendente a apurar a eventual ocorrência de abuso de poder regulatório. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/consultas-publicas/2020/consulta-publica-seae-01-2020-frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

resolução do problema regulatório existente, à luz das consequências projetadas (art. 6º, § 3º, da Lei 13.848/2019).

O órgão colegiado pode acolher todas ou algumas das soluções constantes do relatório final, determinar sua complementação, ou, inclusive, adotar alternativa diversa, mesmo que contrária à conclusão do estudo, estando aí incluída a possibilidade de não adotar qualquer ação específica.

O que se tem, portanto, é que “[o] relatório de AIR não vincula a tomada de decisão”, mas intensifica o ônus argumentativo do órgão colegiado nas hipóteses de “decisões contrárias às alternativas sugeridas no relatório de AIR” (art. 15, §§ 2º e 3º, do regulamento).

Com efeito, não se pode considerar que por mero truísmo o Decreto reafirme que a decisão contrária deva ser fundamentada, já que se trata de exigência aplicável a toda e qualquer decisão administrativa.

Antes, a adjetivação serve a lembrar que, se um dos fundamentos da autonomia das agências é justamente a *expertise* que a habilita a disciplinar setores específicos, a rejeição de estudos e levantamentos que demandaram tempo e recursos materiais e humanos equivale à própria “invalidação do ato”, demandando que a decisão respectiva indique “de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas” (LINDB, art. 21, *caput*).

Caso acolhido o relatório final, é dada continuidade ao processo normativo, com a abertura da fase de participação social (ainda que esta tenha sido anteriormente viabilizada).

5.4.1.3.1.2 Avaliação de Resultado Regulatório (ARR)

Por força dos artigos 2º, inc. III, e 13 do Decreto 10.411/2020, as agências deverão realizar periódica “verificação dos efeitos decorrentes da edição de ato normativo, considerados o alcance dos objetivos originalmente pretendidos e os demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação.”

A lógica subjacente é a da eficiência, impondo a obrigatoriedade de *atualização do estoque regulatório*, entendida como o “exame periódico dos atos normativos de responsabilidade do órgão ou da entidade competente, com vistas a averiguar a pertinência de sua manutenção ou a necessidade de sua alteração ou revogação.” (Art. 2º, inc. VI, do Decreto).

Trata-se do necessário contraponto à AIR, pois na medida em que a atividade regulatória pressupõe a realização de prognósticos em setores dinâmicos (influenciados por alterações do tecido social, por contingências econômicas e pela evolução tecnológica), um olhar retrospectivo é essencial para o ajuste dos rumos e da intensidade da atuação das agências.

Cass Sunstein aponta que um estudo levado a efeito pelo OIRA revisou 47 atos regulatórios e revelou que as agências: são mais propensas a superdimensionar os benefícios de suas normas; tendem a superestimar a relação custo/benefícios, e, nesse sentido “ser muito otimistas sobre as consequências de suas normas”; e, por fim, “eram ligeiramente mais propensas a superestimar do que a subestimar os custos.”⁴²⁸

Os atos a serem reanalisados (no todo ou em parte, inclusive com a possibilidade de agrupamento temático – art. 13, § 1º, do regulamento) deverão ser relacionados na já referida agenda de revisão, de acordo com a utilização de ao menos um dos seguintes critérios: repercussão no cenário econômico nacional; constatação de problemas decorrentes da aplicação do ato; impacto significativo em organizações ou grupos específicos; relevância para a agenda estratégica do órgão; decurso do prazo de cinco anos de vigência.

O emprego do advérbio “preferencialmente” pelo artigo 13, § 3º, do Decreto 10.411/2020 aponta no sentido de que ao conselho diretor da agência é dado empregar parâmetro diverso para ordenar as prioridades de sua agência de revisão, mas, ao fazê-lo, deve apresentar motivação reforçada, indicando as razões pelas quais o modelo regulamentar foi afastado no caso concreto.

Ademais, a referida agenda deverá contemplar ao menos “um ato normativo de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados de seu estoque regulatório” (art. 13, § 2º, do regulamento), o que serve para comprovar a relevância dos canais de auscultação dos interesses sociais afetados, pois que os próprios integrantes de um setor regulado dispõem de informações mais consistentes sobre os efeitos decorrentes da aplicação da norma, facilitando a detecção dos problemas daí decorrentes.

Por outro lado, ao utilizar o termo “impacto significativo” como justificativa de revisão, o decreto quer significar consequências perniciosas para um dado segmento que tenha extrapolado as métricas do prognóstico inicial (se porventura existente), ou que torne a regulação prejudicial aos objetivos e metas da agência.

⁴²⁸ SUNSTEIN, Cass R. The Regulatory Lookback. *Boston Law Review*, 94, 3, p. 587, 2014.

Por fim, a previsão do transcurso de um prazo quinquenal para deflagrar a atuação revisional da agência está relacionada com a obsolescência das estruturas normativas em razão do avanço tecnológico ou da alteração das necessidades sociais, tornando a regulação inadequada cumprir os fins a que se destina.

Ultimada a ARR, o relatório das atividades realizadas deve ser publicado no sítio da agência (art. 13, § 5º), devendo integrar, ainda, o relatório anual de atividades da agência (art. 15, *caput*, da Lei 13.848/2019).

Um aspecto muito relevante, que fornece um parâmetro objetivo para avaliação retrospectiva dos efeitos da regulação, é que o artigo 14 do Decreto 10.411/2020 impõe que nos casos de edição ou de alteração normativa, os relatórios de AIR prevejam “o prazo máximo para a sua verificação quanto à necessidade de atualização do estoque regulatório”, o que deve levar em conta o período estimado para produção dos efeitos desejados, sendo recomendável, ainda, a indicação da metodologia e das fontes de dados que serão utilizadas a fim de mensurar os impactos do ato.⁴²⁹

5.4.1.3.2 Participação social no processo regulatório

A participação pública no processo decisório das agências constitui decorrência direta do princípio democrático (art. 1º, § único, da Constituição da República), identificando-se com a “(...) possibilidade de atuação, mais ou menos formal, de indivíduos ou de grupos (poder individual ou grupal), na ação do Estado (poder estatal).”⁴³⁰

O artigo 6º, § 4º, da Lei 13.848/2019 reza que o relatório final da AIR e a decisão do órgão colegiado que o acolheu, dando prosseguimento à iniciativa regulatória (de edição, alteração ou revogação de um ato normativo) devem ser disponibilizados, juntamente com a proposta respectiva, para manifestação da sociedade, que pode se dar por meio de consulta ou audiência pública.

O artigo 9º, *caput*, do Decreto 10.411/2020 prevê que “o texto preliminar da proposta de ato normativo *poderá* ser objeto de consulta pública ou de consulta aos segmentos sociais diretamente afetados pela norma”, ao passo que o respectivo parágrafo único estabelece a obrigatoriedade da consulta pública “na hipótese do art. 9º da Lei nº 13.848, de 2019.”

⁴²⁹ COGLIANESE, Cary. Moving Forward with Regulatory Lookback. *Yale Journal on Regulation*, 30, p. 62-63, 2013.

⁴³⁰ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Audiências públicas. In: *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 202.

Depreende-se da conjugação dos dispositivos que são compulsórias as consultas públicas nos casos de edição de novas normas ou alteração das existentes, e facultativa na eventualidade de “revogação de ato normativo”.

Parece-nos, todavia, ser impositiva a viabilização de participação social em quaisquer hipóteses, cabendo ao conselho diretor apenas deliberar sobre o modo como será levada a efeito (art. 10, *caput*, da Lei 13.848/2019), de modo que o microssistema regulatório procurou dar um passo à frente, alterando a sistemática geral do processo administrativo federal, na qual a participação social é uma etapa *possível*, a critério da autoridade competente (arts. 31 e 32 da Lei 9.784/1999; art. 29 da LINDB).

Para que a gestão das escolhas estatais seja dialógica e colaborativa não se pode suprimir a plena interlocução social, calhando lembrar da vívida ponderação de Vasco Pereira da Silva:

A actividade administrativa, mais do que instrumento de definição autoritária do direito aplicável, vai tornar-se um mecanismo de composição de interesses (públicos e privados), que se manifestam no procedimento, e que os órgãos decisores devem regular, de maneira a tomar a decisão mais adequada e que melhor salvguarde os direitos subjectivos e os interesses em presença.⁴³¹

Como a revogação de atos normativos pode impactar a esfera jurídica de “agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados”, não se pode excluir sua prévia manifestação, sob pena de violação ao artigo 9º, inc. III, da Lei 9.784/1999.

Prosseguindo nessa linha, o referido artigo 9º, *caput*, do regulamento estabelece que “o texto preliminar da proposta de ato normativo poderá ser objeto de consulta pública ou de consulta aos segmentos sociais diretamente afetados pela norma.”

O grande risco na segmentação dos instrumentos de participação é a potencial subtração de interesses relevantes da consideração do órgão regulador,⁴³² já que a concepção de um interesse público estruturado monoliticamente dá lugar a uma plêiade de “interesses públicos dotados de legitimidade social”, não sendo possível à Administração Pública (ou a quem lhe faça as vezes), “adotar a posição de quem, do

⁴³¹ SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 129.

⁴³² Vital Moreira observa que a classificação dos participantes em categorias (cidadãos em geral; utentes dos serviços públicos; membros das entidades afetadas) não exclui “a dos funcionários ou agentes dos serviços administrativos em causa”, podendo ainda “haver cumulação de mais do que uma destas categorias (...)” (MOREIRA, Vital. **Administração autónoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 41).

alto da supremacia e da sua unilateralidade, determina o que seja e o que não seja o interesse da coletividade.”⁴³³

A participação social deverá ocorrer por meio de consulta pública ou de audiência pública, que têm por escopo viabilizar a apresentação de subsídios para a atividade regulatória.

Como é intuitivo, a primeira se caracteriza pela oportunização de “minutas e as propostas de alteração de atos normativos” ao escrutínio público, oportunizando o encaminhamento de propostas, pareceres, informações ou críticas (art. 9º, *caput*, e §1º, da Lei 13.848/2019).

Sem prejuízo das disposições regimentais pertinentes, a proposta em causa (art. 9º, § 6º, da Lei 13.848/2019), juntamente com todos os elementos que lhe servem de fundamento (relatório de AIR, pareceres, cálculos, compilação de dados) devem ser disponibilizados na sede da agência e em ambiente virtual, em regra pelo prazo mínimo de 45 dias, ressalvadas as disposições específicas e a já mencionada hipótese de urgência (a ser devidamente motivada). Em até 10 dias do término do prazo da consulta, todas as ponderações recebidas do público e de outros atores institucionais deverão ser relacionadas da mesma forma.

Na audiência pública, por outro lado, os subsídios são apresentados oralmente “por quaisquer interessados” (art. 10, *caput*, da Lei 13.848/2019). Conquanto cada agência deva minudenciar a sistemática a ser empregada, deve ser viabilizado um ambiente de *liberdade ordenada*,⁴³⁴ sendo ainda compulsório o registro (por gravação de som e imagem) das manifestações apresentadas,⁴³⁵ inclusive para fins de confecção dos relatórios que deverão disponibilizados ao público em até 30 dias após o encerramento dos atos (art. 12, *caput*, da Lei 13.848/2019).

Assim como ocorre na consulta pública, a proposta normativa e os elementos que a embasaram deverão ser disponibilizados “em local específico e no respectivo sítio

⁴³³ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 157.

⁴³⁴ Procura-se com isso sintetizar os princípios reitores das audiências públicas enunciados por Gordillo: devido processo, publicidade, oralidade, informalidade, contraditório, participação, instrução e impulsionamento de ofício e economia processual. Caberá à autoridade que preside o ato, portanto, estabelecer a sequência e a duração das manifestações, assegurando respostas e réplicas em iguais condições, zelando para que os debates transcorram de forma urbana e proveitosa, sem regramentos excessivos que excluam “a razoável criatividade dos servidores diante de situações que necessariamente serão novas.” (GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey/Fundación de Derecho Administrativo, 2003, Tomo 2, p. XI-10 e XI-11).

⁴³⁵ Nesse sentido: FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 143-144.

na internet”, com antecedência mínima de 5 dias úteis da data do ato, sendo certo que esse mesmo prazo deverá ser observado para designação da audiência, contado da publicação “do despacho ou aviso de abertura (...) no Diário Oficial da União e em outros meios de comunicação” (art. 10, §§ 2º e 3º, da Lei 13.848/2019).

Na forma do artigo 10 do regulamento, a agência poderá utilizar “os meios e canais adequados” para amplificar a convocação da sociedade para participar do processo regulatório, e, no caso das audiências, deverão indicar com precisão o local, a data, e o assunto a ser debatido, adotando especial cautela para que seus comunicados sejam claros e específicos, servindo como efetivo instrumento de cientificação social.

5.4.1.4 Fase conclusiva

Concluída a fase instrutória, todos os elementos de convicção coligidos ao longo da instrução deverão estar contidos nos autos (físicos ou digitais) do processo respectivo, por força do artigo 22, § 1º, da Lei 9.784/1999.

O conselho diretor deverá então analisar motivadamente os subsídios (pareceres, dados, teses jurídicas, críticas etc.) apresentados durante as consultas ou audiências públicas, bem como eventuais manifestações do Poder Executivo acerca do ato (art. 9º, § 7º, da Lei 13.848/2019), devendo constar da ata da respectiva reunião deliberativa o “posicionamento da agência reguladora sobre as críticas ou as contribuições apresentadas” (arts. 9º, § 5º, e 10, § 4º, da Lei 13.848/2019), o que não significa, contudo, que as proposições daí decorrentes tenham de ser necessariamente acolhidas, nos termos do artigo 11 do decreto.⁴³⁶

É interessante a esse respeito a ponderação de Cass Sunstein, no sentido de que muitas pretensões endereçadas às agências são originadas pela equivocada percepção de risco pelos cidadãos, “[n]ão havendo nada de antidemocrático na recusa ao atendimento de demandas regulatórias baseadas em ignorância factual.”⁴³⁷

Reconhecida a necessidade de edição ou de modificação do ato normativo, o conselho diretor deverá aprovar sua redação final, que deverá adotar uma das formas consagradas pelas respectivas legislações setoriais.

⁴³⁶ Ou seja, “a participação pública no processo regulatório (*decisions-making process*) se reporta essencialmente à sua fase preparatória, não retirando da Administração a última palavra na matéria, desde que o faça motivadamente e dentro os quadros estabelecidos pela lei.” (ARAGÃO, Alexandre Santos. A legitimação democrática das agências reguladoras. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Op. cit., p. 15).

⁴³⁷ SUNSTEIN, Cass R. The Cost-Benefit State. Op. cit., p. 18.

O texto final da iniciativa regulatória deverá ser publicado no Diário Oficial e no sítio da agência, contando com a expressa previsão de um período de *vacatio*, que contemple “prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento” (art. 8º, *caput*, da LC 95/1998), prevendo ainda, regime de transição nas hipóteses de imposição de novos deveres ou condicionamento de direitos aos particulares (LINDB, art. 23).

Por fim, o ato deverá ser averbado no relatório circunstanciado do período (art. 15, *caput*, da Lei 13.848/2019), para a oportuna prestação de contas da agência.

5.5 O MICROSSISTEMA REGULATÓRIO E SEU PADRÃO DEFERENCIAL

Chegando a este ponto, é o momento de reafirmarmos que o microssistema formado a partir das Leis 13.655/2018, 13.848/2019, 13.874/2019 (bem como pelas leis que instituíram as agências setoriais) consagrou um padrão deferencial para os casos de revisão judicial de escolhas regulatórias, não propriamente por meio da imposição um dever de abstenção, mas sim pela definição de um conjunto de cânones que leva em conta as capacidades institucionais dos atores envolvidos e a promoção da segurança jurídica.

Referidos cânones equivalem aos *standards* de revisão norte-americanos, compreendidos como “um teste que a corte deve aplicar quando examina uma conduta para determinar se deve impor uma responsabilização ou conceder uma medida.”⁴³⁸

Trata-se, portanto, de parâmetros que servirão para aferição da regularidade de um ato num contexto específico (geralmente por meio da fixação de requisitos a serem atingidos), prestando-se ainda a orientar a conduta das partes.

Sobre o tema, importa ainda destacar que não se desconhece o posicionamento do Professor Eduardo Jordão, no sentido de que o artigo 22 da LINDB consagrou entre nós a adoção de um controle judicial deferente, nos moldes da Teoria *Chevron* norte-americana, a ser aplicado nos mesmos moldes: “Num primeiro passo, o controlador verifica se a ‘dificuldade jurídica’ é real. No segundo passo, sendo real esta dificuldade jurídica, o controlador se limita a verificar a razoabilidade da escolha interpretativa realizada pela administração pública.”⁴³⁹

⁴³⁸ EINSBERG, Melvin Aron. The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law. *Fordham Law Review*, 62, p. 437, 1993.

⁴³⁹ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo* (edição especial), Rio de Janeiro, p. 79, nov. 2018.

Ousamos dissentir, pois ainda que “as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas” representem aspectos que não podem ser descurados pelo decisor, o microssistema regulatório vai além, e submete a revisão judicial a outros parâmetros.

Ademais, com a simples absorção de uma teoria deferencial completa, acabamos por importar os problemas existentes no sistema de origem, desconsiderando o fato que entre nós as agências (ou ao menos parte delas) têm assento constitucional.

Considerando os aportes apresentados, o sistema deferencial brasileiro se coloca no meio do caminho entre as Teorias *Chevron* e *Skidmore*, isto é, não se contenta com a mera razoabilidade das escolhas finais, mas não implica a análise exauriente das argumentações apresentadas pelas agências.

5.5.1 Cânones substanciais

Cânones *substanciais* são os que direcionam a atividade do Poder Judiciário no sentido de promover ou evitar determinados valores, de forma condizente com as opções realizadas pelo Poder Legislativo.⁴⁴⁰ E, do ponto de vista axiológico, os vetores que norteiam a atuação regulatória são: a **aderência das normas ao planejamento** e o **incremento da segurança jurídica**.

Como procuramos assinalar, a atuação das agências reguladoras não deve ser contingente e nem se realizar num vazio institucional. Antes, o microssistema regulatório determina a edição/alteração/revogação de normas tem escopos bem determinados: “o cumprimento da política do setor, definida pelos Poderes Legislativo e Executivo” e a observância dos planos traçados pelas próprias agências (art. 15, *caput*, da Lei 13.848/2019). Dessa forma, a análise de conformidade dos atos regulatórios às diretrizes gerais do PPA cabe precipuamente aos autores das políticas públicas, que dispõem de ferramental apropriado para determinar as necessárias correções de rumo.

Não se pode esquecer que a linha que divide uma política pública de sua regulação é tênue, sendo ocioso afirmar que eventuais ajustes na segunda podem impactar o sentido das primeiras. E aqui entra em cena o mencionado artigo 22, *caput*, da LINDB, pois o juiz deve considerar a complexidade na transposição de abstratos objetivos de políticas públicas em comandos regulatórios específicos, ponderando não apenas dificuldades *estruturais* (relacionadas à carência de recursos

⁴⁴⁰ MANNING, John F.; STEPHENSON, Matthew C. **Legislation and Regulation**.... Op. cit., p. 272 e 329.

materiais e humanos), *operacionais* (identificadas com a complexidade da matéria e com o tempo disponível para a solução do problema), e *jurídicas*, que correspondem à natural disparidade de interpretações de comandos legais redigidos em termos abertos.⁴⁴¹

Assim é que ao se deparar com o questionamento de uma dada norma regulatória, caberá ao juiz examinar a existência de seu prévio registro na agenda regulatória do exercício respectivo, sua comunicação aos atores legitimados, e, como obtempera Eduardo Jordão, a “razoabilidade da escolha interpretativa”⁴⁴² para fins de implementação de uma política pública específica.

O que se deve aferir, portanto, é tão somente a *coerência* entre a política pública e a norma regulatória que a pretende executar, o que, por si só, é passível de disputas interpretativas.

Preenchidos esses requisitos, está atendido o teste de adequação ao plano, não sendo dado à instância revisora se imiscuir em aspectos concernentes à implantação da política pública.

E com isso não se pretende afirmar que o primeiro requisito substancial elimina o segundo. Antes, a aderência da norma ao planejamento serve justamente como catalisador da segurança jurídica, pois que viabilizou o debate social e o controle por agentes democraticamente responsivos, fornecendo parâmetros objetivos para que os regulados e consumidores orientassem suas condutas.

Por outro lado, caso a norma não conste da agenda regulatória da agência (por ser anterior à Lei 13.848/2019 ou em razão de causas supervenientes para sua edição/modificação),⁴⁴³ ou caso a solução alvitrada não se afigure razoável ao decisor, deve ele motivadamente passar ao segundo *standard* substancial: a análise das opções decisórias sob o prisma da segurança jurídica.

Nessa etapa, o decisor deve considerar as capacidades institucionais necessárias à resolução do imbróglio regulatório, o que pressupõe a clara indicação dos impactos e custos de cada uma das alternativas disponíveis (art. 6º, inc. VII, do Decreto

⁴⁴¹ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. Op. cit., p. 76-77.

⁴⁴² Idem, p. 78.

⁴⁴³ “A consecução efectiva dos objectivos visados não está, porém, garantida à partida, pois a reacção dos agentes económicos pode depender, em certas conjunturas, de factores psicológicos não ponderados e nem ponderáveis. Daí a necessidade frequente de constantes acertos e adaptações no domínio das normas económicas, único processo de as fazer acompanhar a realidade e de lhes atribuir um significa útil do ponto de vista das finalidades do legislador.” (MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. 5. ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 58).

10.411/2020). Ou seja, devem ser ponderados quais são os impactos da manutenção da interpretação da agência e de sua desconstituição.

A tônica é aquela indicada por José Vicente Mendonça, ao sugerir que “o controle se dê de modo *fraco*, ou seja, como se houvesse presunção relativa a favor da validade das consequências indicadas na decisão.”⁴⁴⁴

O que se quer significar é que qualquer incursão que importe alterações num sistema regulado (seja pela agência, seja pelo Poder Judiciário), pressupõe a integral observância dos requisitos elencados pelo microsistema regulatório, que tem por escopo preservar a estabilidade do tráfego jurídico e a boa-fé dos privados.

Portanto, se o juiz não puder fazer um prognóstico das possíveis “consequências jurídicas e administrativas” de eventual decisão de invalidação ou de sobrestamento do ato regulatório (art. 21, *caput*, da LINDB; 3º, § 2º, do Decreto nº 9.830/2019), deverá ser deferente à escolha da agência.

A questão se mostra mais candente na seara da tutela provisória, pois que mudanças abruptas em setores regulados, amparadas em cognição sumária, demandam redobrada cautela, sobretudo porque o acervo informacional de regra é fragmentado e a ausência de contraditório reduz significativamente o campo de visão do decisor.

5.5.2 Cânones procedimentais

A par na análise de critérios substanciais, o sistema deferencial pressupõe o exame concomitante de aspectos *procedimentais*, relacionados à observância de determinadas formalidades e ao cumprimento de certos requisitos.

E aqui a análise não se resume a um juízo de mera legalidade, consistente no cumprimento de exigências adremente fixadas, uma vez que os requisitos que serão abaixo delineados trazem amalgamadas questões que, ainda que reflexamente, envolvem o cumprimento daqueles vetores axiológicos mencionados.

Assim, averiguada a compatibilidade do conteúdo da norma com a política setorial, caberá ao decisor analisar a presença dos seguintes *standards*: **Análise de Impacto Regulatório (AIR); participação social; integridade decisória.**

No tocante à AIR, além de obviamente verificar a existência do relatório final e o preenchimento dos requisitos do artigo 6º do Decreto 10.411/2020, deverá considerar a existência de justificativa para adoção de uma dada metodologia.

⁴⁴⁴ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB... Op. cit., p. 56.

Aqui novamente se retoma o raciocínio anteriormente alinhavado: havendo coerência na exposição da agência, ao Poder Judiciário não é dado ordenar a adoção de método diverso para elaboração da AIR, a não ser que consiga mensurar os impactos de sua decisão, tanto em relação aos resultados no setor regulado, quanto aos custos necessários para repetição dos trabalhos.

Em relação à participação social, o que importa considerar é sua efetiva oportunização, ou seja, se foi viabilizado o efetivo diálogo de interesses contrapostos, o entrelaçamento de diversas visões sobre os fatos apresentados.

Para tanto, além da correta delimitação do problema regulatório a ser resolvido (em linguagem clara e acessível aos leigos), devem ser aferidos a disponibilização das informações necessária e a existência de prazo razoável para manifestação.

Por fim, no que tange à integridade decisória, caberá ao revisor verificar se o conselho diretor da agência se desincumbiu do ônus argumentativo que lhe foi imposto pelo microssistema regulatório (vide item 4.1.1, *supra*), ainda que o desfecho dado ao problema apresentado seja diverso daquele que seria obtido pela via judicial.

Ou, por outra, não está em causa precipuamente o destino a que se chegou, mas sim o caminho utilizado pela agência para atingi-lo, tendo como pano de fundo a estabilidade do setor, sobretudo no que atine às consequências de uma dada opção regulatória.

E, novamente, sendo razoáveis as conclusões da agência, a elas deve o Poder Judiciário mostrar deferência, uma vez que foram resultado de um processo dialógico e participativo, orientado por vetores axiológicos consagrados pelo Poder Legislativo.

5.6 OPERANDO O SISTEMA

O procedimento de revisão judicial instituído pelo microssistema regulatório atua de acordo com uma lógica deferencial, por meio da fixação de um teste binário, que engloba tanto aspectos substanciais quanto procedimentais.

O exame tem início com os **aspectos substanciais**, já que, por expressa previsão legal (art. 15, *caput*, da Lei 13.848/2019), o fim último da atividade regulatória é o cumprimento das políticas públicas setoriais.

A aderência da regulação aos objetivos gerais do planejamento é evidenciada pelo prévio registro da norma questionada na agenda regulatória do exercício respectivo, devidamente encaminhada aos Poderes Legislativo e Executivo.

Nesse caso, guardando a norma uma relação de coerência com os objetivos delineados no plano estratégico da agência, presume-se que suas consequências foram devidamente ponderadas pelos atores legitimados a realizar avaliações de cunho axiológico, impondo-se ao decisor adotar uma postura deferencial.

Se porventura a norma não constar do planejamento do período, devem ser ponderadas, à luz das capacidades institucionais, quem se encontra mais preparado para fazer prognósticos sobre as consequências (fáticas e jurídicas) resultantes de dois quadros distintos: a manutenção ou a revogação/suspensão da norma.

Assim, diante dos limites e possibilidades dos processos administrativo e judicial, bem como das peculiaridades do caso concreto, caso o magistrado não possa desde logo estimar, “no exercício diligente de sua atuação” (art. 4º, § 1º, do Decreto 9.830/2019), os impactos da decisão para as partes e para o setor regulado, deverá igualmente ser deferente à interpretação da agência.

Vale lembrar que, no limite, revogar ou sobrestar os efeitos de uma norma equivale a exercer função regulatória, o que impõe ao juiz os mesmos ônus argumentativos atribuídos à agência para edição do ato questionado.

A seguir, tem lugar a análise de **aspectos procedimentais**, por meio da verificação da prévia realização de Análise de Impacto Regulatório, cujo relatório final deve atender aos ditames do artigo 6º do Decreto 10.411/2020, da efetiva participação social (sobretudo no que respeita à disponibilização de informações relevantes e de reais oportunidades de manifestação), e da integridade decisória, identificada com a observância dos requisitos impostos pelo microssistema regulatório.

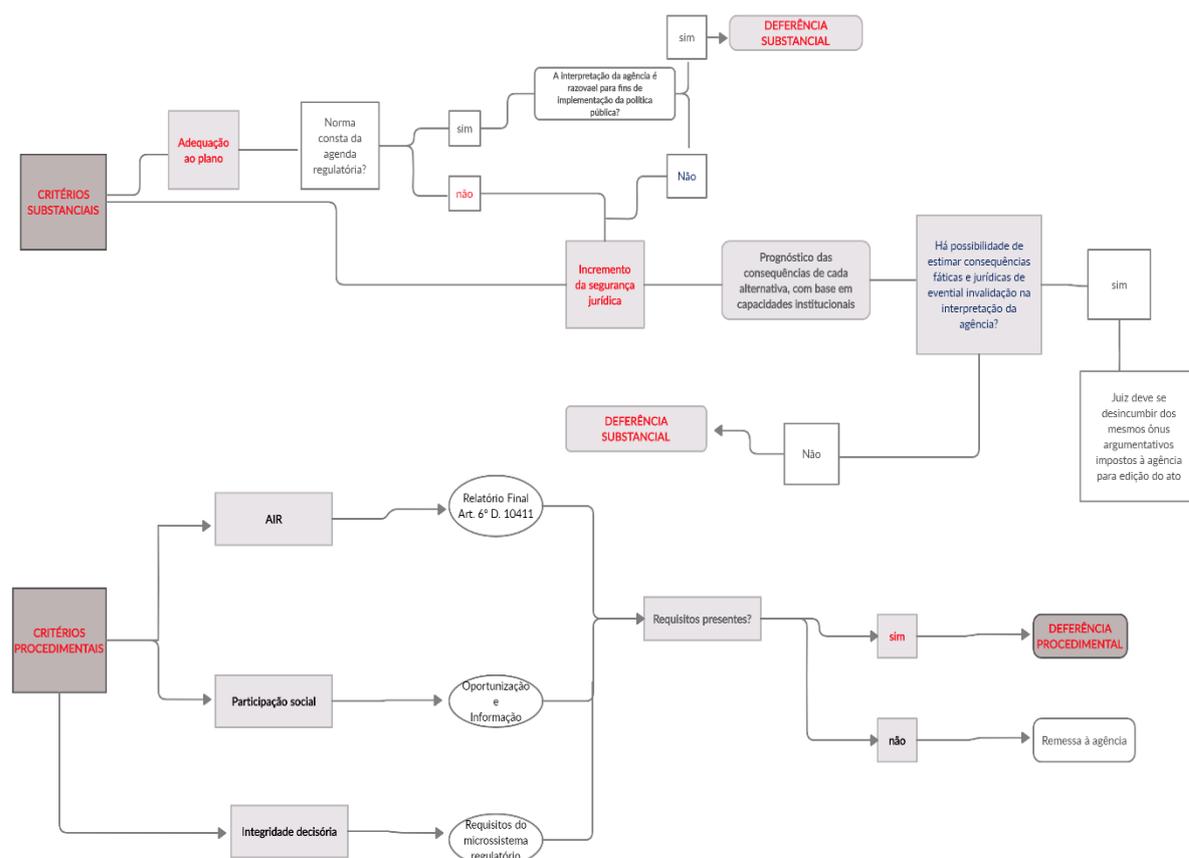
Importa destacar que neste quadrante não está em causa *o que* se decidiu, mas sim *como* se decidiu, e, uma vez observados aqueles vetores, igualmente o juiz deverá ser deferente às escolhas do regulador.

Por fim, é importante destacar que na eventualidade de invalidação final do ato, não é dado ao Poder Judiciário substituir o órgão legitimado para implantação de políticas públicas, sob pena de violação ao princípio de separação de poderes.

Desse modo, deverá restituir o caso à agência competente, indicando os pontos que estão a merecer ajuste, bem como as condições necessárias à regularização, sem prejuízo da avaliação dos ônus e perdas impostos aos sujeitos envolvidos (LINDB, art. 21, § único).

Com o intuito de representar graficamente as ideais alinhavadas, apresenta-se o seguinte organograma:

Figura 2 – Organograma



Fonte: O autor.

O que se propõe, portanto, é uma metodologia de trabalho extraída do microsistema regulatório que impõe uma gradação da intensidade do controle judicial das escolhas realizadas pelas agências, em prol da realização de valores priorizados na arena democrática.

A assertiva, por outro lado, não vai de encontro à garantia inculpada no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, pois o sistema deferencial não exclui de antemão a apreciação judicial de eventual lesão ou ameaça a direito, isto é, não define um rol de “matérias não jurisdicionáveis” e nem exime o juiz de apresentar resposta ao problema que lhe foi apresentado,⁴⁴⁵ mas tão somente estabelece parâmetros para a revisão a ser realizada.⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental de ação. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Coord. Científica). **Comentários à Constituição do Brasil**. Op. cit., p. 359.

⁴⁴⁶ Nesse sentido, JORDÃO, Eduardo. A leitura e as ‘leituras’ do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/a-leitura-e-as-leituras-do-art-5o-xxxv-da-constituicao-federal-05112019>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

E como fecho do raciocínio alinhavado, mostra-se recomendável retomar os achados da já mencionada pesquisa encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça, que aponta o aumento do tempo de tramitação dos processos que envolvem discussões substanciais, justamente em razão da complexidade das matérias ventiladas, da realização de perícias (cuja necessidade é muitas vezes objeto de questionamentos e debates), e de controvérsias sobre a definição de competências e o próprio “escopo da revisão judicial”, no sentido de que “[o]s juízes discordam sobre seu papel na revisão das decisões das agências reguladoras.”⁴⁴⁷

O microsistema acabou justamente por consagrar uma sistemática tendente a fazer frente àqueles percalços, pois, ao instituir um regime deferencial, acabou por delimitar o escopo da revisão judicial, como forma de conferir segurança aos sistemas regulados.

Evidentemente que as linhas propostas haverão de ser depuradas e aperfeiçoadas pela prática jurisprudencial, mas o que fica de relevante é o reconhecimento de que o adequado funcionamento das agências regulatórias pressupõe a atuação concertada de todos os atores institucionais e da efetiva participação da sociedade, de modo que a limitação da intensidade do controle judicial pode contribuir para realização dos objetivos priorizados pela coletividade.

O que se deve ter em mente é que o Poder Judiciário não pode ser a instância final para escolhas que, a despeito de serem exercidas em áreas eminentemente técnicas, envolvem preferências sociais, que devem ser expressadas por meio dos canais democráticos e para as quais não há necessariamente uma resposta correta.⁴⁴⁸

⁴⁴⁷ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Revisão Judicial de decisões das agências regulatórias: jurisdição exclusiva? Op. cit., p. 30-31.

⁴⁴⁸ SCALIA, Antonin. Judges as Mullahs. In: SCALIA, Christopher J.; WHELAN, Edward. **Scalia Speaks**. New York: Crown Forum, 2017, p. 261.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

*Meu norte será a lição mais elementar que aprendi ao longo de décadas no exercício da Magistratura: a necessária deferência aos demais Poderes no âmbito de suas competências, combinada com a altivez e vigilância na tutela das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Afinal, o mandamento da harmonia entre os Poderes não se confunde com contemplação e subserviência.*⁴⁴⁹

Os reflexos da opção constitucional por uma interface regulatória no relacionamento entre o Estado e a economia não parecem ter sido ainda integralmente assimilados pela prática jurídica em geral e pelas esferas controladoras em particular.

Procuraremos, assim, apresentar de forma ordenada tópicos-chave da exposição, de modo a construir uma síntese do raciocínio alinhavado:

1. A função regulatória, compreendida como o conjunto integrado de técnicas jurídicas que busca fornecer “parâmetros de conduta econômica” (Egon Bockmann Moreira), estava presente entre nós no período anterior à Constituição da República de 1988, mas não dispunha de metodologia própria e nem de *locus* específico, sendo marcada, ainda, pela opacidade e baixa porosidade aos interesses públicos afetados, o que acabava por dificultar seu controle;

2. O movimento de desestatização, que começou a tomar corpo no Brasil às vésperas da reabertura democrática e foi potencializado pela nova ordem constitucional, trouxe a reboque a necessidade de especialização das atividades regulatórias, até então desempenhadas na intimidade da estrutura da Administração Direta ou nas franjas do sistema, em entidades autárquicas ou departamentos específicos das empresas estatais. O exame do aparato regulatório instituído a partir de 1964 indica a sobreposição de sistemas orientados por vetores que muitas vezes apontam em sentidos opostos;

3. As agências surgem entre nós, portanto, no bojo de um amplo processo de remodelação da estrutura pública, que procurou dar feições gerenciais à Administração Pública, diante da necessidade de garantir a segurança jurídica nos setores regulados e

⁴⁴⁹ FUX, Luiz. Discurso de posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/discurso-posse-fux-stf.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2020.

de insular algumas atividades, de cunho predominantemente técnico, de pressões político-partidárias e das forças do mercado;

4. Ainda que implantadas sob a forma de *autarquias*, as agências reguladoras representaram uma ruptura de paradigma no cenário institucional brasileiro, na medida em que sua adjetivação (*especiais*) representou uma potencialização de sua autonomia, tanto sob o aspecto funcional, quanto organizacional;

5. Assim, ao tempo que seus membros devem ser escolhidos pelo Presidente da República com fundamento em critérios objetivos (conhecimento teórico e vivência prática no setor), com subsequente aprovação pelo Senado Federal, exercem um amplo plexo de atividades (*quase-executivas, quase-legislativas e quase-judiciais*), sem ingerência direta ou subordinação hierárquica aos Ministérios a que estão vinculadas;

6. O regime jurídico a que se submetiam as agências reguladoras se ressentia de uniformidade e amplitude, posto que as leis setoriais e organizadoras antecederam a edição de uma lei-quadro, o que veio a ser sanado com o advento da Lei 13.848/2019;

7. A alocação das agências reguladoras no cenário institucional pressupõe uma revisita ao princípio da separação de poderes, elemento fundante da noção de Estado de Direito, voltado à defesa dos cidadãos por meio da limitação do poder;

8. Importa assinalar, assim, a distinção entre os segmentos estruturais do Estado e as funções que exercem, na perspectiva das tarefas a serem cumpridas e nos instrumentos disponíveis para esse desiderato;

9. A complexidade das tarefas estatais não permite a exata inserção das agências reguladoras na compostura de um dos Poderes constituídos, e, a despeito de apenas duas delas estarem previstas no texto constitucional, a disciplina dada à ordem econômica permite considerá-las como órgãos constitucionais de segundo grau, sujeitos a controles múltiplos e concomitantes;

10. O *controle social* das agências se dá por meio de instrumentos voltados à dispersão de informações e ao incremento da participação democrática nos processos decisórios, com ênfase no monitoramento de atividades e na prestação de contas. Nesse quadro, ganham especial relevo as ouvidorias, institucionalizadas como centros de auscultação de interesses públicos relevantes;

11. O Parlamento é o controlador nato da função regulatória, seja por sua composição, seja por sua maior responsividade democrática, ou ainda porque está teoricamente aparelhado para coordenar os vários centros normativos autônomos que operam de forma simultânea;

12. A lei surge como parâmetro e fundamento da atuação das agências, tendo a Lei 13.848/2019 criado um sistema capaz de monitorar todo o ciclo regulatório e de garantir a aderência das normas expedidas às políticas públicas setoriais, por meio de planos de gestão, agendas regulatórias e relatórios circunstanciados de prestação de contas;

13. O controle executivo é orientado pelos objetivos de coordenação e orientação, e, ainda que sem um componente hierárquico, presta-se a ajustar a atuação das agências às diretrizes gerais do Estado, desde que o Presidente da República é o agente eleito que assume a responsabilidade perante os cidadãos de cumprir os grandes objetivos fixados para relevantes setores da vida social;

14. O controle judicial da regulação vem recebendo o mesmo tratamento dado ao controle da atividade administrativa em geral, com grande ênfase na classificação dos atos praticados no exercício de competências vinculadas e discricionárias;

15. Ocorre que, a despeito de seus indiscutíveis méritos e refinamento teórico, esse ferramental foi cunhado para outra realidade, que tinha em sua gênese uma racionalidade diversa, gerando insegurança jurídica nos setores regulados;

16. A assertiva é corroborada pelos achados de uma pesquisa realizada sob os auspícios do Conselho Nacional de Justiça acerca das ações envolvendo atos das agências reguladoras e do CADE, como o elevado tempo médio de tramitação e o considerável grau de mutabilidade das decisões, servindo como estímulo para condutas oportunistas;

17. Na construção de instrumentos de controle (ou no aperfeiçoamento daqueles existentes) compatíveis com uma realidade que extrapola as fronteiras dos Estados, podem ser consultadas as soluções construídas pela experiência jurídica estrangeira;

18. Considerando que as agências reguladoras brasileiras foram inspiradas precipuamente no modelo norte-americano, torna-se aconselhável o exame de suas linhas gerais, de suas vicissitudes e das soluções alvitadas, tendo sempre presente a impossibilidade da mera transposição de institutos entre sistemas jurídicos diversos;

19. O direito administrativo norte-americano é orientado predominantemente pelo estudo das agências, que constituem centros integrados de competências públicas, que atuam nas mais variadas áreas, estruturando-se na forma de agências executivas (*Independent Executive Agencies*) e de Comissões Regulatórias Independentes (*Independent Regulatory Comissions*);

20. Estas, as *Independent Regulatory Comissions*, correspondem às nossas agências reguladoras, e são organizadas sob a forma de colegiados, tendo seus membros igualmente indicados pelo Presidente da República, com subsequente aprovação do Senado;

21. Diante das características do sistema constitucional norte-americano, a Suprema Corte reconheceu que a legitimidade da atuação das agências decorre da delegação de poderes do Congresso, que, por meio da lei, fornece um “princípio inteligível” para a atuação regulatória;

22. As agências regulatórias norte-americanas praticam uma ampla gama de atividades, que podem ser alocadas em três grandes grupos: *adjudication* (decisões sobre casos particulares), *rulemaking* (edição de normas gerais e abstratas, de aplicação futura); e *licensing* (autorização da prática de determinadas atividades);

23. O *Administrative Procedure Act* (APA) serve como parâmetro geral de sua atuação, havendo a suplementação de disciplinas setoriais, o que garante critérios uniformes para a revisão judicial das escolhas regulatórias;

24. No que respeita à intensidade do controle judicial, foram desenvolvidas várias teorias que definiram testes (*standards*) a que se submetem os atos praticados pelas agências, de modo a estremar os casos de uma análise *de novo* daqueles em que o Poder Judiciário deve aceitar a solução construída na seara administrativa;

25. Sob esse prisma, portanto, a deferência corresponde a uma metodologia de trabalho judicial, que direciona a solução de controvérsias por meio da observância de aportes regularmente produzidos pelas agências reguladoras na seara administrativa, com vistas a garantir a eficiência e previsibilidade da atuação estatal.

26. Sob essa perspectiva, e ainda que possam estar relacionadas, a deferência não se confunde com a discricionariedade, pois enquanto esta delimita uma área *a priori* interdita ao ingresso do Poder Judiciário, aquela pressupõe uma autocontenção decorrente da realização de escolhas públicas por outros atores mediante o preenchimento de determinados requisitos, com o fito de potencializar a realização de valores consagrados pela sociedade;

27. Considerando os limites do trabalho, direcionado ao controle judicial das interpretações legais realizadas pelas agências por meio da edição de atos normativos, as teorias mais relevantes são a *Skidmore* e a *Chevron*.

28. A Teoria *Skidmore* consagra uma modalidade fraca de deferência, que decorre apenas da *expertise* da agência, mas também da capacidade persuasiva de sua

argumentação, evidenciada pela minudência no tratamento dos fatos, pela profundidade da fundamentação e pela coerência com outros pronunciamentos (anteriores e posteriores) sobre o tema.

29. No julgamento do caso *Chevron*, precedente mais citado na literatura jurídica norte-americana, a Suprema Corte construiu uma teoria deferencial forte, que veio a ser paulatinamente estruturada em três passos: de início, deve ser verificada a existência de uma delegação legislativa no caso concreto, que, se presente, dá ensejo à análise do intento legislativo naquela hipótese. Se houver ambiguidade ou lacuna de lei, isto é, se o desiderato do Poder Legislativo não puder ser divisado, passa-se ao exame da interpretação dada pela agência, que, sendo razoável, impõe uma postura deferencial ao Poder Judiciário;

30. A Teoria *Chevron* não está isenta de críticas, e parte da doutrina norte-americana aponta a existência de um “lado sombrio” da deferência, que pode levar ao arbítrio dos reguladores e à acomodação do Poder Legislativo, que acaba por se esquivar de fazer escolhas substanciais difíceis, que tragam ônus eleitorais a seus integrantes;

31. A viragem paradigmática imposta pela Constituição da República de 1988, ao reconhecer a soberania popular como fundamento da República e ao consagrar na seara econômica um modelo de Estado Regulador, impõe que pensemos novas modalidades de relacionamento entre os atores estatais.

32. Até recentemente, a disciplina dada às agências reguladoras se ressentia de falta de uniformidade e de coordenação, em razão da ausência de uma lei-quadro que servisse como parâmetro geral para sua atuação;

33. Com a edição das Leis 13.655/2018 (que alterou a LINDB) e das Leis 13.848/2019 e 13.874/2019 acabou por ser construído um *microsistema regulatório*, que, integrado pela legislação setorial, consagra a deferência como padrão de controle judicial dos atos regulatórios;

34. O referido microsistema tem como valor fundante a segurança jurídica, no aspecto de garantia de previsibilidade da atuação estatal, a proscrever guinadas repentinas e não sinalizadas na condução dos assuntos públicos;

35. Para tanto, a lógica subjacente é marcadamente consequencialista, na qual os resultados produzidos pelas ações a serem praticadas num dado setor (por reguladores, regulados e consumidores) têm como métrica de avaliação os resultados (fáticos e

jurídicos) que potencialmente podem gerar, sem prejuízo da necessidade de sua conformação ao arcabouço jurídico;

36. Ainda que o consequencialismo não fosse um estranho no ninho da justificação judicial (como se depreende da produção jurisprudencial das Cortes Superiores e do artigo 25 do Código de Ética da Magistratura Nacional), foi institucionalizado pelo microssistema regulatório por meio da imposição de ônus argumentativos reforçados aos decisores que operem com valores jurídicos abstratos;

37. A par disso, a revisão de escolhas regulatórias deve ser orientada pelas *capacidades institucionais* dos decisores, expressão que quer significar o conjunto de limitações materiais, humanas e temporais que, num caso específico, afeta determinada instância na realização de suas atividades;

38. As características estruturais e operacionais da *jurisdição* e da *regulação* são relevantes, mas não permitem alocar de modo apriorístico determinadas questões na esfera decisória de uma instituição, de modo que a análise de capacidades institucionais deve levar em conta as peculiaridades do caso concreto e a existência de diferentes canais para equalização de certos direitos;

39. O que se deve ter presente, contudo, é que as decisões potencialmente capazes de impactar os sistemas regulados estão sujeitas ao preenchimento de requisitos específicos, instituídos com o fito de preservar a segurança jurídica: colegialidade, publicidade; adequação entre meios e fins; exposto enfrentamento de todos os apontamentos realizados por regulados e consumidores; eventual fixação de regimes de transição; observância de precedentes administrativos.

40. Com o advento do microssistema regulatório, o processo decisório das agências pode ser decomposto em três fases: a) preparatória; b) instrutória; c) conclusiva;

41. A fase preparatória tem por objetivo fornecer um direcionamento *ex ante* à atividade regulatória, por meio de marcações que a vinculem ao planejamento do Estado (plano estratégico, plano de gestão anual e agenda regulatória), bem como pela definição de critérios que possibilitem a aferição *ex post* dos objetivos efetivamente atingidos (relatório anual de atividades);

42. A fase instrutória tem o fito de viabilizar a coleta de dados (técnicos e de fato) que sirvam de lastro à decisão regulatória;

43. Têm lugar, então, avaliações tendentes a delimitar os problemas a serem enfrentados, a definir as opções disponíveis, a estimar os efeitos das normas a serem

eventualmente editadas e, posteriormente, os resultados concretos das escolhas realizadas;

44. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) se afigura como etapa essencial do processo decisório das agências, permitindo a participação social e promovendo o aperfeiçoamento da qualidade regulatória por meio da execução processualizada de diagnósticos, prospecção de dados e prognósticos;

45. A fase conclusiva representa o fecho da atuação decisória da agência, na qual se haverá de escolher, dentre as alternativas disponíveis (inclusive a de não regular), a que seja capaz de resolver o problema regulatório existente de maneira mais eficaz;

46. Apesar de não existir um abstrato dever de deferência no ordenamento jurídico brasileiro, o microssistema regulatório instituiu um mecanismo de revisão das escolhas das agências regulatórias na implementação das políticas públicas setoriais que reduz a intensidade do controle;

47. O que há, portanto, é um padrão deferencial construído por meio de um conjunto de cânones substanciais e procedimentais, que não se contenta com a mera razoabilidade das escolhas finais (ainda que este seja um dado essencial), mas não implica a análise exauriente das argumentações apresentadas pelas agências;

48. Os *cânones substanciais* são aqueles direcionados à promoção de determinados valores eleitos pela sociedade como relevantes e dignos de proteção, identificando-se com a **aderência das normas ao planejamento** e com o **incremento da segurança jurídica**;

49. Havendo, pois, a previsão de uma determinada iniciativa na agenda regulatória do período, a opção da agência que se mostre coerente para implementação da política pública setorial deve receber uma interpretação deferente do Poder Judiciário;

50. Por outro lado, se a norma não constar da agenda regulatória ou motivadamente não se alinhar aos ditames da política pública setorial, entra em cena o segundo cânone substancial: o confronto entre as capacidades institucionais da agência e do Poder Judiciário para incursionar em dado setor regulado, na perspectiva de que, assim como a edição de uma norma, sua invalidação ou o sobrestamento de seus efeitos são atos que se amoldam à noção de função regulatória;

51. O que se tem de considerar, portanto, é a instância que tem aptidão de estimar com mais acurácia os impactos e custos de cada uma das opções disponíveis: se o juiz não puder estimar com razoável precisão as possíveis “consequências jurídicas e

administrativas” de eventual decisão de invalidação ou de sobrestamento do ato regulatório (art. 21, *caput*, da LINDB; 3º, § 2º, do Decreto nº 9.830/2019), é recomendável que seja deferente à escolha da agência;

52. Examinados esses requisitos, segue-se a apreciação dos *cânones procedimentais*: **Análise de Impacto Regulatório (AIR); participação social; integridade decisória;**

53. Cabe ao decisor nesta etapa aferir a existência de relatório final da AIR que atenda os ditames do Decreto 10.211/2020, assim como a oportunização de participação social efetiva (que pressupõe a disponibilização de informação relevante, exposta de maneira inteligível aos não versados em aspectos técnicos e a fixação de prazo suficiente para manifestação sobre os assuntos em causa), sem prejuízo ao atendimento dos ônus argumentativos acima mencionados;

54. O microssistema regulatório, portanto, apresenta uma metodologia de trabalho específica que não representa maltrato à garantia insculpida no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, já que, como um potenciômetro, limita a intensidade do controle judicial das escolhas interpretativas levadas a efeito pelas agências reguladoras, mas não cria matérias defesas à jurisdição, que sempre estará disponível para a proteção dos direitos fundamentais.

55. A racionalidade deferencial consagrada pelo microssistema regulatório decorre da constatação de que não cabe ao Poder Judiciário realizar escolhas que, ao fim e ao cabo, envolvem preferências políticas, para as quais não há necessariamente uma resposta correta. Isso certamente não garante que as melhores decisões serão tomadas, mas é o que assegura a partilha de responsabilidades pelo proveitoso convívio coletivo num Estado Democrático de Direito.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. Uma visão pós-positivista sobre o direito e as consequências das decisões judiciais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, n. 25, p. 65-83, jan./jun. 2019.

ABRUCIO, Fernando Luiz; PÓ, Marcos Vinicius. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 40, p. 679-698, jul./ago. 2006.

ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers, **Harvard Law Review**, 113, p. 634-725, jan. 2000.

_____. Good-Bye Montesquieu. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L.; EMERSON, Blake (Editors). **Comparative Administrative Law**. Massachusetts: Edward Elgar, 2019, p. 39-41.

ADLER, Mathew. Beyond Efficiency and Procedure: a Welfarist Theory of Regulation. **Florida State University Law Review**, 28, p. 241-338, 2000.

AGUILLAR, Fernando Herren. Direito econômico e globalização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 269-278.

_____. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 3. ed, atual. São Paulo: Atlas, 2012.

ALESSI, Renato. **Principi di Diritto Amministrativo**. 4. ed. rielaborata e aggiornata. Milano: Giuffrè Editore, 1978. v.1.

ALEXANDERT, Larry; PRAKASH, Saikrishna. Reports of the Nondelegation Doctrine's Death Are Greatly Exaggerated. **The University of Chicago Law Review**, 70, p. 1297-1329, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. reimp. Madrid: centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001.

ANTHONY, Robert A. Interpretive Rules, Policy Statements, Guidances, Manuals, and the Like – Should Federal Agencies Use Them to Bind the Public? **Duke Law Journal**, 41, p. 1311-1380, jun. 1992.

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. O esquecimento do interesse público no direito administrativo. In: _____. **O direito administrativo e sua justiça no início do Século XXI: algumas questões**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 11-67.

Após denúncia, diretor de gestão da ANS renuncia ao cargo. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 20 de março de 2013, Cotidiano. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/10/1351136-apos-denuncia-diretor-da-ans-renuncia-ao-cargo.shtml?origin=uol>>. Acesso 13 set. 2020.

ARAGÃO, Alexandre Santos. O conceito jurídico de regulação da economia. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, 122, p. 38-47, abr./jun. 2001.

_____. Agências reguladoras e agências executivas. **Revista de Direito administrativo**, n. 228, p. 105-122, abr./jun. 2002.

_____. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, n. 8, p. 69-112, 2002.

_____. **Agências reguladoras: a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Serviços públicos: regulação para concorrência. In: GUERRA, Sérgio. **Temas de direito regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 49-133.

_____. O marco regulatório dos serviços públicos. **Interesse Público**, Porto Alegre, 27, p. 72-90, set./out. 2004.

_____. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 51-64, abr. 2004.

_____. A legitimação democrática das agências reguladoras. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 1-20.

_____. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 295-310.

_____. Análise de Impacto Regulatório – AIR. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70676>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de direito regulatório**. 3. ed. rev. ampl. London: Laccademia Publishing, 205.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. O controle das agências reguladoras pelo Poder Legislativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 217, p. 203-221, jan./mar. 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, 2, p. 221-229, jul./dez. 2015.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Coord). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 171-211.

_____; _____. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, p. 6-50, 2011.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**. 2. reimp. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

ÁVILA, Humberto **Teoria dos princípios**. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 5. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1957.

BAGATIN, Andréia C. **O problema da captura das agências reguladoras independentes**. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/D.2.2010.tde-15032013-091059. Acesso em: 6 jan. 2021.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. **Reflexões sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 45-58.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A evolução do Estado regulador no Brasil: desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, n. 175, p. 59-65, set. 2015.

BARKOW, Rachel E. Insulating Agencies: Avoiding Capture Through Institutional Design. **Texas Law Review**, 89, p. 16-79, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**, n. 229, p. 285-311, jul./set. 2002.

_____. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). **Agência reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 109-131.

_____. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, v. 5, n 1, p. 23-32, 2012.

_____; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da Advocacia Geral da União**, Brasília, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BARACHO, José Alfredo. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 19, p. 7-36, abr./jun. 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 1 vol. (arts. 1º a 4º). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
BERCOVICI, Gilberto. Desenvolvimento, Estado e a administração pública. In: CARDOZO, José Eduardo Martins *et ali* (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 667-680.

BEERMANN, Jack M. **Administrative Law**. 4. ed. New York: Wolters Kluwer, 2016.

BIM, Eduardo Fortunato. Divergências científicas e metodológicas no direito público e no direito ambiental. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 49, n. 193, p. 125-139, jan./mar. 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. In: _____. (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 89-110.

BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. In: **Da estrutura à função: novos estudos de teoria de direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 1-21.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Ministério do Planejamento e Coordenação Econômica. **Programa de Ação Econômica do Governo: 1964-1966**.

_____. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Câmara da Reforma do Estado, 1995. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2020.

_____. Lei 9.986, de 18 de julho de 2000. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, v. 138, 19 jul. 2000.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 572.070/PR. Recorrente: Brasil Telecom S/A. Recorrido: Procon. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 16 mar. 2004.

_____. Lei 10.871, de 20 de maio de 2004. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, v. 97, 21 mai. 2004. Seção 1, p. 1-5.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 19.741/MT. Recorrente: Geronaldo Martello Foss. Recorrido Estado de Mato Grosso. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, DF, 11 mar. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.001.673/DF. Recorrente: União Federal. Recorrido: Lúcio Alberto de Lima Albuquerque. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 6 mai. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757.971/RS. Recorrentes: Brasil Telecom S/A e Anatel. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 25 nov. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.171.688/DF. Recorrente: Tim Celular S/A. Recorrida: Global Village Telecom (GVT). Interessada: Anatel. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 1º jun. 2010.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento nº 0047556-13.2012.4.01.0000. Recorrentes: Antonio Chaves Garcia e outro. Recorrida: União Federal. Relator: Des. Fed. João Batista Moreira. Brasília, DF, 11 dez. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 0026448-59.2002.4.01.3400. Recorrentes: AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/A e outros. Recorridos: Companhia Hidroelétrica do São Francisco (CHESF) e outros. Relatora: Des.ª Fed. Selene Maria de Almeida. Brasília, DF, 26 mar. 2014.

_____. Lei 13.655, de 25 de abril de 2018. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, v. 80, 26 abr. 2018. Seção 1, p. 1.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível nº 0000143-97.2012.4.02.5101. Recorrente: Raizen Combustíveis S/A. Recorrida: ANP. Relator: Des. Fed. Marcelo Pereira da Silva. Rio de Janeiro, RJ, 11 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.635.889/DF. Recorrente: Hélios Coletivos e Cargas Ltda. Recorrido: ANTT. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 6 dez. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.612.931/DF. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 29 jun. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 0040950-15.2012.4.01.3800/MG. Recorrente: ANP. Recorrido: Auto Posto GB Ltda. ME. Relator: Des. Fed. Souza Prudente. Brasília, DF, 21 mar.2018.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível e Remessa Necessária nº 5036139-09.2013.4.04.7000/PR. Recorrente: Copel Geração e Transmissão S/A. Recorrido: Aneel. Relatora. Des.ª Fed. Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, RS, 30 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.083.955/DF. Recorrentes: Cascol Combustíveis Para Veículos Ltda. E outros. Recorrido: CADE. Reator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 28 mai. 2019.

_____. Lei 13.848, de 25 de junho de 2019. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, v. 121, 26 jul. 2019. Seção 1, p. 1-6.

_____. Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, v. 183-B, 20 set. 2019. Seção 1, p. 1-4.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 0040456-55.2013.4.01.3400/DF. Recorrente: Anvisa. Recorrida: Glaxosmithkline Brasil Ltda. Relatora: Des.ª Fed. Daniele Maranhão. Brasília, DF, 20 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.395.319/DF. Recorrente: União Federal. Recorrido: Ayrton Costa e Silva Neto. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 17 dez. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível/Reexame Necessário nº 0029588-78.2003.4.02.5101. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Light – Serviços de Eletricidade S/A e outro. Relator: Juiz Convocado Marcelo Guerreiro. Rio de Janeiro, RJ, 11 dez. 2019.

_____. Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view>. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view>. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. Ministério da Economia. Consulta Pública SEAE 01/2020 - Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial (FIARC). Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/consultas-publicas/2020/consulta-publica-seae-01-2020-frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

BREYER, Stephen. Judicial Review of Questions of law Land Policy. **Administrative Law Review**, 38, p. 363-398, 1986.

BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre controle social do poder e participação popular. **Revista Trimestral de Direito Público**, 61, p. 187-193, abr./jun. 2015.

BRUNA, Sergio Varella. Procedimentos normativos da administração e desenvolvimento econômico. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 231-262.

BURGE, Mark. Regulatory Reform and the Chevron Doctrine: Can Congress Force Better Decisionmaking by Courts and Agencies. **Texas law review**, 75, 1085-1131, 1997.

CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 363-385.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Poder Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1 ed., 4 tir. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 30-51.

CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 30-50, jun. 1990.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASSESE, Sabino. **A crise do estado**. Trad. Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes Editora, 2010.

CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, mai. 1976.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law: Principles and Policies**. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2006.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Argumento consequencialista no direito. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, 3, p. 4-27, 2015. Disponível em: <<http://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/issue/view/177>>. Acesso: 22 jun. 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A atividade legislativa do poder executivo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CODATO, Adriano Nervo. **Sistema estatal e política econômica no Brasil pós-64**. Curitiba: Hucitec/Editora UFPR, 1997.

COGLIANESE, Cary. Moving Forward with Regulatory Lookback. **Yale Journal on Regulation**, 30, p. 57-66, 2013.

_____. Chevron's Interstitial Steps. **The George Washington Law Review**, 85, p. 1339-1331, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. A organização constitucional da função planejadora. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). **Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional**: estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza. Fabris Editor: Porto Alegre, 1995, p. 77-93.

_____. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa, Brasília/DF**, 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

_____. SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de administração e separação de poderes. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 575-612.

COSTA, Frederico Lustosa da. A ouvidoria como instrumento para a efetividade da ação pública e a promoção da cidadania. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 1, p. 164-165, mar. 1998.

CRETILLA JÚNIOR, José. Atos formais e materiais dos três poderes. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 343-351.

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

_____. Apontamentos acerca do poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 99-131.

_____. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 32.
CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 274, p. 175-208, mai. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Controle político das empresas públicas. **Revista de Administração de Empresas**, v. 19, n. 3, p. 87-98, jul. 1979.

_____. Estado de direito e cidadania. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 194-200.

_____; FERRAZ, Sérgio. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Controle político das agências reguladoras. **Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 18, mar./abr. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51029>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. Reflexos do novo Código de Processo Civil sobre a atividade decisória da Administração Pública. **Revista da Escola da Magistratura do Paraná**, Curitiba, 5, p. 9-28, 2015.

_____. O Programa de Parceria de Investimentos (PPI) e o papel do Estado na economia. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, 57, p. 191-204, jan./mar. 2017.

_____. A coisa julgada sobre questão como concreção do princípio da boa-fé. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 10, p. 139-150, jul./dez. 2019

DALY, Paul. **A Theory of Deference in Administrative Law: Basis, Application and Scope**. New York: Cambridge University Press, 2012.

DARDANI, Marina Centurion. A participação do administrado como limite à discricionariedade das agências reguladoras. **Revista Trimestral de Direito Público**, 60, p. 226-262, jan./mar. 2015.

DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos: as ações do estado na produção econômica**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019.

DINIZ, Eli; BOSCHI, Renato Raul. Burocracia, clientelismo e oligopólio: o Conselho Interministerial de Preços. In: LIMA JUNIOR, Olavo Brasil de; ABRANCHES, Sérgio Henrique (Coord.). **As origens da crise: Estado autoritário e planejamento no Brasil**. Rio de Janeiro: Vértice/Revista dos Tribunais, 1987, p. 57-101.

_____. Empresariado, regime autoritário e modernização capitalista: 1964-85. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; DÁRAUJO, Maria Celina (org.). **21 anos de regime militar: balanços e perspectivas**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1994, p. 198-231.

_____. **Crise, reforma do Estado e governabilidade: Brasil, 1985-95**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

DOOLING, Bridget C. E. Legal Issues in E-Rulemaking. **Administrative Law Review**, 63, p. 893-932, 2011.

DURAN, Camila Villard. Crise econômica e o papel do direito na política monetária: um estudo da accountability do Banco Central do Brasil (Bacen), do Banco Central Europeu (BCE) e do Federal Reserve (Fed). **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, 39, jul./set. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=81151>>. Acesso em: 7 fev. 2020.

DUTRA, Pedro. O poder regulamentar dos órgãos reguladores. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 221, p. 239-256, jul. 2000.

_____. Órgãos reguladores: social-democracia ou neogetulismo? In: **Livre concorrência e regulação de mercados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 23-34.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EINBERG, Melvin Aron. The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law. **Fordham Law Review**, 62, p. 437-468, 1993.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review**. Massachusetts: Harvard University Press, 1980.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional. Uma mudança de paradigma**. Trad. Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____; FERNANDEZ, Tomaz-Ramon. **Curso de derecho administrativo**. 4. ed. Madrid: Civitas, 1986.

ESKRIDGE JR., William; BAER, Lauren E. The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Hamdan. **The Georgetown Law Journal**, 96, p. 1083-1226, 2008.

FACHIN, Luiz Edson; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. Estado democrático de direito e controle judicial de uma administração pública complexa: breves reflexões. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 748-759.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984.

FARACO, Alexandre D.; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; COUTINHO, Diogo R. A judicialização de políticas regulatórias de telecomunicações no Brasil. In: PRADO, Mariana Mota (Org.). **O judiciário e o estado regulador brasileiro**. São Paulo: FGV Direito, 2016, p. 161-181.

_____. Direito concorrencial e regulação. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 44, p. 9-41, out./dez. 2013.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. O judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: ____ (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1. ed., 4 tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 11-29.

_____. Desregulação e deslegalização: os impasses jurídicos do Estado-Nação. In: _____. **Direito e conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 51-61.

FEIJÓ, Ricardo de Paula. O revisaço regulatório: uma análise da violação da reserva de regulação e da captura da agenda regulatória. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, 70, p. 221-237, abr./jun. 2020.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflitos entre poderes**: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. Comentários ao artigo 49, incs. V e X. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Coord. Científica). **Comentários à constituição do Brasil**. 3. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 1.027-1.031 e 1034-1042.

FERRAZ JUNIOR, T. S. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, n. 21, p. 12-21, 1994. DOI: 10.11606/issn.2316-9036.v0i21p12-21. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931>. Acesso em: 6 jan. 2021.

FERRAZ, Sérgio. Controle judicial do mérito do ato administrativo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Perspectivas do direito público**: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 291-306.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. **Cadernos Jurídicos/Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, 40, p. 67-81, abr./jun. 2015.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública**: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FREITAS, Juarez. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. **Estudos de Direito Administrativo**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 131-152.

_____. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Rafael Vêras de. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) no setor de energia elétrica. **Revista Brasileira de Direito Público**, 46, p. 177-200, jul./ set. 2014.

FROHNEN, Bruce P.; CAREY, George W. **Constitutional Morality and the Rise os Quasi-Law**. Massachusetts: Harvard University Press, 2016.

FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. **Administrative law**: examples & explanations. 5 ed. New York: Wolters Kluwer, 2016.

FUX, Luiz. Discurso de posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/discurso-posse-fux-stf.pdf>>. Acesso: 13 set. 2020.

GAETANI, Francisco; ALBUQUERQUE, Kélvia. Análise de impacto regulatório e melhoria regulatória. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). **Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório**. Brasília: Anvisa/Casa Civil, 2009.

GAROUPA, Nuno; MATHEWS, Jud. Strategic Delegation, Discretion, and Deference: Explaining the Comparative Law of Administrative Review. **The American Journal of Comparative Law**, 62, p. 1-33, 2014.

GARVEY, Todd. **A Brief Overview of Rulemaking and Judicial Review**. Disponível em: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R41546.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2020.

GIDDENS, Anthony. Introdução. In: _____. (Org.). **O debate global sobre a terceira via**. Trad. Roger Maioli dos Santos. São Paulo: Editora Unesp, 2007, p. 17-43.

GOMES, Eduardo Granha Magalhães. As agências reguladoras independentes e o Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições? **Revista de Administração Pública**, v. 40, n. 4, Rio de Janeiro, p. 615-630, jul./ago. 2006.

GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha C. Capacidades estatais e democracia: a abordagem dos arranjos institucionais para análise de políticas públicas. In: _____. (Org.). **Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas**. Brasília: Ipea, 2014, p. 15-30.

GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão; SANTOS, António Carlos dos. **Direito Económico**. 6. ed., rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2011.

GONÇALVES, Pedro Costa; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos económicos e a concessão no estado regulador. In: MOREIRA, Vital (Org.). **Estudos de regulação pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. v.1. p.173-317.

_____. Regulação administrativa e contrato. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 35, p. 105-141, jul./set. 2011.

_____. **Reflexões sobre o estado regulador e o estado contratante**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey/Fundación de Derecho Administrativo, 2003. Tomo 2.

GRAU, Eros Roberto. Capacidade normativa de conjuntura. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **Enciclopédia saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 13, p. 48-50.

_____. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Perspectivas do direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 307-335.

_____. Crítica da "separação dos poderes": as funções estatais, os regulamentos e a legalidade no direito brasileiro, as "leis-medida". In: _____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.167-190.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Agências, essas repartições. In: _____. (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 25-28.

_____. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Constituição e serviço público. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p.249-267.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teorias dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39-71.

_____. Agência reguladoras, **Interesse Público**, 22, p. 29-55, nov./dez. 2003.

GUERRA, Sérgio. Normatização por entidades reguladoras independentes: uma contribuição para o desafio da tecnicidade. In: _____. **Temas de direito regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 1-48.

_____. **Introdução ao direito das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

_____. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

_____. **Discricionariedade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Atualidades sobre o controle judicial dos atos regulatórios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, fev./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-21-FEVEREIRO-2010-SERGIO-GUERRA.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2016.

_____. Normas regulatórias: por uma nova ordem hierárquica na pirâmide normativa. In: _____. (Coord.). **Transformações do estado de direito**: novos rumos para o Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011, p. 13-41.

_____. Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano? In: _____. (Org.). **Teoria do estado regulador**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 13-106.

_____. Separação de poderes, executivo unitário e estado administrativo no Brasil. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 3, p. 123-152, ago. 2017.

_____.; URTI, Maurício. Análise de impacto regulatório: Caso “ANS” – Relatório de AIR/2017, ANS. In: _____.; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. **Dinâmica da Regulação**: estudo de casos da jurisprudência brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 63-84.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; _____. (org.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 268-283.

GUIMARÃES, Cesar; VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. Planejamento e centralização decisória: o Conselho Monetário Nacional e o Conselho de Desenvolvimento Econômico. In: LIMA JUNIOR, Olavo Brasil de; ABRANCHES, Sérgio Henrique (Coord.). **As origens da**

crise: Estado autoritário e planejamento no Brasil. Rio de Janeiro: Vértice/Revista dos Tribunais, 1987, p. 17-56.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HALBERSTAM, Daniel. The Promise of Comparative Administrative Law: a Constitutional Perspective on Independent Agencies. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L.; EMERSON, Blake (Editors). **Comparative Administrative Law**. Massachusetts: Edward Elgar, 2019, p. 139-158.

HAMBURGER, Philip. **Is Administrative Law Unlawful?** Chicago: University of Chicago Press, 2014.

HAZARD JR, Geoffrey et al. **Pleading and Procedure: State and Federal (Cases and Materials)**. 10. ed. New York: Foundation Press, 2009.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

HICKMAN, Kristin; KRUEGER, Matthew D. In Search of the Modern Skidmore Standard. **Columbia Law Review**, 107, p. 1235-1320, 2007.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JAFFE, Louis L. The Illusion of the Ideal Administration. **Harvard Law Review**, v. 86, n. 7, p. 1183-1199, mai. 1973.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. 2. ed. Trad. Fernando de los Ríos URRUTI. Mexico, DF: Continental, 1958.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade de controle**. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. Entre o prêt-à-porter e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. **Revista Brasileira de Direito Público**, 52, jan./mar. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br>>. Acesso em: 16 set. 2016.

_____; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. **Revista Estudos Institucionais**, v. 3, n. 1, p. 180-209, ago. 2017.

_____. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo** (edição especial), Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018.

_____; RIBEIRO, Leandro Molhano; SALINAS, Natasha Schimitt Caccia; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A produção legislativa do Congresso Nacional sobre agências reguladoras. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 75-107, abr./jun. 2019.

_____. A leitura e as 'leituras' do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/a-leitura-e-as-leituras-do-art-5o-xxxv-da-constituicao-federal-05112019>>. Acesso: 27 ago. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 301-332.

_____. **Curso de direito administrativo**. 7.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Art. 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018.

KOLBER, Michael. Rulemaking Without Rules: an Empirical Study of Direct Final Rulemaking. **Albany Law Review**, 72, p. 79-114, 2009.

KOMESAR, Neil K. **Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy**. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

LACOMBE, Francisco. **Dicionário de negócios**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LAFER, Celso. **O sistema político brasileiro**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1975.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: _____.; MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2016, p. 25-30.

_____. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito e economia: diálogos**. Rio de Janeiro, FGV Editora, 2019, p. 85-113.

LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário da administração – abuso dêsse poder – mandado de segurança – direito líquido e certo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 14, p. 52-82, out. 1948.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008.

LEVI, Edward Hirsch. Some Aspects of Separation of Powers. **Columbia Law Review**, 76, p. 371-391, apr. 1976.

LEVIN, Ronald M. Understanding Unreviewability in Administrative Law. **Minnesota Law Review**, 74, p. 689-781, 1990.

_____. The Anatomy of Chevron: Step Two Reconsidered. **Chicago-Kent Law Review**, 72, p. 1253-1297, 1997.

LIPTON, Bradley. Accountability, Deference and the Skidmore Doctrine. **Yale Law Journal**, 119, p. 2096-2142.

LITWAK, Jeffrey B. **A Guide to federal agency adjudication**. 2. ed. Chicago: American Bar Association, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. 2. ed., rev. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOWESTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Galego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1982.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. **Revista de Direito Público da Economia**, 8, p. 137-170, out./dez. 2004.

LUBBERS, Jeffrey S. **A Guide to Federal Agency Rulemaking**. 5. ed. Chicago: ABA Publishing, 2012.

MACCORMICK, Neil. On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin. **New York University Law Review**, 58(2), 239-258, 1983.

_____. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MCCRAW, Thomas K. **Prophets of Regulation**. Massachusetts: Harvard Press, 1984.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Trad. Maria Luiza X.A. de Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MALBERG, R. Carré de. **Teoria general del estado**. Trad. José Lión Depetre. México (D.F.): Fondo de Cultura Economica, 1948.

MAJONE, Giandomenico. **Regulating Europe**. London: Routledge, 1996.

_____. Do estado positivo ao estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. **Revista do Serviço Público**, Brasília, 1, p. 5-36, jan./mar. 1999.

_____. As transformações do estado regulador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 11-43, jan./abr. 2013.

MANNING, John F. Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of agency rules. **Columbia Law Review**, 96, p. 612-696, 1996.

_____. Nonlegislative Rules. **The George Washington Law Review**, 72, p. 893-945, 2004.

_____; STEPHENSON, Matthew C. **Legislation and Regulation: Cases and Materials**. 3. ed. Minnesota: Foundation Press, 2017.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio (Coord.). **Direito regulatório e concorrencial no poder judiciário**. São Paulo: Singular, 2014.

_____. Revisão Judicial de decisões das agências regulatórias: jurisdição exclusiva? In: PRADO, Mariana Mota (Org.). **O judiciário e o estado regulador brasileiro**. São Paulo: FGV Direito, 2016, p. 25-46.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 72-98.

_____. **Regulação estatal e interesse públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12712>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração. In: SALLES, Carlos Alberto (org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 191-198.

_____. Pensando o controle da atividade de regulação estatal. In: GUERRA, Sérgio. **Temas de direito regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 200-248.

_____. Princípios da proporcionalidade e da legalidade na regulação estatal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 368-397, abr. 2003.

_____. **Agências reguladoras independentes**: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____; FERNANDES, Luís Justiniano. As agências reguladoras no direito positivo brasileiro. In: CARDOZO, José Eduardo Martins *et ali* (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1082-1134.

_____; QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Planejamento. In: QUEIROZ, João Eduardo Lopes; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 681-740.

_____; et al. Reputação institucional e o controle das Agências Reguladoras pelo TCU. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, p. 37-70, set. 2019.

_____; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à lei nº 13.655/2018** (lei da segurança para a inovação pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Coord.). **Comentários à lei de liberdade econômica**: Lei 13.874/2019 [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MASHAW, Jerry L.; MERRIL, Richard A.; SHANE, Peter M. **Administrative Law: The American Public Law System (Cases and Materials)**. 3. ed. Minnesota, 1992.

_____. Judicial Review of Administrative Action: Reflections on Balancing Political Managerial and Legal Accountability. **Revista Direito GV**, 1 (especial), p. 153-170, nov. 2005.

_____. The Rise of Reason Giving in American Administrative Law. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L.; EMERSON, Blake (Editors). **Comparative administrative law**. Massachusetts: Edward Elgar, 2019, p. 268-283.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental de ação. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. 3. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 357-368.

MARTINS, Luciano. **Estado capitalista e burocracia no Brasil pós-64**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

MARTINS-COSTA, Judith. Art. 3º, V: presunção de boa-fé. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Coord). **Comentários à lei de liberdade econômica**: Lei 13.874/2019 [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MATHEWS, Jud. Deference Lotteries. **Texas Law Review**, 91, p. 1349-1396, 2013.

MATEO, R. Martín; WAGNER, F. Sosa. **Derecho administrativo económico**: el estado y la empresa. Madrid: Ediciones Pirámide, 1974.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 182-230.

_____. **O novo estado regulador no Brasil**: eficiência e legitimidade. São Paulo: Singular, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Controle administrativo das autarquias**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Direito administrativo moderno**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDEIROS, Rui. **A constituição portuguesa num contexto global**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Discricionariedade administrativa e controle judicial. In: **Grandes temas de direito administrativo**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 34-55.

_____. Desvio de poder. In: **Grandes temas de direito administrativo**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 113-142.

MELLO, Rafael Munhoz de. Desvio de poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 31-66, abr. 2002.

MENDES, Conrado Hubner. Reforma do estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros da discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 99-139.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. In: **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 493-518.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018.

- MERRIL, Thomas W.; HICCKMAN, Kristin E. Chevron's Domain. **The Georgetown Law Journal**, 89, p. 833-921, 2001.
- _____. Textualism and Future of the Chevron Doctrine. **Washington University Law Review**, 72, p. 351-377, 1994.
- _____. The Story of *Chevron*: the Making of an Accidental Landmark. **Administrative Law Review**, 66, p. 253-283, 2014.
- MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 189, p. 85-99, jul. 1992.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. Tomo V (arts. 150, § 2º - 156).
- MOLOT, Jonathan T. The Judicial Perspective in the Administrative State: Reconciling Modern Doctrine of Deference with the Judiciary's Structural Role. **Stanford Law Review**, 53, p. 1-110, 2000).
- MONAGHAN, Henry P. Marbury and the Administrative State. **Columbia Law Review**, 83, p. 1-34, 1983.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito económico**. 5. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- _____. *Rule of Law*, procedimento normativo e legalidade; uma perspectiva comparada. In: **Estudos de direito público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 119-161.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. In: _____. (Org.). **Agência reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 13-38.
- _____. Princípio da eficiência e controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, 2006, n. 243, 13-28, set./dez. 2006.
- MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.
- MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata. In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.53-98.
- _____. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.133-160.
- _____. Agências reguladoras independentes., déficit democrático e a “elaboração processual de normas”. In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.161-206.
- _____. Anotações sobre a História do Direito Econômico Brasileiro (Parte II: 1956-1964). **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, n. 11, ano 3 jul./set. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=31155>>. Acesso em: 5 jul. 2019.

_____. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O direito administrativo da economia e a atividade interventiva do estado brasileiro. In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, v. 2. p. 153-179.

_____. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 44, p. 87-118, out./dez. 2013.

_____; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF – mutação constitucional do princípio da legalidade? **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, 43, p. 35-57, jul./set. 2013.

_____. As várias dimensões do processo administrativo brasileiro (um direito-garantia fundamental do cidadão). **Revista de Processo**, 228 p. 37-49, fev. 2014.

_____. Qual o futuro do direito da regulação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 107-139.

_____; MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Uma lei para o Estado de Direito contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**: desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 9-12.

_____. **Processo administrativo**: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015. 5 ed., atual., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. **Existe espaço para o direito administrativo na ‘democracia de desconfiança’?** Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/egon-bockmann-moreira/existe-espaco-para-o-direito-administrativo-na-democracia-de-desconfianca/>>. Acesso em 20 dez. 2019.

_____. Regulação sucessiva: quem tem a última palavra? – Caso pílula do câncer: ADI 5.501, STF. In: _____. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GUERRA, Sérgio. **Dinâmica da Regulação**: estudo de casos da jurisprudência brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 155-173.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, 24, p. 55-69, 2003.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 4 ed. Lisboa: Caminho, 1987.

_____. **Auto-regulação profissional e a administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. **Administração autónoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____; MAÇÃS, Fernanda. **Autoridades reguladoras independentes**: estudo e projecto de lei-quadro. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2.ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Juridicidade, pluralidade normativa, democracia e controle social – reflexões sobre alguns rumos do direito público neste século. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do estado de direito**: estudo em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005. p.91-113.

_____. Discricionariedade administrativa das autoridades reguladoras e aplicação das normas punitivas. **Fórum Administrativo**, 115, p. 9-15, set. 2010.

_____. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **O direito administrativo no Século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MORRISON, Alan B. OMB interference with agency rulemaking: the wrong way to write a regulation. **Harvard Law Review**, v. 99, n. 5, p. 1059-1074, mar./1986.

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, mai. 2010.

NALINI, José Renato. **Ética da magistratura**: comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional – CNJ. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NICZ, Alvacir Alfredo. Iniciativa provada versus iniciativa estatal na Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 163, p. 261-279, jul./set. 2004.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

NOVAIS, Raquel Cristina Ribeiro. A razoabilidade e o exercício da discricionariedade. In: **Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 19-47.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional law**. 7. ed. Minnessota: West Group, 2004.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 6. d., rev. e atual. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OCDE. **Relatório sobre a Reforma Regulatória BRASIL** – Fortalecendo a governança para o crescimento, 2007. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/lula/ocde-2013-relatorio-sobre-a-reforma-regulatoria-brasil-fortalecendo-a-governanca-para-o-crescimento/view>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

_____. **Building a Framework for Conducting Regulatory Impact Analysis (RIA)**: Tools for Policy-Makers, 2007. Disponível em: <<http://www.oecd.org/mena/governance/38706266.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. **Recomendação do conselho sobre política regulatória e governança**, 2012. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>>. Acesso: 13 set. 2020.

OFFE, Claus. Critérios de racionalidade e problemas funcionais da ação político-administrativa. In: **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 216-232.

OLIVEIRA, Gesner. **Brasil real: desafios da pós-estabilização na virada do milênio**. 2 ed. São Paulo: Mandarim, 1996.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico: modelo de estado, gestión pública, regulación econômica**. 3 ed. Granada: Comares, 2016.

OTERO, Paulo. **Privatizações, reprivatizações e transferência de participações sociais no interior do sector público**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999

_____. Coordenadas jurídicas da privatização da administração pública. In: **Os caminhos da privatização da Administração Pública: IV colóquio luso-espanhol de direito administrativo**. Coimbra: Coimbra ed., 2001. p.31-57. (*Studia Iuridica* 60).

PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 40, p. 523-565, jul./ago. 2006.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0026879-62.2019.8.16.0000. Recorrente: Marcos Adriano Fruet. Recorridas: Companhia de Saneamento do Paraná (Sanepar) e Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Infraestrutura do Paraná (Agepar). Relator: Des. Nilson Mizuta. Curitiba, PR, 03 set. 2019.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan. 2013.

PECI, Alketa. **Sistema de seleção de diretores do pessoal de gerência superior das agências reguladoras**: relatório final. Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/documentos/biblioteca-nacional/2008/estudo-sobre-o-desenvolvimento-e-implementacao-de-um-sistema-de-selecao-de-diretores-e-do-pessoal-de-gerencia-superior-das-agencias-reguladoras>>. Acesso: 14 ago. 2020.

PEDROLLO, Gustavo Fontana. O caso Chevron: controle judicial do poder regulamentar das agências no direito estadunidense. **Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamental**, 13, v. 2, p. 261-283, nov./dez. 2011.

PELTZMAN, S. A teoria da regulação depois de uma década de desregulação. In. MATOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. Tradução de Tiago Cortez. São Paulo: Ed. 34., 2004. p. 81-127.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e apreciação técnica da administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 217-268, jan. 2003.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Estado e subdesenvolvimento industrializado: esboço de uma economia política periférica**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1977.

_____. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. Cadernos MARE, v. 1. Brasília: 1997, p. 13-14. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/MARE/CadernosMare/CADERNO01.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. **A construção política do Brasil:** sociedade, economia e estado desde a independência. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2015.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O diálogo institucional das agências reguladoras com os Poderes Executivo, legislativo e Judiciário: uma proposta de sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da regulação e políticas públicas.** São Paulo: Malheiros, 2014. pp. 140-185.

PEREZ, Jesus Gonzalez. **El principio general de la buena fe em el derecho administrativo.** 2. ed. Madrid: Civitas, 1989.

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 *et ali* (coord.). **Direito administrativo econômico.** São Paulo: Atlas, 2011. p. 1068-1081.

PIÇARRA, Nuno. **A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional:** um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 1991.

_____. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Direito administrativo.** 13.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Regulatory Reform in Brazilian Infrastructure:** Where Do We Stand? Rio de Janeiro: Ipea, 2002, texto para discussão 964.

PINTO, Bilac. Separação dos poderes – delegação legislativa – exercício de funções jurisdicionais por órgãos da administração – unidade da jurisdição – poder regulamentar – validade das decisões proferidas pela comissão executiva do instituto do açúcar e do álcool – estatuto da lavoura canavieira – funcionários “de fato” – coisa julgada (parecer). In: **Estudos de direito público.** Rio de Janeiro, Forense, 1953, p. 235-295.

_____. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública.** 2. ed., atual. Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIERCE JR., Richard J. Chevron and Its Aftermath: Judicial Review of Agency Interpretations of Statutory Provisions. **Vanderbilt Law Review**, 41, p. 301-314, 1988.

PÓ, Marcos Vinicius; ABRUCIO, Fernando Luiz. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e *accountability* das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. **Revista de Administração Pública**, v. 40, n. 4, Rio de Janeiro, p. 679-698, jul./ago. 2006.

PORRAS, Eloísa Carbonell. Las agencias administrativas y su posición em el sistema constitucional. In: _____.; MUGA, José Luis. **Agencias e procedimiento administrativo en Estados Unidos da América.** Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 21-52.

POSNER, Richard A. **The problems of jurisprudence.** Massachusetts: Harvard University Press, 1990.

_____. Reply: the institutional dimension of statutory and constitutional interpretation. **Michigan Law Review**, 101, p. 952-971, 2003.

_____. Regulation (Agencies) *Versus* Litigation (Courts): an Analytical Framework. In: KESSLER, Daniel P. **Regulation vs. Litigation: Perspectives from Economics and Law**. Chicago: University of Chicago Press, p. 11-26, 2010.

_____. Teorias da regulação econômica. In: MATOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. Tradução de Mariana Mota Prado. São Paulo: Ed. 34., 2004. p. 49-80.

PRADO, Mariana Mota. O contrato e o plano de gestão no projeto de Lei 3.337/04: controle desejável e justificado ou influência política indevida? **Revista de Direito Público da Economia**, 22, abr./ jun. 2008. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/140/20801/32509>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. A valorização do processo administrativo. O poder regulamentar e a invalidação dos atos administrativos. In. MUÑOZ, Guillermo Andrés; SUNDFELD, Carlos Ari. **As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 75-93.

RAVEN-HANSEN, Peter. Making Agencies Follow Orders: Judicial Review of Agency Violations of Executive Order 12,291. **Duke Law Journal**, p. 285-353, 1983.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. **Revista de Direito Administrativo**, 272, p. 209-249, maio/ ago. 2016.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. In: _____.; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 63-69.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. Rogério E. Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

REZENDE, Fernando. O crescimento (descontrolado) da intervenção governamental na economia brasileira. In: LIMA JUNIOR, Olavo Brasil de; ABRANCHES, Sérgio Henrique (Coord.). **As origens da crise: Estado autoritário e planejamento no Brasil**. Rio de Janeiro: Vértice/Revista dos Tribunais, 1987, p. 214-252.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte, Del Rey, 1994.

ROMAN, Flavio José. **Discrecionalidade técnica na regulação econômica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SABINO, Marília; VARGAS, Mateus. Rodízio em agências abre vagas para bolsonaristas. **O Estado de S. Paulo**. 29 de janeiro de 2020, Política. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral.rodizio-em-agencias-abre-vagas-para-bolsonaristas,70003176631>>. Acesso: 13 set. 2020.

SADDY, André. Elementos e características essenciais da concepção de regulação estatal. **Revista Brasileira de Infraestrutura**, 17, p. 17-52, jan./ jun. 2020.

SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur; PALMA, Juliana Bonacorsi de; DUTRA, Pedro. **Processo de nomeação de dirigentes das agências reguladoras: uma Análise Descritiva**. 2016. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/GRP_arquivos/sumario_executivo_grp_-_pep_01.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2019.

SALDANHA, Nelson. **O estado moderno e a separação de poderes**. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Globalização e teoria jurídica do conhecimento econômico. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 269-268.

_____. Regulação e desenvolvimento. In: _____. (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 29-63.

_____. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1030761-08.2018.8.26.0053. Recorrente: Associação Brasileira das Empresas de Cartões de Crédito e Serviços. Recorrida: Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (Artesp). Relator: Des. Sidney Romano dos Reis. São Paulo, SP, 07 out. 2019.

SCALIA, Antonin. Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law. **Duke Law Journal**, 3, 511-521, jun/1989.

_____. Judges as Mullahs. In: SCALIA, Christopher J.; WHELAN, Edward. **Scalia Speaks**. New York: Crown Forum, 2017, p. 260-270.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes. **Revista Direito GV**, 12, p. 311-344, mai./ago. 2016.

SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: a New Introduction to Legal Reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

_____. **Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule-Based Decisions-Making on Law in Life**. New York: Oxford University Press, 2012.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de direito e da democracia. In: _____.; MEDAUAR, Odete. **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 9-51.

SCHOENBAUM, Tomas J. **The Law and the Legal System of the United States**. Minnesota: West Academic Publishing, 2016.

SCHOENBROD, David. Delegation and Democracy: A Reply to My Critics. **Cardozo Law Review**, 20, 731-766, 1999.

_____. From Chevron to 'Consent of Governed'. **Regulation**, Washington, 41, p. 34-39, winter/2018-2019.

_____. Consent of the Governed: an Underenforced Constitutional Norm. **Center for the Study of Administrative State**. Working Paper, 19 abr. 2019.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai. 2008.

SCOTT, Colin. Responsabilização no estado regulador. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa et al (Org.). **Regulação econômica e democracia: o debate europeu**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 85-111.

SEIDMAN, Harold; GILMOUR, Robert. **Politics, Position and Power: From the Positive to Regulatory State**. New York: Oxford University Press, 1986.

SIEGEL, Jonathan R. The Constitutional Case for Chevron Deference. **Vanderbilt Law Review**, 71, p. 937-992, 2018.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público "à brasileira"? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 230, p. 45-74, out./dez. 2002.

_____. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, p. 273, jul. 2004.

_____. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. In: **Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 19-41.

_____. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. In: **Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 168-184.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista de Informação Legislativa**, 97, p. 163-180, jan./mar. 1988.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, abr./2002.

SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Castelo a Tancredo (1964 – 1985)**. Trad. Mário Salviano Silva. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

SOPER, Philip. **The ethics of deference: learning from law's moral**. Cambridge: Cambridge Press, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da economia**. 3. ed., rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

_____. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

_____. As agências reguladoras e os princípios constitucionais. In: **O direito administrativo em debate: 2ª série**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 39-57.

SOUSA, António Francisco de. **“Conceitos indeterminados” no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

STARR, Kenneth W. Judicial Review in the Post-Chevron Era. **Yale Journal on Regulation**, 2, p. 283-312, 1986.

STEPHENSON, Matthew C.; VERMEULE, Adrian. Chevron Has Only One Step. **Virginia Law Review**, 95, p. 597-609, 2009.

STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: MATOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. Tradução de Emerson Fabiani. São Paulo: Ed. 34., 2004. p. 23-48.

STIGLITZ, Joseph. Uma agenda para o desenvolvimento no Século XXI. In GIDDENS, Anthony. (Org.). **O debate global sobre a terceira via**. São Paulo: Editora Unesp, 2007, p. 473-495.

STRAUSS, Peter L. The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch. **Columbia Law Review**, 84, 573-669, apr. 1984.

_____. **An Introduction to Administrative Justice in the United States**. North Carolina: Carolina Academic Press, 1989.

_____. Órgãos do sistema federal americano: sua responsabilidade e seu posicionamento. In: FIGUEIREDO, Marcelo. **Direito e regulação no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 17-30.

_____. ‘Deference’ Is Too Confusing – Let’s Call Them ‘Chevron Space’ and ‘Skidmore Weight’. **Columbia Law Review**, 112, p. 1143-1173, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. A administração pública na era do direito global. In: _____.; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 157-168.

_____. Introdução às agências reguladoras. In: _____. (Coord.) **Direito Administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17-38.

_____. Introdução ao Processo Administrativo. In: _____.; MUÑOZ, Guillermo Andrés. **As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____.; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, 45, p. 55-73, jul./set. 2011.

_____. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. FGV, 2014. p. 111-142.

_____. Princípio é preguiça? In: _____. **Direito administrativo para céticos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, p. 205-229, 2014.

_____. et al. Lei nacional de liberdade econômica. **Revista de Direito Público da Economia**, 66, p. 239-248, abr./jun. 2019.

_____. Uma lei geral inovadora para o direito público. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-31102017>>. Acesso em: 6 jul. 2020.

SUNSTEIN, Cass R. Law and Administration After Chevron. **Columbia Law Review**, 90, p. 2071-2120, dec. 1990.

_____. **After the Rights Revolution**: Reconceiving the Regulatory State. Massachusetts: Harvard University Press, 1993.

_____. The Cost-Benefit State. **Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper 39**, p. 20. 1996. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/498/>. Acesso em: 17 ago. 2020.

_____; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, 101, p. 885-951, feb.2003.

_____. O constitucionalismo após o New Deal. In: MATOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia**: o debate norte-americano. Tradução de Jean paul Cabral Veiga da Rocha. São Paulo: Ed. 34., 2004. p. 131-202.

_____. Chevron Step Zero. **Virginia Law Review**, 92, p. 188-249, apr. 2006.

_____. The Regulatory Lookback. **Boston Law Review**, 94, 3, p. 579-602, 2014.

_____. Chevron as Law. **The Georgetown Law Journal**, 107, 1613-1683, 2019.

SUZIGAN, Wilson. Política industrial no Brasil. In: _____. **Indústria**: política, instituições e desenvolvimento. Rio de Janeiro: IPEA/INPES, 1978, p. 35-97.

TÁCITO, Caio. A administração e o controle de legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, 37, p. 1/11, 1954.

_____. Desvio de poder por atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 1-13, abr. 2002.

TEBET, Simone. **Parecer sobre o Projeto de Lei Senado nº 52, de 2013**. Brasília: Senado Federal, 2016. 48p. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3429640&ts=1593992317803&disposition=inline>>. Acesso: 13 set. 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 18. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TÜRNER, Claudia; PRADO, Mariana. A democracia e o seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF. **Revista de Direito Administrativo**, 250, p. 27-74, jan. 2009.

TUSHNET, Mark V. "Sir, Yes, Sir!": The Courts, Congress and Structural Injunctions. **Constitutional Commentary**, 20, p. 189-203, 2003.

VALENTE, Patrícia Pessôa. **Análise de impacto regulatório**: uma ferramenta à disposição do estado. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VAZ, Manuel Afonso. **Direito económico**: a ordem económica portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria geral do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 377-417.

WAHRLICH, Beatriz. Controle político das empresas estatais federais no Brasil: uma contribuição ao seu estudo. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, 14, p. 5-37, abr./jun. 1980.

WALKER, Christopher J., Restoring Congress's Role in the Modern Administrative State, **Michigan Law Review**, 116, p. 1101-1021, 2018.

WANG, Daniel Liang; PALMA, Juliana Bonacorsi; COLOMBO, Daniel Gama e. Revisão Judicial dos atos das agências regulatórias: uma análise da jurisprudência brasileira. In: SCHAPIRO, Mario Gomes. **Direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 269-328.

WARREN, Kenneth F. **Administrative Law in the Political System**. 3. ed. (abridged). New Jersey: Prentice-Hall, 1997.

WERNECK, Rogério L. Furquim. Empresas estatais, controle de preços e contenção de importações. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, 40, p. 37-62, jan./mar. 1986.

WOODWARD, David R.; LEVIN, Ronald M. Levin. In Defense of Deference: Judicial Review of Agency Action. **Administrative Law Review**, 31, p. 329-344, 1979.

WOOLHANDLER, Ann. Judicial Deference to Administrative Action – a Revisionist History. **Administrative Law Review**, 43, p. 197-245, 1991.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 10. ed. Madrid: editorial Trotta, 2011.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3. ed. (Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho). Lisboa: Fundação Calouste GulbenKian, 1997.

ZYMLER, Benjamin. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das Agências Reguladoras. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, n. 11, jan. 2002 (Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=1216>>. Acesso em: 23 jan. 2020.