



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD

GERMANO BEZERRA CARDOSO

**Controle jurisdicional dos atos regulatórios e discricionariiedade: análise sob a
perspectiva institucional**

Brasília, setembro

2015

GERMANO BEZERRA CARDOSO

Controle jurisdicional dos atos regulatórios e discricionariedade: análise sob a perspectiva institucional

Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB como requisito para obtenção do título de mestre em Direito e Políticas Públicas.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Bastide Horbach

Brasília, setembro

2015

GERMANO BEZERRA CARDOSO

Controle jurisdicional dos atos regulatórios e discricionabilidade: análise sob a perspectiva institucional

Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB como requisito para obtenção do título de mestre em Direito e Políticas Públicas.

Brasília, de setembro de 2015.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Carlos Bastide Horbach

Orientador

Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior

Membro interno - UniCEUB

Prof. Dr. Léo Ferreira Leony

Membro Externo - UFMG

CARDOSO, Germano Bezerra.
Controle jurisdicional dos atos regulatórios e discricionariedade: análise sob a perspectiva institucional / Germano Bezerra Cardoso.—2015 f. 131
Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília. Programa de Mestrado em Direito. Orientador: Prof. Dr. Carlos Bastide Horbach.
1. Agências Reguladoras. 2. Regulação. 3. Políticas Públicas. 4. Discricionariedade. 5. Direito Administrativo. I. Título.
CDU:

Agradecimentos

Agradeço:

Ao Professor Carlos Bastide Horbach que aceitou a orientação da presente dissertação, cujos conhecimentos foram fundamentais para a sua elaboração.

Aos colegas de mestrado pela convivência e o aprendizado.

À Aline Cardoso e Marina Cardoso pelo apoio incondicional para a concretização dessa jornada.

RESUMO

A criação das agências reguladoras no Brasil impôs novos desafios ao direito administrativo e ao modo de atuação do Poder Judiciário. A presente dissertação tem por escopo analisar em que medida as teorias que tratam do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, notadamente a teoria da discricionariedade técnica e a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, têm servido como um parâmetro adequado e seguro para os tribunais deliberarem sobre a atividade de regulação das agências reguladoras federais. A partir do referencial teórico proposto pela teoria dos diálogos institucionais, com destaque à proposta institucional minimalista de Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule, objetiva-se avaliar em que medida tais teorias podem contribuir para o aperfeiçoamento do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos produzidos pelas agências. A hipótese da presente dissertação reside na insuficiência das referidas teorias, desenvolvidas no âmbito do direito administrativo, para analisar a produção da atividade normativa das agências reguladoras, que, na maioria das vezes, não tem se mostrado satisfatórias para a solução de casos práticos. Para a sua confirmação, utilizou-se de trabalhos empíricos realizados sobre a forma como o Judiciário tem lidado com a matéria regulatória. Argumenta-se que a adoção de uma estratégia interpretativa que prestigie a capacidade institucional dos órgãos de regulação mostra-se um parâmetro viável e possível diante de uma realidade complexa e da escassez de recursos que o direito tem para lidar e equacionar junto à pressão de vários segmentos da sociedade na realização das políticas públicas, de modo a garantir segurança jurídica e previsibilidade à política de regulação.

Palavras-chave: Agência reguladora. Regulação. Discricionariedade. Controle jurisdicional. Diálogo institucional.

ABSTRACT

The creation of regulatory agencies in Brazil has imposed new challenges to administrative law and the operation mode of the judiciary. This work has the scope to analyze the extent to which theories dealing with the judicial review of administrative discretion, namely the theory of technical discretion and the theory of indeterminate legal concepts, have served as an adequate and reliable parameter for deliberate courts on the activity regulation of federal regulatory agencies. From the theoretical framework proposed by the theory of institutional dialogue, with emphasis on minimalist proposed by Cass R. Sunstein and Adrian Vermeule, the objective is to assess to what extent these theories can contribute to the improvement of the control exercised by the judiciary over the acts produced by the agencies. The hypothesis of this thesis lies in the failure of these theories, developed in the context of administrative law, to analyze the production of normative activity of the regulatory agencies, which, in most cases, has not proven satisfactory for the solution of practical cases. For confirmation, we used empirical work done on how the judiciary has been dealing with regulatory matters. It is argued that the adoption of an interpretative strategy that prestige to the institutional capacity of regulatory bodies appears to be a viable and possible parameter facing a complex reality and the scarcity of resources that the right has to deal and equate with the pressure of various society segments in carrying out public policies in order to ensure legal certainty and predictability in regulatory policy.

Keywords: Regulatory agency. Regulation. Discretion. Judicial review. Institutional dialogue.

SUMÁRIO

Introdução	14
1 A criação das agências reguladoras e os reflexos no direito administrativo	18
1.1 A formação do Estado regulador e a reforma gerencial de estado	20
1.2 Os reflexos no direito administrativo	25
1.3 O desenho institucional das agências reguladoras: autonomia e responsabilização (<i>accountability</i>)	31
1.4 A experiência norte-americana	38
1.5 Considerações sobre o sentido jurídico de regulação	41
2 A perspectiva institucional	47
2.1 O diálogo institucional	50
2.2 A agência e o diálogo institucional com os poderes da república	58
2.2.1 O diálogo institucional com o Poder Executivo	59
2.2.2 O diálogo institucional com o Poder Legislativo	62
2.2.3 O diálogo institucional com o Tribunal de Contas da União	64
2.3 A agência e diálogo institucional com o Poder Judiciário: a virada institucional (<i>institutionalturn</i>)	66
2.4 O Poder Judiciário e a capacidade institucional das agências	70
2.5 O formalismo como estratégia interpretativa	73
3 Panorama doutrinário e jurisprudencial acerca do controle dos atos de regulação	78
3.1 Considerações sobre as teorias tradicionais que tratam do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário: a ênfase no protagonismo do Poder Judiciário	80
3.2 A polêmica entre discricionariedade técnica e conceitos jurídicos indeterminados	87
3.3 A visão da doutrina brasileira sobre a discricionariedade técnica e a correlação com os conceitos jurídicos indeterminados	94

3.4 A relação entre a regulação e o Poder Judiciário	98
3.4.1 Aspectos sobre o alcance da revisão judicial	103
3.4.2 A revisão judicial em matéria de telecomunicações	106
3.5 Análise crítica	113
Conclusão	122
Referências	126

Introdução

O objetivo da presente dissertação consiste em analisar um dos aspectos ignorados pela comunidade jurídica, que, se fosse levado com mais atenção, poderia contribuir sobremaneira para o aperfeiçoamento do controle jurisdicional dos atos editados pelos entes reguladores e para o papel das instituições no Estado de Direito. Trata-se da especialização funcional das agências reguladoras federais, criadas para regulamentar, controlar e fiscalizar setores fundamentais da economia, necessárias para viabilizar as políticas públicas no âmbito de suas respectivas competências, bem como as consequências que eventuais decisões judiciais poderiam ocasionar em determinada atividade econômica ou serviço público regulado.

Com efeito, de um modo geral, as discussões em torno do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários foram sendo desenvolvidas no sentido de diminuir o espaço de ação livre do gestor público, sobretudo a partir do advento da Constituição Federal de 1988, por meio de uma concepção bastante restritiva acerca do exercício da discricionariedade administrativa e do poder regulamentar, devido à introdução de uma série de limitações normativas impostas pela Lei Maior, decorrentes da interpretação de princípios constitucionais, ou, até mesmo, de princípios não escritos.

A partir de uma visão de desconfiança sobre a capacidade da Administração Pública, as teorias são desenvolvidas tendo como enfoque o protagonismo do Poder Judiciário em interpretar o sentido do mérito do ato administrativo, com o objetivo de se alcançar a melhor solução de acordo com o Direito, como se fosse possível obter uma resposta próxima da perfeição por meio do exercício da atividade intelectual do julgador, supostamente alheio às pressões políticas e às influências externas. Por influência de teorias estrangeiras, sobretudo as desenvolvidas na Alemanha, discussões em torno do sentido de *conceito jurídico indeterminado*, de *discricionariedade técnica* e a possibilidade da completa redução da discricionariedade diante do caso concreto, por força da incidência dos princípios constitucionais, ainda tem permeado parte das discussões no direito administrativo nacional.

Ademais, tem-se criticado a judicialização excessiva de questões importantes em matéria de políticas públicas ao tornar o Poder Judiciário a instituição legítima para dar a última palavra sobre a sua legitimidade, privando a sociedade, no âmbito de outras instituições, da capacidade de participar e pautar a agenda no processo de formulação destas políticas e contribuir para a maturação e desenvolvimento das instituições no País.

Nessa perspectiva, a hipótese a ser investigada na presente dissertação reside na insuficiência das teorias tradicionais desenvolvidas no âmbito do direito administrativo para analisar a produção da atividade normativa das agências reguladoras. Uma vez que tais teorias foram desenvolvidas com alto nível de abstração e sofisticação, que, na maioria das vezes, não tem se mostrado satisfatório para solucionar casos práticos.

A partir do referencial teórico proposto pela teoria dos diálogos institucionais, com destaque à proposta institucional minimalista de Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule, de cunho pragmático, avaliar-se-á em que medida tal teoria pode contribuir para o aperfeiçoamento do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos produzidos pelas agências reguladoras, sobretudo em relação à capacidade institucional do órgão regulador e as consequências que a decisão poderá causar em segmentos públicos e privados (efeitos sistêmicos). Com efeito, o surgimento das agências reguladoras “*impuseram uma nova ordem de discussão acerca do controle judicial da Administração Pública que vai além da separação de Poderes*”¹.

A opção pela teoria institucional reside no seu fundamento quanto às críticas levantadas acerca da visão de supremacia do Judiciário na interpretação e aplicação do direito e o seu pretense caráter contramajoritário, fundamento do *judicial review*, tendo como marco o precedente *Marbury x Madison*, proferido pela Suprema Corte Americana em 1808. Em zona de incerteza ou falta de clareza da norma, o tribunal deve agir com deferência às escolhas técnicas das agências, em respeito à sua capacidade institucional, como forma de atenuar os riscos de eventual medida contrária à regulação, cujos efeitos nem sempre é possível o magistrado dimensionar e avaliar quando da prolação da decisão. Nesse sentido, o aspecto a ser considerado não é alcançar uma resposta acerca da forma ideal de uma norma a ser interpretada por um Juiz infalível; mas como deveriam determinadas instituições, com suas capacidades e limitações, interpretar a norma.

Para os propósitos do presente trabalho, serão analisados os pressupostos da *discricionariedade técnica* e dos *conceitos jurídicos indeterminados* a fim de avaliar em que medida essas teorias têm servido de fundamento consistente para os tribunais decidirem questões relacionadas à atividade de regulação. A relevância do problema de pesquisa ora levantado decorre da ausência de um precedente coerente dos Tribunais brasileiros sobre a produção normativa das agências reguladoras, que trate de maneira homogênea as questões relacionadas à revisão judicial dos atos das agências reguladoras.

¹WANG, Daniel WeiLiang; DE PALMA, Juliana Bonacorsi; COLOMBO, Daniel Gama. *Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira*. In SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva / FGV, 2010, p. 283.

Por tal motivo, optou-se por fazer um recorte quanto à forma como a Justiça Federal tem se pronunciado sobre a atividade das agências reguladoras integrantes da administração pública federal, com base nos estudos empíricos realizados por Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, Paulo Furquim Azevedo e Tercio Sampaio Ferraz Jr.² e Daniel WeiLiang Wang, Juliana Bonacorsi de Palma e Daniel Gama Colombo, com o propósito de aferir em que medida as teorias tradicionais que tratam do controle da discricionariedade administrativa têm servido, de fato, de referencial teórico seguro para orientar e fundamentar as decisões judiciais.

Além disso, destacou-se também a forma como o Poder Judiciário tem decidido sobre a produção normativa da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, analisando-se os argumentos utilizados para o controle do mérito do ato regulatório relacionado à prestação de serviços públicos de telefonia. Apesar de a ANATEL não ser muito transparente no processo de definição e elaboração de suas políticas públicas, os dados indicam que o Judiciário vem confirmando os atos da Agência na ordem de 90% (noventa por cento), o que torna pertinente analisar com mais detalhe o nível de enfrentamento da política regulatória a partir da verificação da fundamentação das decisões judiciais. O fato de o Superior Tribunal de Justiça ser o órgão jurisdicional responsável pela interpretação e unificação da legislação federal nos permite fazer um apanhado sobre a tendência do tribunal em decidir determinado assunto.

Nessa perspectiva, o trabalho estará estruturado em três partes da seguinte forma.

Na primeira parte será feito breve apanhado histórico sobre o contexto de criação das agências reguladoras e destacado o propósito da reforma gerencial ocorrido na década de 1990 para o seu respectivo fortalecimento institucional. Pretende-se abordar, igualmente, os reflexos dessas reformas sobre o papel do Estado frente ao particular, que pôs em questionamento o paradigma bipolar do Direito Administrativo, baseado na ideia de antagonismo entre o interesse público e o interesse privado, a partir da utilização de mecanismos consensuais com o setor regulado e com a sociedade, no processo de definição e elaboração das políticas públicas de regulação, por meio de procedimentos jurídicos institucionalizados. Por fim, iremos destacar o sentido jurídico da palavra regulação e a influência da política e da economia na atividade de regulação.

Em seguida, será dado destaque à teoria dos diálogos institucionais, enfatizando-se que a proposta institucional de cunho minimalista de Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule propicia um novo olhar sobre o desempenho e o funcionamento das instituições no Estado de Direito, reconhecendo suas virtudes e limitações.

²*Direito regulatório e concorrencial no Poder Judiciário*. São Paulo: Singular, 2014.

Na terceira e última parte abordar-se-á os conceitos e principais aspectos relacionados às teorias que tratam do controle da discricionariedade administrativa, com destaque às elaborações em torno da *discricionariedade técnica* e *conceitos jurídicos indeterminados*, fazendo-se uma análise comparativa com a forma de decidir dos Tribunais brasileiros e avaliando-se a utilidade das referidas teorias para solução dos litígios relacionados à regulação.

Capítulo 1 - A criação das agências reguladoras e os reflexos no direito administrativo

A criação das agências reguladoras no direito brasileiro está inserida no contexto de mudança no papel do estado e no modelo de gestão pública ocorrido na segunda metade da década de 1990, como uma resposta à crise que assolava o Governo Federal³, em que houve uma significativa redução da exploração direta do Estado sobre a atividade econômica, como forma de viabilizar o processo de privatização de importantes setores de infraestrutura controlados por empresas estatais (v.g. serviço público de telefonia, petróleo e energia elétrica), criando um ambiente institucional voltado para a regulação da atividade econômica⁴.

A Reforma da Gestão Pública foi uma política adotada com o objetivo de tornar a administração burocrática mais autônoma, transparente e responsável politicamente, ou seja, no sentido de prestar contas à sociedade, criando instrumentos de participação no processo de definição

³Segundo Luis Carlos Bresser Pereira, a crise configurar-se-ia sob quatro dimensões: fiscal, do modo de intervenção estatal, da forma burocrática pelo qual o Estado era administrado e política. Com efeito, *“a crise fiscal ou financeira caracterizou-se pela perda do crédito público e pela poupança pública negativa. A crise do modo de intervenção, acelerada pelo processo de globalização da economia mundial, caracterizou-se pelo esgotamento do modelo protecionista de substituição de importações, que foi bem sucedido em promover a industrialização nos anos de 30 a 50, mas que deixou de sê-lo a partir dos anos 60; transpareceu na falta de competitividade de uma parte ponderável das empresas brasileiras; expressou-se no fracasso em se criar no Brasil um Estado do Bem-Estar que se aproximasse dos moldes social-democratas europeus. Por sua vez, a crise da forma burocrática de administrar o Estado emergiu com toda a força no final dos anos 80, em função do retrocesso burocrático representado pela Constituição de 1988. Um quarto aspecto da crise foi o político. A crise política teve três momentos no Brasil: primeiro, a crise do regime militar: uma crise de legitimidade; segundo, a tentativa populista de voltar aos anos 50: uma crise de adaptação ao regime democrático; e, finalmente, a crise que levou ao impeachment de Fernando Collor de Mello: uma crise moral”*(BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial na perspectiva internacional*. São Paulo: 34, 1998. p. 40/41).

⁴Cumprе ressaltar que a exploração direta da atividade econômica no âmbito do Governo Federal recrudescer com a criação de algumas empresas a partir da década de 2000, como é o caso da criação das seguintes empresas públicas: Empresa de Pesquisa Energética – EPE (empresa pública vinculada ao Ministério de Minas e Energia, instituída pela Lei nº 10.847/2004); Amazônia Azul Tecnologias de Defesa – AMAZUL (vinculada ao Ministério da Defesa, instituída pela Lei nº 12.706/2012); Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A.-ABGF (vinculada ao Ministério da Fazenda, instituída pela Lei nº 12.712/2012; Pré-Sal Petróleo S.A (PPSA) (vinculada ao Ministério de Minas e Energia, criada pela Lei nº 12.304/2010); Empresa Brasileira de Planejamento e Logística S.A.– EPL (vinculada ao Ministério dos Transportes, criada pela Lei nº 12.73/2012, sucedendo a Empresa de Transporte Ferroviário de Alta Velocidade S/A). Igualmente, empresas estatais foram reativadas ou fortalecidas por medidas governamentais, como foi o caso da Telecomunicações Brasileiras S.A – Telebrás (Decreto nº 7.175/2010) e Centrais Elétricas Brasileiras S.A – Eletrobrás. Para Caio Mário da Silva Pereira Neto, Filippo Maria Lancieri e Mateus Piva Adami esse aumento da atuação direta do Estado sobre a economia reflete um *“movimento pendular”*, em que ocorreu um *“avanço”* da atividade estatal *“sobre diversos setores econômicos, fruto da concepção de que intensos investimentos estatais podem contribuir para o desenvolvimento econômico”*. Porém, esse avanço não foi capaz de prejudicar o desempenho institucional das agências reguladoras, vindo a se firmar *“como entidades relevantes para o Estado Brasileiro”*, tendo em vista que nesse novo ambiente *“os órgãos reguladores são importantes para garantir um ambiente institucional estável, notadamente para atrair os investimentos privados necessários para superar os gargalos do desenvolvimento nacional”* (PEREIRA NETO, Caio Mário 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 e ROSILHO, André (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 140/185).

e execução das políticas públicas. Representou uma tentativa de acabar com o patrimonialismo e a tecnoburocracia que predominaram a gestão pública durante o regime militar, cujas políticas eram gestadas dentro dos ministérios e empresas estatais sem a devida prestação de contas à sociedade. As agências reguladoras foram concebidas, portanto, dentro desse contexto, com a finalidade de tornar o Estado mais forte e eficiente na prestação de serviços públicos essenciais então privatizados, voltada para atender o cidadão-cliente.

Sob o panorama internacional, pode-se destacar a crise mundial ocorrida ao longo das décadas de 1970 e 1980, que resultou na crise da unidade estatal em vários países. ABRUCIO aponta quatro fatores para sua eclosão: 1) a crise econômica, que resultou em um vasto período recessivo; 2) a crise fiscal que veio “*a enfraquecer os alicerces do antigo modelo de estado*”; o Estado pós-guerra, que, ao assumir várias funções para a efetivação dos direitos sociais (saúde, previdência, assistência social etc.), não possuía mais recursos suficientes para assegurar a sua prestação a contento para a população; 3) a crise de governabilidade, que revelou a inaptidão dos Estados para resolver os seus problemas e; 4) a globalização enfraqueceu a soberania estatal no que se refere ao controle dos fluxos financeiros e comerciais, aliado ao aumento do poder das grandes multinacionais, contribuindo para uma “*perda significativa do poder dos Estados de ditar políticas macroeconômicas*”⁵.

Dessa forma, as três dimensões que sustentavam o Estado pós-guerra foram se deteriorando durante a crise mundial. A primeira dimensão, denominada Keynesiana, era caracterizada pela forte intervenção estatal na economia, com o objetivo de “*garantir o pleno emprego e atuar em setores considerados estratégicos para o desenvolvimento nacional – telecomunicações e petróleo, por exemplo*”. Já a segunda dimensão, *welfarestate*, tinha por escopo a realização de políticas públicas na área social (educação, saúde, previdência etc.), visando assegurar as necessidades básicas da população⁶. A terceira dimensão se referia ao modo de funcionamento interno do Estado, fundado no “*modelo burocrático weberiano, ao qual cabia o papel de manter a impessoalidade, a neutralidade e a racionalidade do aparato governamental*”⁷.

⁵ABRUCIO, Fernando. Os avanços e dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Org.). Reforma do Estado e da Administração Pública Gerencial, São Paulo: FGV, 2006. p. 175/176.

⁶ No mesmo sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto aponta que a crise do modelo de Estado de bem-estar social influenciou também a Europa, o Brasil e alguns países da América Latina em decorrência da globalização, de modo que “*assistimos a uma crescente e até certo ponto irreversível retirada do Estado da produção direta de utilidades públicas. Foi e segue sendo sensível a transferência, do Estado para atores privados, de atividades até então monopolizadas pelo Poder Público*” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 73).

⁷MARQUES NETO, op. cit., p. 175.

Diante do cenário de escassez de recursos e por influência do neoliberalismo e da globalização, o modelo burocrático de funcionamento do aparato estatal foi um dos setores mais criticados por diversas razões. A principal crítica era que se tratava de um corpo de funcionários que atuava “*como um grupo de interesse do que como um corpo técnico neutro a serviço dos cidadãos*”⁸. Pressionado pelo anseio da eficiência na prestação dos serviços públicos, os governos tiveram que reduzir os custos, afetando diretamente o funcionamento, a estrutura e a organização dos órgãos públicos.

Nesse sentido, será destacado como o processo de criação das agências públicas no Brasil influenciou o direito administrativo, ressaltando os aspectos políticos, sociais e econômicos que levaram à formação desse novo Estado regulador. Sem entrar no mérito do acerto ou desacerto da opção política pela implantação desse modelo de administração gerencial, que foge dos objetivos do presente trabalho, observa-se que essa alteração na estrutura organizacional da Administração Pública Federal, criou novos desafios na maneira como o direito administrativo deveria lidar com a dinâmica do fenômeno regulatório, modificando, também, o papel do Poder Judiciário frente a essas alterações e, por conseguinte, os limites do controle sobre os atos regulatórios. Portanto, no presente capítulo, será feito um breve apanhado histórico sobre como essa mudança alterou os fundamentos do direito administrativo nacional.

1.1 A formação do Estado regulador e a reforma gerencial de estado

As reformas realizadas no Estado brasileiro na década de 1990 também foram influenciadas por motivações semelhantes ocorridas no plano internacional sob a influência do fenômeno da globalização. O processo de reforma da Administração Pública Federal, ocorrido no início daquela década a partir do Plano Nacional de Desestatização⁹, posteriormente intensificado com o Programa de Reforma Gerencial do Estado, teve como motivação tornar o País viável e mais eficiente do ponto de vista econômico, de modo a viabilizar o processo de privatização¹⁰.

⁸ Ibidem, p. 176.

⁹ O marco do processo de privatização foi a edição do Plano Nacional de Desestatização por meio da Lei nº 8.031/1990, revogada, posteriormente, pela Lei nº 9.491/1997.

¹⁰ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agência reguladora e a evolução do direito administrativo econômico*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 74; LIMA, Gustavo Augusto Freitas de. *Agências reguladoras e o poder normativo*. São Paulo: Baraúna, 2013, p. 42/43. Carlos Ari Sundfeld rejeita a concepção de que a agência reguladora “*seja sinônimo de processo de privatização, e vice-versa*”, em razão de que a regulação existe em diversos setores da economia, “*não só para os privatizados*”, como é o caso da defesa da concorrência e a regulação no sistema financeiro

Com efeito, segundo Marcus Vinicius Pó e Fernando Abrucio, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, formulado pela Câmara de Reforma do Estado sob a liderança do Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (Mare) do governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso¹¹, preconizava que o seu objetivo “*era alterar as bases do Estado brasileiro, a fim de melhorar o seu desempenho e democratizá-lo*”, de modo que as atividades administrativas não consideradas essenciais “*deveriam ser repassadas à iniciativa privada e reguladas pelo Estado, ao mesmo tempo em que se implantaria ‘a administração pública gerencial’*”¹².

A política de reforma do Estado procurou implantar uma nova relação na interação entre o Estado e a economia, por meio de alteração da própria forma de atuação da Administração Pública diante da abertura estatal à participação e aos investimentos privados, criando novos mecanismos que imprimisse mais eficiência na regulação da atividade econômica. Nesse contexto, a reforma gerencial tinha por objetivo:

- (i) implementar uma nova relação do Estado com a Economia, num ambiente mais aberto, com papel expressivo da iniciativa privada em setores antes estatizados;
- (ii) introduzir competição em setores antes monopolizados;
- (iii) garantir a universalização de serviços públicos essenciais;
- (iv) contribuir para uma reforma gerencial da Administração Pública, orientada pelos valores da eficiência e da qualidade na prestação de serviços públicos, procurando equilibrar o foco em resultados e procedimentos¹³.

O modelo de reforma gerencial está assentado em dois pressupostos para a sua construção, quais sejam, a existência de um regime democrático e a busca pelo fortalecimento de suas instituições, inspirado no modelo de gestão das empresas privadas. Segundo as justificativas

nacional, vigilância sanitária e saúde suplementar. Ademais, “*agências reguladoras existem em países que nunca conheceram os fluxos de estatização e privatização, como os Estados Unidos. Privatizações. Privatizações foram implementadas sem que o Estado se preocupasse em ampliar sua função regulatória, que por o setor não o justificar (caso das desestatizações de empresas siderúrgicas e petroquímicas federais no Brasil dos anos 80), quer por opção política (caso das privatizações de serviços básicos na Argentina da década de 80)*” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19).

¹¹BRASIL. Presidência da República. Câmara de Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 16/set./2015.

¹²PÓ, 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 (online), Rio de Janeiro, 2006, v. 40, n. 4, p. 679/698. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000400009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 14ago. 2014.

¹³PEREIRA NETO; LANCIERI; ADAMI, op. cit., p. 144.

apresentadas por Luis Carlos Bresser Pereira, “*a reforma é gerencial porque busca inspiração na administração das empresas privadas, e porque visa dar ao administrador público profissional condições efetivas de gerenciar com eficiência as agências públicas*”¹⁴. Regina Silva Pacheco, por sua vez, ressalta que a reforma tinha por objetivo a “*superação da rigidez burocrática, que desde a Constituição de 1988 amarrou a administração indireta aos mesmos controles formais da administração direta*”¹⁵.

Os idealizadores do processo de reforma gerencial preocuparam-se em formatar a Administração Pública Federal em três dimensões: institucional-legal, gestão e cultural. Sob o aspecto institucional-legal, o objetivo foi descentralizar a estrutura organizacional do aparelho estatal, com a criação de novos formatos organizacionais, como as agências reguladoras. Sob a perspectiva da gestão, ampliou a autonomia e introduziu três novas formas de responsabilização dos gestores (administração por resultados, a competição administrativa por excelência e o controle social), substituindo parcialmente os parâmetros utilizados pelo modelo de “*administração burocrática*”. Por fim, no que diz respeito ao aspecto cultural, a introdução desse novo modelo de gestão teve por objetivo incentivar uma mudança na mentalidade dos atores, capaz de gerar uma maior credibilidade para a administração pública¹⁶.

Foi necessária a alteração do texto constitucional e a realização de reformas no plano da legislação infraconstitucional, com o objetivo de tirar o monopólio da União para a exploração do serviço de telecomunicações e petróleo¹⁷, por exemplo, dando a oportunidade para que a iniciativa privada investisse nesses setores por meio de contratos de concessão de longa duração e a sua consequente exploração direta. Nessa perspectiva, era necessário transmitir confiança, segurança

¹⁴Op. cit., p. 17/18. O autor destaca também que a reforma gerencial baseou-se nos seguintes pressupostos: “*a) descentralização do ponto de vista político, transferindo-se recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais; b) descentralização administrativa, através da delegação de autoridade aos administradores públicos, transformados em gerentes cada vez mais autônomos; c) organizações com poucos níveis hierárquicos, ao invés de piramidais; d) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total; e) controle a posteriori, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e f) administração voltada para o atendimento do cidadão, ao invés de auto-referida*” (Da administração pública burocrática à gerencial. In BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Org.). *Reforma do Estado e da Administração Pública Gerencial*, São Paulo: FGV, 2006, p. 242/243).

¹⁵PACHECO, Regina Silva. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 526.

¹⁶ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial na perspectiva internacional*. São Paulo: 34, 1998.

¹⁷ A Emenda Constitucional nº 8 alterou o desenho institucional da exploração da União (art. 21, XII, a, CF) sob o regime de monopólio do serviço público de telefonia, permitindo a exploração direta ou mediante a autorização, concessão ou permissão, dispondo que a lei regulamentará a organização dos serviços e a criação de um órgão regulador (Anatel). Já a Emenda Constitucional nº 9/1995 permitiu à União contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades correlatas à exploração de petróleo, quebrando o monopólio daquele ente federativo.

jurídica e previsibilidade às regras e aos contratos, de modo a tornar o País em um ambiente seguro para o investimento estrangeiro, diante da escassez de recursos de o Governo Federal realizar por conta própria as políticas públicas para o desenvolvimento econômico nacional.

A criação das agências reguladoras teve por objetivo, instituir o “*marco regulatório*” de exploração pela iniciativa privada dos serviços públicos privatizados, de modo a trazer confiança e segurança jurídica no que se refere aos cumprimentos dos contratos (garantia do equilíbrio econômico-financeiro)¹⁸, bem como modernizar a gestão administrativa¹⁹. A razão da alteração do marco institucional regulatório no Brasil deveu-se à necessidade de alterar o modelo de Estado desenvolvimentista característico do regime militar, que, por sua vez, tinha absorvido o modelo de Estado planejador do período Vargas²⁰. Com efeito, tratava-se de um período autoritário em que havia uma ativa intervenção estatal, cujas decisões eram tomadas de forma centralizada no âmbito dos ministérios e empresas estatais sob a responsabilidade dos militares e dos tecnoburocratas.

É importante registrar que parte da doutrina tem sustentado que o surgimento das agências reguladoras não foi uma novidade no direito brasileiro, tendo em vista que há muito tempo já existiam entidades administrativas com características similares, ainda que não qualificadas nominalmente como agências reguladoras, considerando a competência normativa e a autonomia decisória frente ao Poder Executivo comum a toda entidade autárquica²¹. A concepção da criação

¹⁸ “[...] com as privatizações e as emendas constitucionais, a agenda de discussões sobre a atuação do Estado em relação aos serviços públicos concentrou-se em como garantir a segurança jurídica do marco regulatório, como introduzir mecanismos concorrenciais entre os concessionários de serviços públicos e como garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos” (SANT’ANA, Diogo de. Conjuntura da regulação no Brasil: conflitos e convergências. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Org.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva / FGV, 2010. p. 375.

¹⁹ HORBACH, Carlos Bastide. O direito administrativo no sistema de Common Law. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. Belo Horizonte, ano 9, n. 101, jul. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=58301>>. Acesso em: 4 set. 2015.

²⁰ Ressalta Paulo Todescan Lessa Mattos que no período Vargas houve no âmbito da regulação o Estado era caracterizado pela formulação do Planejamento ou Planos: “[...] o planejamento, enquanto técnica administrativa de intervenção do Estado na economia – sem afastar ou discutir aqui sua importância no plano técnico-econômico – teria tido no Brasil funções políticas importantes na organização de interesses políticos e econômicos das classes dirigentes. No entanto, essa organização foi interna ao próprio Estado, estando ausente na formação da burocracia brasileira a representação de partidos de classe, de sindicatos e de associações não-governamentais” (MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do estado regulador. *Novos Estudos - CEBRAP*, ano 2006, n. 76, p. 145. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300007>. Acesso em: 10 fev. 2015).

²¹ Marçal Justen Filho afirma, por exemplo, que a “*pré-existência*” no ordenamento jurídico brasileiro de “*entidades administrativas dotadas de características próprias das agências*”, de modo que que o formato organizacional das agências reguladoras não se tratava de uma novidade: “[...] a criação de entidades denominadas agências, na segunda metade da década de 90, não significou consagrar inovações absolutamente desconhecidas no universo brasileiro. Aon contrário, muitas dessas características eram praticadas no Direito Brasileiro anterior, ainda que tal se fizesse por entidades não qualificadas formalmente como agências” (JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 329); No mesmo sentido: BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 160/161. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 466/467. Ver também item 1.5 *supra*.

das agências reguladoras dissociadas do contexto histórico e político da sua criação, acabou gerando efeitos deletérios para a compreensão do seu papel institucional no direito administrativo pátrio, sobretudo no que se refere ao exercício da competência normativa. Nesse sentido, assinala Gustavo Augusto F. de Lima:

A criação das agências reguladoras se deu num período em que se pretendia uma mudança de configuração institucional do Estado, e tal circunstância deve ser considerada na interpretação do instituto. Parece-nos claro que a legislação da década de 90, ao criar as agências reguladoras como autarquias de regime especial, pretendeu inovar em relação à legislação vigente. Ainda que o alcance do poder concedido a essas agências não esteja totalmente evidente na legislação de criação, é razoável se supor que a legislação pretendeu conceder a essas autarquias um regime jurídico que as diferenciasse das demais autarquias e órgãos já conhecidos pela Administração²².

Ademais, entende-se que o aspecto diferencial desse novo formato organizacional de agência consistiu na quebra de ruptura com o modelo autoritário que permeava a relação do Estado com a sociedade. De fato, a definição e a formulação de políticas públicas eram pouco permeáveis às demandas da sociedade, de modo que somente os grupos de interesse que davam suporte ao grupo político no poder, possuíam *“acesso aos canais de comunicação com os burocratas formuladores de políticas públicas”*. Por conseguinte, a legitimidade das decisões *“nunca seria associada a justificativas racionais e públicas do conteúdo das políticas adotadas e tampouco conformada a partir da representação de interesses dos vários setores da sociedade civil”*. Nesse processo, o poder legislativo normalmente ficava à margem das decisões²³.

Portanto, sob a influência do modelo de reforma gerencial, a reforma administrativa realizada na década de 1990 procurou criar um novo marco jurídico e institucional para a nova formação do Estado regulador brasileiro, com o nítido propósito de extirpar a herança do modelo autoritário característico do regime de exceção na formulação das políticas de regulação, por meio da criação de agências reguladoras independentes²⁴. Nesse contexto, a criação das agências era o

²² LIMA, Gustavo Augusto F. *Agências reguladoras e o poder normativo*. São Paulo: Baraúna, 2013, p. 15.

²³ MATTOS, op. cit., p. 147.

²⁴ Nesse sentido, destaca Paulo Todescan Lessa Mattos: *“o novo Estado regulador — caracterizado pela criação de agências reguladoras independentes, pelas privatizações de empresas estatais, por terceirizações de funções administrativas do Estado e pela regulação da economia segundo técnicas administrativas de defesa da concorrência e correção de “falhas de mercado”, em substituição a políticas de planejamento industrial — representou uma clara descentralização do poder do presidente da República e de seus ministros, ao mesmo tempo em que se tentaram criar novos mecanismos jurídico-institucionais de participação de diferentes setores da sociedade civil no controle democrático do processo de formulação do conteúdo da regulação de setores da economia brasileira”* (ibidem, p. 151).

meio institucional concebido para a regulação da atividade econômica setorial de uma forma mais transparente e democrática.

De qualquer forma, não se pode ignorar que o formato organizacional das agências reguladoras não é um modelo perfeito, mas um projeto político inacabado em constante discussão no ambiente democrático no sentido de aprimorá-lo. Contudo, é razoável supor que a sua criação trouxe mais benefícios do que prejuízos para o fortalecimento institucional da regulação estatal²⁵.

1.2 Os reflexos no direito administrativo

Não é exagero afirmar que as mudanças normativas realizadas para a criação das agências reguladoras foi um reflexo de uma significativa mudança do papel do Estado regulador frente ao particular, que, aos poucos, deixando de lado o caráter impositivo da vontade da autoridade estatal, busca alcançar soluções consensuais na formulação de políticas públicas. Nessa relação, a agência reguladora passa a exercer importante função de mediação acerca dos interesses envolvidos no processo de regulação, de forma a alcançar, na medida do possível, a solução mais equilibrada²⁶.

Nessa perspectiva, é pertinente tecermos breves considerações sobre a remodelação do direito administrativo nas últimas décadas, devido às transformações pelas quais passou o Estado influenciado pela crise da unidade estatal e da globalização, o que resultou na criação de entes autônomos para a regulação de diversos setores da atividade econômica, gerando uma fragmentação do poder estatal.

²⁵Cf. LIMA, op. cit., p. 16.

²⁶Para Floriano de Azevedo Marques Neto, a atividade de regulação “é muito mais pautada pelo caráter de mediação do que pela imposição de objetivos e comportamentos ditados pela autoridade”. Nesse sentido, defende o conceito de “regulação moderna”, segundo o qual se caracteriza pelo caráter negocial na definição das políticas de regulação. “É essencial à noção de moderna regulação que o ente regulador estatal dialogue e interaja com os agentes sujeitos à atividade regulatória buscando não apenas legitimar a sua atividade, como tornar a regulação mais qualificada porquanto mais aderente às necessidades e perspectivas da sociedade. Fruto da própria dificuldade do Estado, hoje, de impor unilateralmente seus desideratos sobre a sociedade, mormente no domínio econômico, faz-se necessário que a atuação estatal seja pautada pela negociação, transparência e permeabilidade aos interesses e necessidades dos regulados. Portanto, o caráter de imposição da vontade da autoridade estatal (que impõe o interesse público selecionado pelo governante) dá lugar, na moderna regulação, à noção de mediação de interesses, no qual o Estado exerce sua autoridade não de forma impositiva, mas arbitrando interesses e tutelando hipossuficiências” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 31/32). No mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão afirma a necessidade de repensar a concepção tradicional da “irrenunciabilidade dos poderes da Administração Pública” em prol de uma solução mais consensual: “a mera previsão legal da possibilidade da Administração atuar coercitivamente não impede que, deixando de agir positivamente, adote medidas em comum acordo com os sujeitos envolvidos, desde que, naturalmente, os valores em jogo sejam atendidos pelo menos com o mesmo grau de satisfação com que o seriam de forma coercitiva” (ARAGÃO, op. cit., p. 112/117).

Com efeito, tradicionalmente, o regime jurídico de direito público se desenvolveu sob o paradigma do binômio estado-cidadão ou bipolar, na expressão de Sabino Cassese²⁷. Trata-se da ideia de que a relação jurídica é construída a partir do conflito de interesse entre o Estado e o cidadão, em que ambos ocupam dois polos distintos e antagônicos, perseguindo objetivos não convergentes (interesse público x interesse particular). As esferas pública e privada também são antagônicas, na medida em que veiculam princípios e regras diferentes no seu respectivo campo de atuação. Isto é, enquanto ao particular é permitido tudo aquilo que não é vedado expressamente por lei, o Estado só pode agir quando autorizado e desde que em conformidade com a lei. A concepção da autonomia de vontade para a formação dos atos jurídicos é o traço balizador do campo de atuação do Estado e do particular.

O antagonismo entre o interesse público e o interesse privado norteou os teóricos do direito público ao longo dos últimos dois séculos²⁸, tendo sido desenvolvido um ramo jurídico específico, o direito administrativo, para tratar da estrutura, organização e funções de um sujeito especial no âmbito do poder estatal: a Administração Pública. Assim, por influência do direito francês, a visão de especialidade do direito administrativo em oposição ao direito privado, constituiu a origem e os fundamentos do direito administrativo no Brasil²⁹.

Com efeito, a concepção de interesse público influenciou a intervenção estatal na economia, em que o Estado seria o protagonista na condução dessa atividade em prol da coletividade. Acreditava-se que era possível recrutar e transformar o particular como defensor do interesse público, devido à incapacidade de o Estado realizar a prestação direta serviços públicos por conta própria. O regime de direito público seria a base de sustentação e controle da atividade privada, na qual o Estado delegava ao particular a prestação de serviços considerados relevantes,

²⁷CASSESE, Sabino. A crise do Estado. São Paulo: Saberes, 2010.

²⁸Carlos Ari Sundfeld define como “*teoria dos antagonismos*” a matriz de análise do direito administrativo tradicional, “*que foca no jogo das oposições a circundar as leis, as regras, as práticas os casos, as decisões, os princípios, os institutos*” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 86).

²⁹ Ibidem, p. 30. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, um dos autores com significativa influência no direito administrativo brasileiro nas duas últimas décadas: “[...] a autonomia da vontade só existe na formação do ato jurídico. Porém, os direitos e deveres relativos à situação jurídica dela resultante, a sua natureza e extensão são regulamentados por ato unilateral do Estado, jamais por disposições criadas pelas partes. Ocorrem, através de processos técnicos de imposição autoritária da sua vontade, nos quais se estabelecem as normas adequadas e se conferem os poderes próprios para atingir o fim estatal que é a realização do bem comum. É a ordem natural do Direito interno, nas relações com outras entidades menores ou com particulares” (BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 62).

exercendo igualmente a fiscalização da atividade delegada por meio do seu poder de polícia, de sorte a assegurar a consecução do interesse público³⁰.

Todavia, essa perspectiva dualista dos fundamentos do direito administrativo passou a ser questionado por causa da sua desvinculação com a realidade, sobretudo devido às várias transformações pelas quais passaram o Estado em decorrência do fenômeno da globalização³¹ nas últimas décadas. A diminuição das atividades estatais, por meio de privatizações e o aumento da concessão de serviços públicos à iniciativa privada, têm sido apontados como um dos aspectos da “*crise do Estado*” ocorrida nos últimos anos. A distinção entre a esfera privada e o espaço público

³⁰Não se pode ignorar que o direito administrativo atual ainda é influenciado por essa visão dicotômica entre os interesses público e privado, que norteou a teoria do interesse público e a escola do serviço público francês, em que a noção de serviço público estaria sempre associada à prestação de serviço em regime de direito público (Jéze). Segundo Calixto Salomão Filho, “*é a partir da colocação do regime de direito público no centro da noção de serviço público que se teoriza a mais importante (e mais deletéria) forma de regulação da economia: a concessão de serviço público*”. Igualmente, o conceito de poder de polícia irá integrar as formas estatais para a regulação da economia. O autor ressalta que essa concepção é dissociada da realidade: “*de um lado, a concepção claramente liberal e passiva do poder de polícia não é suficiente para atender às necessidades de sistemas econômicos com tantas imperfeições estruturais como são as modernas economias capitalistas. De outro, o regime de concessão de serviço público parte de uma imperfeição de fundo quase insolúvel. Assenta suas bases na crença de que é possível transformar agentes privados em persecutores do interesse público. Sendo inviável o Estado realizar todas as atividades econômicas, ele passa a delegá-las aos particulares, acreditando que pode controlá-los através de um regime de direito público [...] As razões pelas quais essa última crença é teoricamente incorreta serão analisadas mais adiante. Por ora, basta notar que a experiência empírica com o controle dos agentes privados através do regime jurídico do direito público é muito pobre. Se o regime das concessões iria substituir com vantagem o mercado, estabelecendo fins públicos para os agentes particulares, sua eficácia tem sido muito limitada. Esse regime tem, de um lado, originado a captura do poder concedente pelo concessionário, que, logo após a licitação, torna-se monopolista daquela atividade. De outro, tem-se mostrado eficaz, pois, a cada controle erigido, o concessionário desenvolve duas ou três formas de contorná-lo*” (CALIXTO FILHO, Salomão. *Regulação da atividade econômica*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 25).

³¹Não constitui objetivo do presente trabalho, analisar os motivos e os fundamentos para o surgimento do fenômeno da globalização, tampouco analisar eventuais prós e contras. Parte-se do pressuposto que a globalização é uma realidade na ordem mundial, que influencia as relações sociais em diversos aspectos, notadamente na esfera jurídica. Com efeito, a conceituação da globalização na literatura é bastante ampla e controversa quanto aos seus efeitos políticos, econômicos, sociais e jurídicos. De acordo com Maria de Jesus Rodrigues Araújo Heilman, vários fatores podem ser destacados para o surgimento da globalização. Existe uma vasta literatura no campo da filosofia, política, economia e sociologia com o objetivo de descrever este fenômeno, havendo confrontos ideológicos acerca do impacto desta nova ordem mundial nas relações entre os Estados nação. A descrição do fenômeno da globalização derivou várias teorias ideológicas acerca dos seus aspectos positivos e negativos. Na esteira do entendimento de Boaventura Santos, a autora destaca que a globalização não se apresenta sob uma única forma ou realidade, cuja explicação ocorre a partir de “realidades entrelaçadas”. A globalização constitui “*um conjunto de relações sociais diferenciadas, e, portanto, existem várias globalizações, pois se trata de uma concepção de transição*”. Ressalta, ainda, a autora, que este fenômeno não se restringe apenas ao campo econômico. Ou seja, “*há algo maior de complexidade que transcende a cultura e as sociedades, na qual, a filosofia construiu um novo paradigma onde não há, portanto, neste processo uma concepção unidimensional, mas a partir da dimensão econômica se expande e se transforma em outras dimensões: política, jurídica, social e cultural*” (HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o novo direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 54). Sabino Cassese, por sua vez, sob uma perspectiva econômica, entende que a “*globalização consiste em redes de produção internacionais, dispersão de unidades produtivas em diferentes países, fragmentação e flexibilidade do processo de produção, interpenetração de mercados, instantaneidade dos fluxos financeiros e informativos, modificação dos tipos de riqueza e trabalho e padronização universal dos meios de negociação*” (CASSESE, op. cit., p. 25).

na qual se baseava o modelo de burocracia racional weberiano³², vai perdendo consistência diante de uma maior aproximação desses dois polos aparentemente contraditórios em decorrência da nova conformação do papel do Estado e das reformas ocorridas no funcionamento da Administração Pública.

Sabino Cassese acrescenta que a *“crise da unidade do Estado”* está relacionada com a *“fragmentação dos poderes públicos”*, apresentando-se como um dos problemas centrais dos ordenamentos jurídicos modernos ocidentais, *“embora com intensidades diferentes”*. O surgimento e a multiplicação das entidades híbridas, constituídas de organismos semipúblicos, aliada à proliferação de organismos públicos não submetidos ao controle do governo central *“trouxe problemas significativos”* à democracia. O primeiro diz respeito à definição acerca do que é ente público. A preocupação em obter um conceito único para o setor público só fez agravar a crise do Estado, tendo em vista que *“as noções são tão numerosas quantos os entes – ou categoria de entes – existentes”*. O segundo refere-se à diferenciação do setor público não estatal, de modo que *“a insuficiência das categorias tradicionais a ser incluída no paraestado levou a determinar também novas terminologias, como, justamente, a de ‘setor público’”*. O terceiro está associado à gestão ou de operacionalização, isto é, no que diz respeito à subordinação ao governo e outros órgãos representativos *“do variado mundo dos poderes públicos não estatais”*. O quarto problema está relacionado à prestação de contas desses organismos à sociedade (*accountability*)³³.

Para o jurista italiano, esses problemas se agravaram com o surgimento das autoridades independentes (ou agências reguladoras), que passaram a ter por *“delegação”* do Parlamento poderes normativos caracterizados por uma dupla função. *“Uma parte é conservada pelo Parlamento, enquanto outra é atribuída a autoridades independentes, embora nem todas tenham poderes normativos”*. No âmbito da organização administrativa, há uma mudança de perspectiva das autoridades independentes se afastarem da estrutura do Poder Executivo, considerando a ausência de hierarquia daqueles para com os ministérios do governo eleito, não estando sujeito ao princípio da *“responsabilidade ministerial”* ou controle hierárquico³⁴.

³² Nesse ponto, faz-se referência à ressalva de Fernando Abrucio, para quem a expressão *“burocrático weberiano”* como modelo administrativo não é unanimidade na literatura, nem em todos os países. No entanto, a *“escolha realizada justifica-se, uma vez que a burocracia weberiana é tomada como um tipo ideal classicamente referido às características do que hoje vem sendo classificado de antigo modelo administrativo – basicamente, uma organização guiada por procedimentos rígidos, forte hierarquia e total separação entre o público e o privado”* (ABRUCIO, Fernando. Os avanços e dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. In BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Org.). *Reforma do Estado e da Administração Pública Gerencial*, São Paulo: FGV, 2006.p. 178).

³³ CASSESE, op. cit., p. 32/33.

³⁴ Ibidem, p. 33/36.

Com efeito, o regime de indicação e a nomeação dos seus dirigentes com mandato fixo não coincidente com o do governo eleito, apesar de depender de aprovação do parlamento, faz com que o exercício da função administrativa não seja, a princípio, suscetível de ingerência de algum outro órgão externo. Um dos fatores para a utilização desse regime jurídico diferenciado de organização e gestão das autoridades independentes decorre do fato de eles serem responsáveis pela regulação de atividades consideradas “sensíveis”. Isto é, estão relacionadas ao debate dos riscos provenientes das mudanças incorporadas ao processo de globalização, existindo várias dimensões do risco produzido para tratar dos problemas criados pelo desenvolvimento tecnológico (meioambiente e saúde, por exemplo).

A abertura da regulação aos canais de participação da sociedade evidencia que, na prática, o Estado tem procurado adotar decisões voltadas para o consenso junto ao setor regulado, utilizando-se de típicos instrumentos de direito privado voltados para a negociação entre as partes envolvidas. Segundo Sabino Cassese, o paradigma bipolar é posto em cheque, na medida em que é valorizado pela Administração Pública o uso de modelos “*policêntricos e reticular*”:

Para a crítica do paradigma bipolar, foi relevante a observação da presença de estruturas não bipolares no processo, no qual o *Public Law litigation model* permite expandir o círculo dos potenciais autores e réus, e no próprio direito privado, em que se apresentam *polycentric tasks and adjudication*, que envolvem muitos sujeitos em questões de algum modo fluídas, que requerem negociações recíprocas e, portanto, são fundadas na negociação; ou então, a presença de contratos complexos, em que um único negócio formal se acumula uma pluralidade de intenções de negociação provenientes de mais de duas partes contraentes; e também o reconhecimento de que a estrutura dos sistemas jurídicos perde suas características tradicionais não é mais hierárquica, linear, arvorecente, monística, integrada, e assume outros traços porque é policêntrica, reticular e plural³⁵.

Pode-se apontar, também, a influência da concepção de “*governança*”, surgida na década de 1990, para a explicação da forma em que a “*regulação modifica substancialmente a relação do Estado com o setor privado e com a própria sociedade civil organizada*”. Trata-se de uma análise diversa da concepção tradicional da Administração Pública, cujos focos de análise estão relacionados aos limites da ação do governo e as respectivas interações com o setor privado, reconhecendo a “*importância da boa interação entre governo, sociedade civil e setor privado*”³⁶.

A governança surge no contexto de implantação das reformas neoliberais nos Estados Unidos e na Europa, mas difere dessa ideologia. É caracterizada pelo “*domínio das redes em*

³⁵ CASSESE, op. cit., p. 88.

³⁶ PECCI, Alketa. Regulação e administração pública. In GUERRA, Sérgio (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 58.

políticas públicas”, entendida como “*coleções amorfas de atores públicos, privados e sem fins lucrativos*”, que “*dominam a esfera da Administração Pública*”. Alguns entendem que as “*redes*” são concebidas “*como um processo natural decorrente da abertura econômica e da democratização*”, ao passo que outros entendem que há uma prevalência do privado sobre o público como consequência da crise de legitimidade deste. O controle cede lugar à influência, de modo que o “*poder central perde a capacidade de controlar diretamente os atores e os recursos e passa a usar mais a capacidade de influência*”. Há uma maior utilização de recursos públicos e privados de forma híbrida, institucionalizando, dessa forma, as parcerias formais e informais entre o setor público e o privado. Por fim, são criados modelos “*organizacionais híbridos*”, nos quais ocorre a mistura dos recursos público e privado³⁷.

Sabino Cassese afirma que a governança não é um “*instrumento da globalização*”, mas uma forma de mantê-la sob controle. Isto é, devem ser compreendidos “*como fenômenos diferentes, e até mesmo opostos, ainda que caminhem na mesma direção, de subtrair uma parte do direito ao seu soberano habitual, o Estado*”³⁸. Os defensores da governança afirmam que o seu conceito é “*essencialmente democrático*”. Apesar da redução do papel do Estado na atividade econômica com as reformas neoliberais, houve o aumento das parcerias com o setor privado e com o terceiro setor em função da “*crescente pressão da sociedade*”. Dessa forma, “*a governança reconhece a importância das organizações públicas na rede de articulação com o privado*”³⁹.

Assim, a fragmentação da unidade estatal fez com que a autoridade do poder político perdesse a sua importância como elemento centralizador na definição das políticas públicas, como preconizava o paradigma bipolar, havendo a delegação de sua autoridade às entidades autônomas ou reguladoras. A concepção de regulação quebrou a base de sustentação da matriz dicotômica do direito público, fazendo com que a relação entre o Estado e o particular passasse a ter características mais democráticas. Ego Bockmann Moreira ressalta que a lógica da exclusão entre o interesse público e o interesse privado, passou a conviver com uma atuação de forma mais paritária. “*Em determinados casos o Poder Público passou a ser obrigado a acolher manifestações das pessoas privadas como condição à tomada de decisões discricionárias*”, como é o caso das audiências e consultas públicas no âmbito das agências reguladoras. Por tal motivo, conclui que seria um

³⁷ PECCI, op. cit., p. 59.

³⁸ CASSESE, op. cit., p. 26.

³⁹ PECCI, op. cit., p. 59.

equivoco, “pretender estudar tal ordem de relacionamentos econômicos sob a perspectiva monoteísta de tempos remotos”⁴⁰.

No mesmo sentido, Paulo Todescan Lessa Mattos entende que a nova conformação do marco regulatório de setores estratégicos, conduzido pelas agências reguladoras, conferiu uma atuação mais negociada e aberta aos canais de comunicação com o setor regulado e a sociedade de um modo geral:

A criação de uma burocracia estatal para regulação de mercados — especialmente centralizada no modelo de agências reguladoras independentes — marcou uma redefinição dos canais de circulação de poder político para a formulação de políticas públicas para setores estratégicos da economia, tais como os de telecomunicações, energia elétrica, gás e petróleo, transportes, água e saneamento, saúde e medicamentos, seguros, etc. A formulação de políticas setoriais, antes restritas aos gabinetes ministeriais, aos conselhos institucionalizados no interior da burocracia estatal da administração direta, às decisões políticas do presidente da República e ao jogo de barganhas políticas com o Congresso, passou a adotar critérios técnicos e uma forma "negociada", segundo procedimentos juridicamente institucionalizados, com o público afetado pelas normas editadas pelas agências⁴¹.

Portanto, ainda que o Estado seja o elemento de fundamental importância para a atividade normativa de controle e de fiscalização do setor regulado, por meio da ação das agências reguladoras, o fato é que, no âmbito de um regime democrático, a sua atuação não pode ser mais imposta de forma unilateral sem ouvir previamente o setor regulado, os usuários do serviço público e a sociedade de um modo geral, sendo relevante uma atuação negociada do poder público, por meio de instrumentos até então considerados típicos do direito privado. Consultas e audiências públicas têm sido utilizadas pelo órgão regulador como importantes instrumentos de diálogo com a sociedade⁴².

1.3 O desenho institucional das agências reguladoras: autonomia e responsabilização(*accountability*)⁴³

⁴⁰ MOREIRA, Ego Bockmann. Qual é o futuro da regulação no Brasil? In SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André (Orgs.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 108/109.

⁴¹ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do estado regulador. *Novos Estudos - CEBRAP*, ano 2006, n. 76, pp. 139-156. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300007>. Acesso em: 10 fev. 2015.

⁴² Cf. PÓ; ABRUCIO, op. cit., p. 679/698.

⁴³ O termo *accountability* não possui uma tradução literal para a língua portuguesa que possa definir o seu sentido. Autores têm revelado a dificuldade em conceituá-la à luz da realidade política brasileira. A sua compreensão é complexa, de maneira que é preciso analisar o ambiente histórico, político e cultural em que está envolvido o aparato

Como forma de viabilizar a implantação da função regulatória do Estado, o legislador conferiu, às agências, instrumentos que lhes assegurassem autonomia técnica e decisória no processo de definição das políticas públicas, de forma a garantir independência técnica frente à ingerência política do Poder Executivo, que não acontecia no modelo de regulação adotado no período do regime militar. Ademais, a necessidade de dissociação da atividade de regulador e empresarial do Estado nos moldes preconizados pela Reforma Gerencial precisava da garantia de independência decisória e administrativa, aliada à função normativa conferida aos novos entes reguladores.

De um modo geral, o desenho institucional adotado pelo legislador para as agências reguladoras dotou-as de características em comum, a saber: a) independência administrativa e financeira; b) ausência de subordinação hierárquica; c) mandato fixo de seus dirigentes não coincidentes com o do Presidente da República e; d) quarentena. Podemos destacar, também, o amplo poder normativo conferido às agências reguladoras para disciplinar as matérias afetas à sua competência, as quais normalmente necessitam de critérios técnicos e especializados, considerando a complexidade da regulação moderna e a pluralidade dos interesses envolvidos⁴⁴. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira Neto, Filippo Maria Lancieri e Mateus Piva Adami, a especialização técnica dos entes reguladores *“justificaria esse poder normativo, a ser exercido com base nas*

estatal e a sua relação com a sociedade dentro de um contexto democrático. *“O grau de accountability de uma determinada burocracia é explicado pelas dimensões do macroambiente da administração pública: a textura política e institucional da sociedade; os valores e os costumes tradicionais partilhados na cultura; a história”* (CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzir para traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 24, p. 47). De um modo geral, o *“significado do conceito (accountability) envolve responsabilidade (objetiva e subjetiva), controle, transparência, obrigação de prestação de contas, justificativas para as ações que foram ou deixaram de ser empreendidas, premiação e/ou castigo”* (PINHO, José Antônio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzir para o português? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, Vol. 43, nov./dez.2009, p. 1364). Para os propósitos da presente dissertação, o objetivo de trazer a lume esse conceito consiste em registrar que o processo de construção de um novo formato organizacional de agências reguladoras, em que se buscou conferir uma maior transparência e eficiência da atuação estatal, propiciou, na medida do possível, maior responsabilização dos atos praticados pelos entes reguladores, que vai além da análise tradicional do controle hierárquico, ao se permitir uma maior participação da sociedade no processo de definição e execução das políticas públicas, por meio de audiências e consultas públicas, por exemplo.

⁴⁴Alexandre Santos de Aragão ressalta que a mera denominação pela lei instituidora da agência reguladora o qualificativo *“autarquia de regime especial”*, não a torna um ser diferenciado das demais autarquias já existentes, por exemplo, no plano da Administração Pública federal, como ocorreu com as universidades públicas (Lei nº 5.540/1968). É preciso aferir, pois, o delineamento institucional objetivamente previsto na legislação de regência. Entende o autor que *“as agências reguladoras são autarquias de regime especial tanto formal (as respectivas leis instituidoras as denominam como tal) como material (são asseguradas as diversas prerrogativas que aumentam consideravelmente a sua autonomia em comparação com a das demais autarquias, em especial a vedação de exoneração ad nutum dos membros do seu colegiado dirigente, nomeados por prazo determinado)”* (ARAGÃO, op. cit., p. 279/280). Sérgio Guerra, por sua vez, aponta como *“elementos confirmadores da autonomia”* das agências as seguintes características: *“organização colegiada, impossibilidade de exoneração ad nutum dos seus dirigentes; autonomia financeira e orçamentária, e, por último, independência decisória”* (GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras: da organização piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 118).

diretrizes estabelecidas em sua lei de criação e em observância das características técnicas do setor regulado”⁴⁵.

Como destacado, as principais motivações para a escolha desse modelo institucional decorreu da necessidade de conferir maior flexibilidade frente aos modelos tradicionais existentes no serviço público, incentivos para especialização técnica dos órgãos reguladores, transferência parcial às agências do ônus político pela adoção de medidas consideradas impopulares (*blame-shifting*), e, ainda, a necessidade de “*credibilidade regulatória*”, de modo a garantir estabilidade e previsibilidade às regras, preservando o ente regulador de ações oportunistas dos políticos⁴⁶.

Outro fator relevante para a compreensão da autonomia e da especialização da agência reguladora está relacionada ao crescente alargamento das funções estatais e da complexidade técnica na elaboração das políticas públicas, de maneira que a cada dia os burocratas vão tendo participação mais ativa no âmbito desse processo. A máxima de que o político compete decidir a política e os burocratas a sua execução, na prática, não tem sido observada, sendo cada vez mais comum a “*diluição ou transposição entre a política e a burocracia*”, e, por conseguinte, “*cria um novo desafio para a ordem democrática*”⁴⁷, na medida em que um agente público não eleito passa a exercer significativa influência na elaboração das políticas públicas.

⁴⁵Op. cit., p. 146.

⁴⁶PÓ, 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*, Rio de Janeiro, 2006, v. 40, n. 4, p. 684. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000400009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14ago. 2014. Regina Silva Pacheco relata que alguns autores tentam utilizar a concepção de *blameshifting* para explicar a criação das agências reguladoras na área social (ANS e ANVISA, por exemplo), representando “*uma tentativa, por parte do governo, de se desonerar de decisões muitas vezes complexas e impopulares*”. Já em relação ao setor de infra-estrutura (ANATEL, ANP, ANTT, ANEEL, ANTAQ, ANAC), a autora destaca que “*diversos autores tendem a convergir em torno dos argumentos que privilegiam a busca de credibilidade regulatória, além da necessária especialização técnica*” (PACHECO, op. cit., p. 530).

⁴⁷ “[...] a distinção de papéis e responsabilidades entre os dois atores típicos ideais – os políticos decidem e os burocratas implementam – não é tão clara e precisa na realidade, especialmente nas democracias contemporâneas nas quais essas duas figuras se imbricam. São frequentes as situações em que os burocratas também participam do processo de formulação das políticas e mesmo da articulação dos interesses que as envolvem (Aberbach, Putnam e Rockman, 1981). Além disso, a crescente complexidade técnica dos problemas enfrentados hoje em dia pelo Estado na formulação das políticas públicas exige que os políticos tenham que orientar suas escolhas também por critérios técnicos. Portanto, configura-se no mundo contemporâneo a denominada burocratização da política e a politização da burocracia. A diluição ou transposição da fronteira entre política e burocracia cria um novo desafio para a ordem democrática: como controlar os burocratas que também participam da tomada de decisões e das escolhas entre diferentes objetivos para as políticas públicas? Ou seja, como responsabilizá-los em termos políticos, já que atuam politicamente e não apenas burocraticamente? Em suma, como controlá-los para além da lógica da legalidade e proibidade de seus atos ou omissões? (ARANTES, Rogério Bastos et al. Controles democráticos sobre a administração pública no Brasil: Legislativo, tribunais de contas, Judiciário e Ministério Público. In: LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz e PACHECO, Regina Silva (Orgs.). *Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI*. Rio de Janeiro, 2010. p. 111/112).

Em razão disso, a tentativa de insulamento do ente regulador frente ao poder político (executivo e legislativo), para a definição das políticas públicas, tem gerado diversas críticas acerca do papel dessas agências autônomas dentro do contexto democrático, uma vez que os seus dirigentes e o respectivo corpo técnico não são submetidos à periodicidade do sufrágio universal. Com efeito, a ideia de responsabilização (*accountability*) dos atos das agências perante a sociedade “*traz novos desafios à democracia, ao criar domínios controlados por burocracias técnicas com pouca ou nenhuma responsabilização pública*”⁴⁸.

Nesse contexto, a discussão em torno da responsabilização dos entes reguladores adquire importância dentro de um regime democrático introduzido pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a principal crítica levantada em relação à função reguladora exercida no regime militar, era no sentido de que se tratava de uma política nada permeável aos anseios da sociedade.

De fato, a autonomia e a independência dos entes regulatórios não representam, necessariamente, garantia de uma administração neutra em prol do interesse público. É preciso que haja também mecanismos eficientes para a responsabilização das decisões adotadas pelas Agências, sem que prejudique a sua independência técnica. Como tem destacado a literatura, há o risco de gerar o fenômeno da captura no âmbito das agências reguladoras, basicamente, por dois motivos: possibilidade de influência do setor regulado ou de grupos de interesse sobre a agenda das agências reguladoras, de modo que a regulação venha satisfazer os seus próprios interesses (*rentseeking*); ou a possibilidade de o próprio corpo burocrático vir a se utilizar da sua influência dentro do poder decisório da agência reguladora em detrimento do interesse público, podendo produzir regulação exagerada ou equivocada⁴⁹. Ademais, a autonomia das agências reguladoras é posta à prova, na

⁴⁸PÓ; ABRUCIO, op. cit., p. 680/681. Sobre a questão da necessidade do controle da atividade regulamentar, confira BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial*. São Paulo: RT, 2003. p. 250 e ss.

⁴⁹Ego Bockmann Moreira destaca que o fenômeno da captura nas agências no Brasil tem ocorrido de forma “*bifronte, pois se dá tanto pelas mãos dos mercados regulados como pelas mãos do Estado que as instituiu*”. Por outro lado, o autor ressalta que a captura não se confunde com a corrupção ou a prática de atos de improbidade, muito embora isso possa ocorrer também: “*sublinhe-se que, ao mencionar a captura das entidades reguladas, não se está a tratar propriamente de corrupção ou improbidade (sem se descartar estes crimes, que podem ocorrer). A ideia é bem mais sofisticada. Ser capturado antes significa não constatar e nem se dar conta da efetiva subordinação da agência a interesses alheios àquele interesse público primário que lhe é cometido em lei. Ser capturado implica imaginar que se está regulando determinado mercado em favor da concorrência, consumidores e usuários quando, a rigor, o principal beneficiário é próprio regulado (ou o governante de plantão, à procura de votos). A regulação a impor maiores custos à própria Economia – e a vangloriar os agentes regulados e/ou eleger políticos. Por meio da captura, a norma regulatória – que, em tese, se prestaria a alterar a conduta dos agentes econômicos submetidos à agência – acaba por se tornar um produto, eis que manufaturada pelos regulados (ou pelo Executivo central) em seu próprio favor*” (MOREIRA, Ego Bockmann. Qual é o futuro da regulação no Brasil? In: SUNDNFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André (Orgs.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 134/135).

medida em que são também responsáveis pela regulação de empresas estatais vinculadas ao próprio Executivo. “Neste caso, é especialmente importante evitar que o órgão regulador favoreça a empresa estatal em detrimento de um ambiente competitivo saudável, o que poderia gerar certa ‘captura às avessas’”⁵⁰.

No contexto político brasileiro, a literatura, sobretudo no campo da administração pública e da ciência política, tem se preocupado com a discussão em torno da *accountability*, ou da responsabilização dos atos das agências autônomas, como forma de atenuar possíveis déficits democráticos no processo de definição e avaliação da política regulatória no exercício do seu poder normativo⁵¹, fomentando a participação dos cidadãos, de modo a fazer com que as decisões sejam mais responsivas, no sentido de transparência e prestação de contas perante a sociedade.

A noção de *accountability*⁵² e controle, segundo ABRUCIO e PÓ, não são termos sinônimos, embora estejam indissociavelmente ligados dentro de um regime democrático. Este diz respeito à legitimidade e à capacidade de um “ator em fazer que outro atenda às demandas daquele, pela imposição de restrições penalidades e incentivos”. Já *accountability* é um conceito mais abrangente, “que inclui a existência de condições para os cidadãos participarem da definição e avaliação das políticas públicas, premiando ou punindo os responsáveis”. Para tanto, deve ser franqueada à sociedade “a disponibilidade de informações sobre a atuação dos governos e seus resultados, bem como a existência de instituições que permitam contestar as ações do poder público”. Portanto, deve haver espaços institucionais para que todos possam provocar e impugnar as decisões do poder público (Tribunais de Contas, Ministério Público, Judiciário etc.), como forma de viabilizar a sua plena participação no regime democrático⁵³.

Com efeito, o mecanismo de análise da *accountability* é complexo, iniciando-se a partir da deflagração do processo eleitoral periódico para a escolha dos representantes do povo no

⁵⁰ PEREIRA NETO; LANCIERI; ADAMI, op. cit., p. 149.

⁵¹ “A fim de conferir maior legitimidade às decisões das agências reguladoras, inclusive as decorrentes do exercício de poder normativo, previu-se um devido processo legal mínimo para garantia dos administrados. Além disso, também foram adotados novos mecanismos de controle e *accountability* até então pouco utilizados, tais como as consultas e audiências públicas prévias à edição de atos normativos e a análise de impacto regulatório – sendo que esta última, na prática, ainda não tem sido adotada em sua integralidade” (Ibidem, p. 146).

⁵² De acordo com o conceito apresentado por FREITAS FILHO e CASAGRANDE (2007, p. 59) com base em Mclean e Mcmillan, “*accountability* consiste n’o requisito de que os representantes devem responder aos representados ao disporem de seus poderes e deveres, atuar sob a possibilidade de crítica ou em consideração às críticas que lhe são feitas, bem como aceitar (em algum grau) responsabilidade por falha, incompetência ou erro” (FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, Renato. Estudos jurídicos críticos (CLS) e coerência das decisões. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 44, n. 75, jul./set. 2007. p. 59).

⁵³ “Assim, controle e *accountability* não são sinônimos, sendo o primeiro um dos componentes do segundo, embora sejam, num regime democrático, indissociavelmente ligados, porque não há efetivação da *accountability* sem a utilização de instrumentos institucionais de controle” (PÓ; ABRUCIO, op. cit., p. 686).

parlamento e na chefia do Executivo. Não obstante, o processo eletivo, por si só, não é capaz de assegurar que o político irá cumprir fielmente com as suas promessas de campanha e atender às expectativas da sociedade. Faz-se necessário, também, a atuação simultânea de diversos atores institucionais envolvidos, por meio da interação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – no caso do regime presidencialista como o brasileiro, seja pela participação da sociedade civil, dentro do espaço regulatório, bem como pela atuação dos setores econômicos regulados e os não regulados junto às agências e demais canais institucionais de participação e controle.

De qualquer forma, a despeito da complexidade desses mecanismos, *“eles devem ser rastreáveis, direta ou indiretamente, pelos cidadãos, senhores últimos da legitimidade em um regime democrático”*⁵⁴. Por fim, é fundamental a criação de regras intertemporais pelas quais transmitam segurança jurídica e previsibilidade às regras do jogo democrático, com o nítido propósito de limitar a atuação do poder político e garantir o direitos individuais e coletivos da população, evitando-se decisões *ad hoc* do governante de ocasião, que não podem ser simplesmente alterados de forma arbitrária sem respeitar as regras estabelecidas na Constituição e nas leis⁵⁵.

Nessa perspectiva, o legislador se preocupou em propiciar uma maior participação dos usuários, agentes econômicos do setor regulado e a população de um modo geral, no processo de definição e avaliação das políticas públicas, notadamente por meio de consultas e audiências públicas. Previu, também, que as decisões das agências devem ser fundamentadas e adotadas por meio de Diretoria Colegiada, em reuniões abertas ao público, cujo processo também deve estar suscetível à consulta à população⁵⁶.

⁵⁴“Existe, portanto, um mecanismo complexo de accountability entre os diversos atores. Para uma noção dessa complexidade podemos dar alguns exemplos da interação múltipla entre os atores. Em uma linha direta a sociedade civil monitora os políticos, que monitoram as agências e estas, por sua vez, regulam as empresas. Os consumidores e grupos da sociedade civil sofrem efeitos das empresas e informam tanto ao regulador quanto aos políticos desses resultados. Grupos econômicos e sociais atuam diretamente sobre a agência. Executivo e Legislativo atuam sobre o outro” (Ibidem, p. 686).

⁵⁵Esse procedimento complexo de accountability nos remete à sua distinção nos planos vertical e horizontal. Segundo ARANTES *et al*, na esteira da classificação desenvolvida por Guillermo O’Donnell, *“a responsabilização democrática procura aliar dois mecanismos: de um lado, os relacionados à accountability vertical, na qual os cidadãos controlam de forma ascendente os governantes, por meio de voto para escolher seus representantes, em plebiscitos sobre matérias substantivas ou ainda pelo controle social exercido, por exemplo, em conselhos de usuários de serviços públicos; de outro, os vinculados à accountability horizontal, que se efetivam mediante a fiscalização mútua entre os poderes (checks and balances) ou por meio de outras agências governamentais que monitoram e fiscalizam o poder público, como os tribunais de contas e o Ministério Público brasileiros”* (ARANTES *et al*, op. cit., p. 115).

⁵⁶ Nesse sentido, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida por Lei de Acesso à Informação, veio regulamentar os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no [inciso XXXIII do art. 5o](#), no [inciso II do § 3º do art. 37](#) e no [§ 2º do art. 216 da Constituição Federal](#), aplicando-se a os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público; bem como as autarquias, as fundações

O novo formato institucional delineado para as agências reguladoras no Brasil proporcionou de certa forma “*maior accountability dos órgãos em relação à burocracia que atuava anteriormente nos setores*”, permitindo a ampliação da prestação de contas, a participação da sociedade, “*a explicitação de conflitos de interesses e a responsabilização*”, aspectos essenciais da *accountability*, consistente na “*ampliação dos espaços democráticos do Estado moderno*”⁵⁷.

De um modo geral, é importante pontuar que a questão da independência das agências reguladoras tem sido tratada no Brasil por parte da doutrina sob a perspectiva da ausência de controle hierárquico frente ao Executivo, cuja liberdade de atuação estaria assegurada pela existência de um mandato fixo dos seus dirigentes, o que poderia levar a uma conclusão precipitada de que as agências gozam de autonomia quase que ilimitada⁵⁸. Por outro lado, se analisarmos a questão do controle sob a perspectiva política ou social (*accountability* horizontal), exercido de forma permanente por múltiplos atores, poderemos verificar que a questão da autonomia da agência e da responsabilização de suas decisões poderá conviver de forma convergente.

A seguir, partir de um relato comparativo da experiência norte-americana sobre o desenvolvimento das agências a partir da década de 1930, pode-se observar que o conceito de autonomia foi se amoldando aos diversos mecanismos de responsabilização inerentes ao regime democrático, sem prejudicar a especialização e o caráter técnico das decisões regulatórias.

públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

⁵⁷PÓ, Marcus Vinícius e ABRUCIO, Fernando. Op. cit., p. 686.

⁵⁸Com efeito, a ideia de controle hierárquico baseia-se na “*relação de autoridade que se estabelece entre o nomeador e o nomeado*”, com fundamento “*no paradigma clássico da burocracia, que pressupõe autoridade única e relações verticais de autoridade e controle*”. Os termos controle e autonomia seriam antagônicos, “*pois controle reside basicamente no poder de nomeação (e demissão) dos dirigentes da agência pelo chefe do Executivo*”. Acrescenta, também, a autora, que “*o debate em torno do grau de autonomia das agências reguladoras, no Brasil, ainda não faz as distinções necessárias entre controle político e controle hierárquico, nem entre controle político e controle social. Tende a remeter a autonomia à ausência de controle; tais características podem, no entanto, não ser antinômicas, desde que se avance na compreensão da natureza do ‘controle político’. O controle hierárquico não garante responsabilização, e sim alinhamento; pode, portanto, não criar os mecanismos de accountability requeridos*” (PACHECO, Op. cit., p. 525 e 541). Floriano de Azevedo Marques Neto também critica a visão equivocada acerca da ausência de controle dos atos das agências: “*a moderna configuração do Estado brasileiro já abandonou de há muito a tradição segundo a qual só haveria controle dos entes da Administração mediante o processo hierárquico. Hoje não só os poderes crescentemente se controlam de forma recíproca, como crescem os instrumentos de controle pela sociedade sobre a atividade estatal, administrativa em particular*” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 130/131). Sérgio Varella Bruna também pondera que a crescente complexidade dos problemas da vida social “*revelaram a inadequação do esquema tradicional em amoldar-se às novas competências normativas concedidas ao Executivo, as quais, ficaram carecendo do estabelecimento de métodos adequados a seu controle*” (BRUNA, op. cit., p. 252).

1.4 A experiência norte-americana

Embora o modelo brasileiro de agências reguladoras tenha se inspirado no modelo norte-americano, como tem revelado parte significativa da literatura dedicada à regulação, é importante ter em vista o contexto histórico, político e econômico de cada país, no qual se relaciona a regulação e o poder estatal. Regina Silva Pacheco assinala que nos Estados Unidos “*o debate é fortemente marcado pela experiência pré e pós New Deal e por resistências à ampliação da intervenção do Estado, especialmente do Executivo federal*”. Já no Brasil a criação das agências sucedeu o legado intervencionista que caracterizou o regime militar, com o objetivo de promover “*credibilidade regulatória*” e a “*tentativa de escapar à rigidez do modelo burocrático consagrado pela Constituição de 1988*”. Enquanto nos EUA “*o debate se travou sobre mais ou menos Estado*”, no Brasil o surgimento das “*agências reguladoras independentes remete ao debate sobre mais ou menos governo (ou mais ou menos política) e ainda sobre mais ou menos burocracia (e controles burocráticos)*”⁵⁹.

Não obstante as diferentes motivações entre os dois países no que tange a adoção de determinado modelo institucional de agência, o aspecto de relevo para o presente trabalho se refere à forma como o direito administrativo americano lidou com o problema da influência dos grupos de interesse no âmbito do espaço decisório e os mecanismos de responsabilização em um contexto democrático, cujo debate poderá contribuir para uma maior compreensão sobre a autonomia das agências brasileiras. Ademais, vários institutos do *common law* serviu de inspiração para uma maior compreensão do funcionamento das agências no que se refere à regulação de serviços públicos, o poder normativo das agências e a ideia de processualidade administrativa⁶⁰.

Com efeito, como revela Cass R. Sunstein⁶¹, o modelo idealizado de *agencie* pela política do *new deal* visou conferir maior celeridade às decisões técnicas a cargo da administração e evitar a influência dos grupos de interesse, propiciando às agências a acumulação das funções executiva,

⁵⁹PACHECO, op. cit., p. 525.

⁶⁰ Nesse sentido, Carlos BastideHorbach assinala que “*o direito administrativo do common law passou a ser um referencial fundamental para a compreensão dessas novas figuras do ordenamento brasileiro, servindo, pois, de recurso interpretativo importante para a solução de problemas decorrentes da aplicação do modelo de regulação estatal de serviços públicos e de determinados mercados, em especial em tema como o poder normativo das agências, a participação de interessados no processo decisório por meio de consultas públicas e controle dos atos de regulação por meio da revisão judicial*” (HORBACH, Carlos Bastide. O direito administrativo no sistema de Common Law. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 101, jul. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=58301>>. Acesso em: 4 set. 2015. No mesmo sentido: BRUNA, op. cit., p. 181.

⁶¹SUNSTEIN, Cass R. O constitucionalismo após o New Deal. In MATTOS, Paulo et alli (Orgs.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: 34, 2004. p. 151/152.

legislativa e judiciária⁶². A crença na autonomia das agências permitiria evitar abusos e as amarras dos “*tribunais do common law, e, eventualmente, o processo legislativo, que pareciam ter se tornado presas do controle das facções*”. Contudo, o afastamento das garantias tradicionais pensado pelos reformadores aumentou “*a probabilidade de ocorrência dos abusos que o sistema tradicional foi pensado para controlar*”.

O autor pontua, também, que o “*problema das facções*” no âmbito do processo regulatório, tem preocupado os estudiosos do direito administrativo nos Estados Unidos nas últimas décadas, haja vista que “*a ausência tanto de um verdadeiro insulamento quanto de salvaguardas eleitorais tornou os administradores suscetíveis à influência de grupos privados bem organizados*”. Outrossim, também gerou sérias críticas acerca do caráter democrático e responsivo, na medida em que “*os atores das agências não são responsabilizáveis mediante eleições e frequentemente não são responsivos perante o público em geral*”. Contudo, ressalta que, apesar de “*episódios de ‘captura’ das agências seja comuns na literatura*”, a sua identificação na prática tem se mostrado bastante complexa.

A ideia de autonomia das agências no contexto político norte-americano foi sendo relativizada por um maior controle nas três esferas de governo, especialmente no âmbito do poder executivo por meio da supervisão presidencial exercida pelo *Office of Management and Budget* (OMB) sobre a regulação produzida, permitindo uma aproximação ou conciliação entre a especialização técnica e a responsabilização política. Do ponto de vista teórico, SUNSTEIN⁶³ assinala que a supervisão realizada pelo Presidente da República se justifica sob três aspectos: a) A responsabilização do Presidente perante o eleitorado, assegurando “*um grau de responsividade*”; b) A posição privilegiada do Chefe do Executivo em “*centralizar e coordenar o processo regulatório*”, considerando a sua competência para “*aplicação de uma vasta legislação federal*”; e c) a capacidade coordenar, de energizar e direcionar “*a política regulatória de uma forma que seria difícil ou impossível de se fazer caso aquela política fosse determinada individualmente pelos funcionários das agências*”⁶⁴. Do ponto de vista prático, permite uma análise de custo benefício da

⁶²Regina Silva Pacheco relata que “*os reformadores do New Deal propuseram agências autônomas, reunindo os três poderes até então separados pela Constituição; consideravam o common law como proteção dos direitos dos proprietários contra os riscos de intervenção indesejada do Estado. Comprometidos com a redistribuição da riqueza e com a criação de novos direitos sociais, os new dealers defendiam a criação de agências autônomas, visando aumentar o poder regulador do Executivo federal*”(PACHECO, op. cit., p. 537).

⁶³ SUNSTEIN, op. cit., p. 155/157.

⁶⁴Cass R. Sunstein destaca também que nessa função de coordenação e direcionamento da política regulatória, o OMB possuiria “*algumas vantagens potenciais em relação ao Judiciário*”, considerando a sua “*capacidade de centralizar e coordenar o processo administrativo, seu maior poder de iniciativa, sua responsabilização política e sua capacidade de reunir um corpo de funcionários especializados em determinada matéria*”. Por outro lado, no que se refere à

política regulatória como forma de disciplinar as decisões das agências, ou seja, “*levar ‘a análise de políticas’ a incorporar e garantir que as vantagens e desvantagens das propostas de ação sejam levadas em consideração*”.

No entanto, diversas críticas também têm sido levantadas sobre a forma de supervisão exercida pelo OMB, notadamente no que se refere à falta de capacidade técnica dos seus funcionários e a politização na sua atuação; a possibilidade de influência dos grupos de interesse; controle substancial sobre os processos regulatórios etc. De qualquer forma, Cass R. Sunstein considera que as vantagens do controle exercido pelo OMB têm superado as desvantagens em não se ter um órgão presidencial responsável pela supervisão e coordenação da regulação de acordo com a diretriz política do presidente eleito, em razão de ter tornado as políticas regulatórias mais responsivas perante a sociedade.

A atuação do OMB serviu também como um instrumento de controle sobre o avanço da regulação e passou exercer um acompanhamento mais incisivo sobre a atuação das agências, sendo associada a sua atuação à *desregulação* ocorrida na década de 1980, sobretudo durante o governo do Presidente Reagan, com o objetivo de atenuar a intervenção do Estado na economia⁶⁵.

A experiência norte-americana revelou que a ideia de autonomia, responsabilização e controle não são antagônicos, mas complementares, tratando-se de conceitos interligados, em que múltiplos atores (Executivo, Legislativo e Judiciário) atuam de forma simultânea em prol do fortalecimento da política regulatória, sem prejudicar a flexibilidade, a especialização técnica e a autonomia da agência. Cass R. Sunstein defende um controle mais acentuado dos atos das agências por parte do Executivo e do Legislativo, em detrimento de um controle moderado exercido pelo Judiciário.

É um equívoco, portanto, analisar a autonomia das agências reguladoras apenas sob a análise estática e abstrata da legislação setorial respectiva, sem levar em consideração os aspectos que envolvem a sua atuação dentro de um espaço dinâmico por meio da interação entre diversos

diminuição dos riscos do poder de influência dos grupos de pressão ou das facções, “*a posição do OMB como coordenador-geral da política regulatória lhe traz uma vantagem comparativa para resistir a pressões de grupo bem organizados que buscam regulação demais ou de menos. Além disso, a própria possibilidade de revisão provavelmente teve um importante efeito nas decisões das agências. É razoável supor que a revisão do OMB efetivamente evita propostas descuidadas ou impróprias*” (Ibidem, p. 157).

⁶⁵ “[...] a revisão do grau de autonomia concedido às agências americanas, defendida por governos de corte conservador, visou obter um recuo nas atividades de regulação (e na atuação do Estado), em prol de maiores liberdades ao mercado” (PACHECO, op. cit., p. 539). Por outro lado, Cass R. Sunstein, embora reconheça que a supervisão exercida pelo OMB “*tenha sido sem dúvida buscada por interesses que se opunham a regulação*” no governo Reagan, defende que não existe “*uma conexão necessária entre uma posição política anti-regulatória e a defesa do controle pelo Executivo. Numa outra administração, a centralização no Executivo poderia ter o efeito oposto*” (Idem, p. 162).

atores institucionais, que acabam delimitando o espaço de atuação do ente regulador. Nesse sentido, a análise da atuação das agências sob o enfoque da teoria dos diálogos institucionais pode-se mostrar bastante esclarecedora acerca da dinâmica do fenômeno regulatório, seja para apontar benefícios, seja para revelar suas vicissitudes⁶⁶.

1.5 Considerações sobre o sentido jurídico de regulação

Para que se possa ter a compreensão sobre a função do Estado regulador, é importante tecer algumas considerações sobre o termo “*regulação*”, para compreender o seu sentido e a sua dinâmica. Na literatura jurídica brasileira o interesse por essa palavra é considerado recente, muito embora essa modalidade de intervenção estatal já estivesse presente na realidade econômica brasileira há muito tempo, sendo tratada quase que exclusivamente sob a ótica limitada dos conceitos tradicionais da teoria do poder de polícia⁶⁷. Paulo Todescan Lessa Mattos, por sua vez, assinala que “*a existência de um modelo de Estado regulador não constitui uma novidade no Brasil, apesar de muitos preferirem qualificar como Estado planejador ou Estado desenvolvimentista*”⁶⁸.

A despeito de já existir o seu uso normativo na legislação, como é o caso do disposto no artigo 174 da Constituição Federal de 1988, ao prever a competência do Estado para exercer a função de “*agente normativo e regulador da atividade econômica*”, a criação das agências reguladoras despertou o interesse dos juristas sobre os temas relacionados à regulação e os seus reflexos no direito administrativo⁶⁹.

⁶⁶ V. capítulo II *infra*.

⁶⁷Nesse sentido, cf. MENDES, Conrado Hubner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os parâmetros de Discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 115. Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que “*a regulação não é atividade nova. O vocábulo que é novo no âmbito do direito administrativo*”, em razão da influência do sistema anglo-saxão, notadamente do direito estadunidense, sendo possível afirmar, no entanto, “*sem receio de errar*”, que a atividade de regulação abrange o conceito de serviço público, fomento e o poder de polícia (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella di Pietro (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 26).

⁶⁸ MATTOS, op. cit., p. 139. Conrado Hubner Mendes registra que a “*realidade jurídica brasileira apresenta uma infinidade de órgãos ou pessoas administrativas*” que desempenham atividade de regulação, de maneira que “*entes reguladores de certos segmentos da economia sempre existiram*” (MENDES, op. cit., p. 118). No mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão destaca que a função reguladora “*sempre esteve em maior ou menor escala entre as funções estatais de ordenação da economia; sempre houve, desde principalmente a década de trinta, diversas entidades reguladoras, dotadas inclusive de elevados poderes regulamentares – que não poucas discussões suscitaram*”. O autor cita o exemplo da atividade desempenhada pelo Instituto Nacional de Pesos e Medidas – INMETRO, Instituto Brasileiro do Alcool – IAA, Instituto Brasileiro do Café – IBC, Conselho Nacional de Seguros Privados e o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI (ARAGÃO, op. cit., p. 316).

⁶⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 98.

Não há um conceito exato sobre regulação na literatura jurídica, muito menos na jurisprudência dos tribunais⁷⁰. Mas, de um modo geral, destaca o autor (idem, p. 99) que a palavra regulação tem sido utilizada para “*designar o conjunto das intervenções estatais, principalmente sobre os agentes econômicos, e, portanto, o conjunto de condicionamentos jurídicos a que essas intervenções se sujeitam e de mecanismo jurídicos que essas intervenções geram*”⁷¹.

Richard A. Posner⁷² assinala que a regulação representa uma forma de “*intervenção estatal no mercado*”, entendida como “*a todos os tipos de impostos e subsídios, bem como aos controles legislativo e administrativo explícitos sobre taxas, ingresso no mercado, e outras facetas*”.

⁷⁰Conforme observações de Diogo de Sant’ana: “*do ponto de vista teórico não é fácil definir o que seja regulação. Uma das formas de se entender o que seja regulação é descrevê-la como o instrumento utilizado pelo Estado na ordenação e organização dos mercados (GRAU, 2002, p. 136). Pode-se entender regulação como poderes e ações decorrentes da intervenção do Estado quando este manifesta objetivos declaradamente econômicos (SUNDFELD, 2002, p. 18). Outra possibilidade é entender a regulação como controle legislativo e administrativo exercido por meio de impostos, controle sobre ingresso, subsídios controle sobre ingresso nos mercados (POSNER, 2004, p. 50). Pode-se adotar ainda a visão de que existem ao menos três formas de regulação: a econômica, que interfere diretamente nas decisões do mercado; a social, que protege os interesses públicos, tais como meio ambiente e segurança; e a administrativa, que são regras por meio das quais os governos coletam informações e intervêm em decisões econômicas individuais (OCDE, 1997)*”. No que se refere ao conceito utilizado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o autor de destaca a utilização do termo regulação nos seguintes sentidos: a) “*organização da atividade econômica*” (RE nº 422.941, voto do Ministro Joaquim Barbosa); b) como forma de “*controle*” sobre o aumento das mensalidades escolares (ADI nº 319, voto do Ministro Moreira Alves) e; “*a atividade regulatória como uma espécie de normatividade específica, própria da Administração, e distinta das normas gerais e abstratas emanadas do Poder Legislativo*” (Conflito de Atribuições n. 35, voto do Ministro Célio Borja) (SANT’ANA, Diogo de. *Conjuntura da regulação no Brasil: conflitos e convergências*. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Org.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva / FGV, 2010. p. 366).

⁷¹Isso não significa a abolição da intervenção estatal na atividade econômica. A regulação é uma forma de intervenção estatal na economia. “*Porém uma forma de intervenção que nos seus pressupostos, objetivos e instrumentos diferem substancialmente da intervenção direta no domínio econômico*” (MARQUES NETO, Frederico de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 31). Ego Bockmann Moreira esclarece que, quanto à intensidade, do ponto de vista jurídico, a “*regulação pode ser soft ou hard*”. A primeira “*estrutura-se através de incentivos/estímulos e respectivas sanções positivas, premiais, e não por meio de ordens mandamentais sob pena de sanções negativas. Pretende que o agente econômico, se assim o desejar, adote determinada conduta que a regulação busca atingir. A liberdade é a marca da regulação soft, que pode dar-se, por exemplo, através de fomento econômico, subsídios e benefícios fiscais. Como na tradicional dito econômico, aqui se pode levar o cavalo até a água, mas não se pode forçá-lo a beber: se o agente econômico se deixar seduzir, altera sua conduta e a submete ao padrão regulamentar*”. De outro lado, a regulação dura (hard) “*é aquela em que a autoridade competente (pública ou privada) estabelece ordens a serem obedecidas pelos agentes econômicos, que são obrigados a cumpri-las: ‘proibir e obrigar’ são os verbos dos quais se ocupa a regulação hard*”. O autor destaca que o exemplo mais comum desse tipo de regulação ocorre quando há a fixação de preços ou quando o agente privado é obrigado a conviver “*com empresa estatal, a qual, por meio de subsídios públicos (renúncia a superávits), pratique preços inferiores aos definidos pelo próprio mercado no qual ela interage (por exemplo, bancos públicos a celebrar empréstimos com juros mais baixos; farmácias populares vendas mais baratas de medicamentos; e, em nível global empresa petrolífera a praticar vendas de combustível a preço inferior ao das cotações internacionais)*”. Ressalta que esse modelo de regulação mais intensa pode gerar mais custos ao mercado consumidor, por meio de aumento de impostos. “*De qualquer forma, em todas as formas de hard regulation a liberdade dos agentes econômicos regulados é reduzida, muitas vezes ao mínimo necessário a sua existência*” (MOREIRA, op. cit., p. 117).

⁷² POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. In MATTOS, Paulo et alli (Orgs.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, São Paulo: 34, 2004. p. 50.

da atividade econômica”. O jurista americano rejeita a teoria do interesse público (*publicchoice*)⁷³ e a teoria da captura para explicar os objetivos da regulação econômica. A ideia de que a intervenção estatal tem por pressuposto corrigir falhas de mercado (monopólio, externalidades, assimetria de informações e problemas de ação coletiva – *freerider*) possui uma série de deficiências, tendo em vista que a prática tem demonstrado que nem sempre a regulação tem por objetivo corrigir tais falhas, bem como a teoria “*não define qualquer intercâmbio ou mecanismo pelo qual uma concepção de interesses públicos é traduzida em ação legislativa*”⁷⁴. De outro lado, também não há dados empíricos suficientes para demonstrar que a regulação tem por pressuposto sempre satisfazer grupos específicos de interesse (captura ou *rentseeking*). A ausência de dados empíricos para tanto, sinalizam que “*os efeitos da regulação econômica são difíceis de rastrear*”, tornando complicado “*identificar quais os mercados que se beneficiam e quais são os prejudicados pela regulação*”⁷⁵.

Por outro lado, a ideia de que a regulação exercida pelas agências reguladoras é pautada exclusivamente por critérios técnicos, alheios às influências políticas, tem se mostrado também dissociada da realidade. Não se trata de decisão de cunho estritamente legal relacionada à aplicação do direito aos fatos por meio de um juízo de subsunção (ex.: autorização para exploração de determinada atividade econômica). De igual modo, as decisões de caráter técnicos são importantes para a Administração eleger o método mais adequado à consecução de determinada política pública, de acordo com a finalidade prevista em lei. O juízo político também não é menos relevante para a ponderação de diversas alternativas, que envolve questões fundamentais de distribuição e alocação de recursos. Ademais, muitas vezes a utilização de termos vagos e ambíguos na lei para a regulação de determinada questão e a opção de delegação de poder à Agência, tem por fundamento uma

⁷³ Importante ressaltar que a teoria *publicchoice* não se confunde com a escola do interesse público que influenciou o direito administrativo nacional. Enquanto esta é marcada pela forte presença estatal na atividade econômica, aquela teoria, “*tem caráter marcadamente liberal e negativista em relação à atuação do Estado*”. Nesse sentido, defende uma atuação estatal de cunho substitutivo apenas para corrigir falhas de mercado: “*a negação de qualquer fundamento de interesse público na regulação e afirmação do objetivo de substituição ou correção do mercado através da regulação*” (SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 23 e 27).

⁷⁴ Atribui-se à teoria do interesse público (*publicchoice*) o pressuposto de que a atuação estatal tinha por objetivo corrigir as falhas de mercados, tendo em vista que “*os mercados são extremamente frágeis e estão prontos para funcionar de maneira bastante ineficiente (ou não equitativa) se deixados à sua própria sorte*”, bem como a ideia de que “*a regulação governamental praticamente não tem custos*”. Acreditava-se que “*atrás de cada esquema regulatório poderia ser identificada uma imperfeição de mercado, cuja existência forneceria justificativa satisfatória para uma regulação que se pressupõe operar de forma efetiva e sem custos*”. Contudo, conforme destaca, estudos teóricos e empíricos realizados, notadamente por economistas, revelaram que “*a regulação não está necessariamente relacionada à presença de externalidades, ou ineficiências, ou estruturas monopolistas de mercado*”. Aliás, foi desfeito o mito de que a intervenção estatal apresentava-se “*como um instrumento sem custos, fidedigno e de alteração do comportamento de mercado*”. A resposta as críticas das próprias falhas da regulamentação governamental é associada não ao resultado “*de incoerências nos objetivos básicos ou na natureza do processo, mas sim de fraquezas específicas no conjunto de funcionários e procedimentos que podem e devem ser corrigidos (a custos baixos) à medida que a sociedade ganhe experiência com a mecânica da Administração Pública*” (POSNER, op. cit., p. 51).

⁷⁵ *Ibidem*, p. 55 e 73.

decisão política do Parlamento por diversas razões, sobretudo pela “ausência de consenso político, o desejo de afastar a responsabilidade política pela decisão, ou a crença em que a insulação promove decisões corretas”. Por tal motivo, seria um anacronismo querer classificar a regulação como uma atividade pautada apenas por critérios técnicos, segundo aponta Cass R. Sunstein:

A maior parte das decisões regulatórias envolve uma combinação de características estritamente legais, tecnocráticas e políticas. Decisões sobre a concessão de aposentadoria por invalidez, por exemplo, exigem não somente uma avaliação dos fatos, mas também especialização e até juízo de valor. Mesmo a escolha de meios para o atingimento de fins que já são consensuais pode suscitar questões redistributivas importantes. Até mesmo as decisões mais políticas deveriam ser instruídas por um conhecimento especializado. É, portanto, anacrônico entender a administração somente pela referência a uma ou outra dessas três concepções. Entretanto, as decisões das agências não deveriam ser vistas como uma unidade indiferenciada⁷⁶.

Nesse sentido, as justificativas para a regulação estatal estão assentadas em vários aspectos de ordem técnica, econômica e política, voltados para a intervenção no mercado, cuja norma pode ter por finalidade desde a correção de suas falhas, como também a adoção de políticas redistributivas em razão da existência de um interesse público identificado, vontades e aspirações coletivas na definição da política pública⁷⁷, transferências de interesses de grupo e ‘rentseeking’⁷⁸, consistente no produto de esforços de grupos privados para redistribuir recursos existentes em seu próprio benefício, de modo que os grupos mais organizados podem levar vantagem em relação aos grupos menos organizados. Existem, portanto, várias justificativas e explicações para a edição de normas voltadas para a regulação econômica, sendo que, na maioria das vezes, é bastante complexo identificar com precisão as razões de um determinado ato regulatório com o fim perseguido pelo ente regulador.

Por tal motivo, adverte Cass R. Sunstein⁷⁹ que “normas reguladoras não deveriam ser tratadas como sendo um todo uniforme, sem diferenciações, tampouco como uma série de intervenções altamente particulares no contexto geral fixado pelo Direito”. Várias abordagens são possíveis para justificar a edição da medida regulatória, de modo que, “sem que se conheça

⁷⁶ SUNSTEIN, op. cit., p. 150. No mesmo sentido: BRUNA, op. cit., p. 252/253.

⁷⁷ “Algumas normas devem ser entendidas como materialização de preferências coletivas, incluindo aspirações, preferências sobre preferências, ou juízos de valor considerados por parte de segmentos significativos da sociedade. Normas de tal tipo são resultados de processos deliberativos dos cidadãos e parlamentares” (SUNSTEIN, Cass R. As funções das normas reguladoras. In: Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Ano 1, n. 1, jan./fev./mar. 2003, Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 44/45).

⁷⁸ “[...] ‘rentseeking pode ser definido como sendo a produção riqueza por meio de esforços políticos tendentes a redistribuir recursos existentes; em vez de sua produção dar-se por meio da ação de diversos mercados. A atividade política voltada a gerar mudanças no status quo existente, é, portanto, censurável – inclusive as mudanças que gerem redistribuição de recursos por meio de desregulação ou eficiência econômica” (Ibidem, p. 61/62).

⁷⁹ Idem, p. 63/65.

apropriadamente o fato, a natureza, o alcance, bem como os seus efeitos práticos, as várias estratégias de regulação não podem ser decididas". A variedade de programas governamentais se fundamenta em concepções tradicionais acerca do bemestarsocial e dos limites da intervenção na autonomia individual e coletiva, podendo os motivos serem convincentes ou não dentro de um ambiente democrático.

No contexto da atividade de regulação das agências brasileiras é fundamental analisar, também, a realidade de cada setor e os grupos econômicos envolvidos, para que se possam identificar quais os objetivos específicos de um determinado ato ou na regulação de um serviço público. Apesar de as agências reguladoras possuírem características institucionais em comum, na prática, o seu modo de atuação tem se mostrado bastante díspare, de maneira que seria temerário considerá-las como uma realidade política uniforme, tendo em vista a dinâmica de cada setor regulado (energia elétrica, telecomunicações, petróleo, transportes, portos, aeroportos, saúde etc.) em decorrência da *"ação dos atores políticos, sociais e econômicos envolvidos em cada setor"* ⁸⁰.

De qualquer maneira, a interação dos grupos de interesse, do órgão regulador e demais membros da sociedade na construção de determinada regulação ou política pública, tem sugerido o caráter dialógico ou policêntrico na forma de atuação das agências reguladoras. A transparência no processo de definição e construção da política regulatória têm sido apontados como mecanismos eficazes para conter abusos e privilégios na atuação estatal. Assim, a função de árbitro e mediadora dos interesses envolvidos tem sido um desafio constante da atividade de regulação realizada pelas agências na busca do cumprimento equilibrado do comando do artigo 170 da Constituição Federal⁸¹. A relação entre o Estado e o particular não pode ser reduzida, portanto, a partir de uma

⁸⁰ "[...] a construção das agências reguladoras de cada área teve dinâmica e motivações próprias. Os problemas do setor, os desejos e negociações dos representantes políticos, a existência de grupos e interesses organizados afetam a configuração institucional e as regras a que uma agência pode estar submetida. A argumentação deste artigo mostra que essa uniformidade é, em grande medida, aparente e esconde diferenças significativas no funcionamento das agências. Assim, a diversidade dos setores já estaria incorporada no funcionamento, mais que no desenho das agências, o que matiza a argumentação de Mueller e Pereira (2002:68) no sentido de que as diferenças entre os reguladores serão provocados depois da sua instalação devido à ação dos atores políticos, sociais e econômicos envolvidos em cada setor" (PÓ; ABRUCIO, op. cit., p. 688).

⁸¹ "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003\)](#) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995\)](#) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

mera relação de tensão e antagonismo entre ambos (bipolar ou binária), mas multilateral de modo a equilibrar os interesses do próprio Estado, os setores econômicos regulados e a própria sociedade⁸².

Dessa forma, como será destacado a seguir, essa concepção de enxergar a relação entre atividade estatal e o particular irá refletir na maneira em que se deve analisar a juridicidade dos atos normativos produzidos pelas agências reguladoras, notadamente ao exercício da discricionariedade.

Capítulo 2 - A perspectiva institucional

⁸²Como destaca Sabino Cassese: “*aqui a relação entre Estado e economia é bem mais complexa. O Estado não indica fins, mas estabelece regras e procedimentos e não desempenha ele mesmo a atividade de execução, mas a confia a autoridade de regulação ou adjudicação. Entre reguladores e regulados instauram-se relações não binárias, mas multilaterais. Basta o exemplo das regulações assimétricas introduzidas para facilitar a entrada de novos empresários (new entrants) em setores antes dominados por um monopolista de fato ou legal (incumbent). Nesse caso, a disciplina pública, na medida em que favorece alguns, desfavorece outros. E não é feita para durar, mas para cessar, ser substituída por um regime não desequilibrado, mas paritário, no qual as empresas concorrem com as mesmas*” (CASSESE, op. cit., p. 50).

Pode-se afirmar que o modelo de revisão judicial dos atos normativos, influenciado pelo direito norte-americano a partir do precedente *Marbury x Madison* proferido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1803, tem representado uma das grandes preocupações da teoria constitucional moderna⁸³. Ao longo dos últimos dois séculos diversas teorias foram elaboradas, cada vez mais sofisticadas, com o objetivo de legitimar as decisões proferidas pelo Judiciário. A dificuldade em equacionar os valores democráticos no âmbito do Estado de Direito e as deliberações do Judiciário sobre questões moralmente relevantes - cujo consenso em uma sociedade pluralista tem se tornado cada vez mais complexo -, tem sido apontado como um dos grandes dilemas nas democracias contemporâneas, considerando o fato de que normalmente os membros dos tribunais não estão submetidos ao sufrágio universal.

O foco no protagonismo do Judiciário dentro do modelo de *judicial review* tem-se apresentado como um paradigma pouco questionado nos últimos dois séculos, ao ponto de Jeremy Waldron⁸⁴ evocar a necessidade de se tratar com mais “*dignidade a legislação*”, propondo uma abordagem que possa tratar da legislatura “*como um modo de governança dignificado e uma fonte de direito respeitável*” dentro do sistema de *common law* e a forma como é deliberada no Parlamento. Com certo tom de ironia em relação aos defensores do *judicial review*, o autor lamenta que na filosofia política “*ninguém parece ter percebido a necessidade de uma teoria ou de um tipo ideal que faça pela legislação o que o juiz-modelo de Ronald Dworkin, ‘Hércules’⁸⁵, pretende fazer*

⁸³Já se podia observar no Artigo Federalista nº 78, a defesa da supremacia da Constituição e a prerrogativa dos tribunais de apreciar a constitucionalidade das leis, servindo como fonte de inspiração para a decisão da Suprema Corte no precedente *Marbury x Madison*, assim como para modelos adotados em diversos países da América Latina, como foi o caso do Brasil a partir da Constituição de 1891. De acordo com Roberto Gargarella, “*a prática da revisão judicial tomou vida efetiva somente no início do século dezenove, e a partir do famoso caso ‘Marbury x Madison’ (‘Marbury x Madison’, 5 U.S., 1 Cranch, 137, 1803) no qual a própria justiça reconheceu a faculdade do controle de constitucionalidade entre as suas próprias atribuições. De qualquer maneira, e embora o silêncio constitucional sobre a questão seja veraz, também é certo que a grande maioria dos constituintes parecia reconhecer como óbvia a faculdade dos juizes para declarar inconstitucional uma lei*” (Em nome da constituição. O legado federalista dois séculos depois. *Enpublicacion: Filosofia política moderna*. De Hobbes a Marx Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo. 2006, p. 178. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/08_gargarella.pdf>. Acesso em: 20 set. 2015).

⁸⁴ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 1/3.

⁸⁵Ronald Dworkin idealiza a figura do juiz Hércules como modelo para a deliberação judicial dos “*casos difíceis*” na Suprema Corte, entendido, em resumo, como aquelas situações em que, “*mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode ainda assim, ter o direito de ganhar a causa*”, devendo o juiz, “*mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente*”. Ressalta que não tem por objetivo apontar “*nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis*”. Pelo contrário, a teoria “*pressupõe que os juristas e juizes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos*”. Cômico da dificuldade em se obter o consenso na deliberação judicial em relação aos denominados casos difíceis, Ronald Dworkin propõe, do ponto de vista normativo, ideal, a figura do Juiz Hércules, com o propósito de analisar a situações em que “*um juiz filosófico poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os*

pelo raciocínio adjudicatório”⁸⁶, capaz de fazer com que o legislativo seja visto também como “*o fórum do princípio*”⁸⁷.

Já no Brasil, o constitucionalismo tem-se desenvolvido também pela influência da escola alemã no pensamento da doutrina e da própria forma de decidir do Supremo Tribunal Federal a partir da segunda metade do Século XX. Segundo Carlos Bolonha, Maíra Almeida e Henrique Rangel, a escola jurídica constitucional alemã se consagrou pelas reflexões de ordem normativa (Kelsen), fenomenológica (Hesse), interpretativa (Haberle), deliberativa (Habermas) e argumentativa (Alexy). Com efeito, “*esta matriz trouxe como principal argumento a relação norma constitucional e democracia constitucional como elemento a ser equacionado ante o binômio direito e política*”⁸⁸, tendo como foco de análise o protagonismo do Judiciário na deliberação dos direitos fundamentais.

Contudo, no final do século passado é possível observar um movimento cada vez mais crescente em oposição ao protagonismo do Judiciário em proferir a última palavra sobre o sentido da Constituição, notadamente nos Estados Unidos. A confiança irrestrita nos agentes que possuem formação técnico-jurídica na deliberação de assuntos relevantes, sobretudo em matéria de políticas públicas, como vem acontecendo no Brasil, torna-se complicado, na medida em que os magistrados

princípios jurídicos requerem [...] Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (rationale), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Martins Fontes: São Paulo, 2010, p. 127 e 165).

⁸⁶ Jeremy Waldron relata também o preconceito que é difundido em relação à forma do modo de legislar do parlamento norte-americano no âmbito da jurisprudência: “[...] a nossa jurisprudência está repleta de imagens que apresentam a atividade legislativa comum como negociata, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses e procedimentos eleitoreiros – na verdade, como qualquer coisa, menos decisão política como princípios. E há razão para isso. Pintamos a legislação com essas cores soturnas para dar credibilidade a idéia de revisão judicial (isto é, revisão judicial da legislação, sob a autoridade de uma carta de direitos) e ao silêncio que, de outra maneira seria o nosso embaraço quanto às dificuldades ‘contramajoritárias’ que, às vezes, pensamos que a revisão judicial implica. Construimos, então, um retrato idealizado do julgar e emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar [...] ‘Como seria construir um retrato róseo das legislaturas, que correspondesse, na sua normatividade, talvez na sua ingenuidade, e, certamente, na sua qualidade de aspiração, ao retrato dos tribunais – ‘o fórum do princípio’, etc. – que apresentamos nos momentos mais elevados da nossa jurisprudência constitucional?’” (WALDRON, op. cit., p. 3).

⁸⁷Na defesa do *judicial review*, em resposta à tese levantada por John Hart Ely acerca do controle procedimental, Ronald Dworkin sustenta que a Suprema Corte representa o *locus* apropriado para deliberar sobre “*decisões políticas importantes*”, como instituição “*que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio*”. Ou seja, “*se queremos a revisão judicial – se não queremos anular Marbury contra Madison – devemos então aceitar que o Supremo Tribunal deve tomar decisões políticas importantes. A questão é que motivos, nas suas mãos, são bons motivos. Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípios, não de política – decisões sobre direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral -, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais*” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Martins Fontes: São Paulo, 2005, p. 101).

⁸⁸ BOLONHA, Carlos; ALMEIDA, Maíra; RANGEL, Henrique. A legitimidade na teoria institucional: os efeitos sistêmicos como um aspecto legitimatório. *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 22, jan./mar. 2013. p. 154.

não são responsabilizados perante a sociedade. Nesse sentido, Fernando Dias Menezes de Almeida e Mariana Augusto dos Santos Zago trazem importantes reflexões sobre essa problemática:

A confiança irrestrita na condução de negócios importantes de uma sociedade por aqueles que possuem formação técnico-jurídica pode ser aparentemente de alguma utilidade a curto prazo e na ótica individual de quem pleiteia determinado direito. No entanto, esse fenômeno torna-se problemático a longo prazo, porque leva, num caso como o brasileiro, o aumento demasiado da força de um dos Poderes estatais, sem que isso seja contrabalanceado por qualquer mecanismo de legitimação democrática do magistrado, nem mitigado pela inserção política do juiz da Administração, nem ainda justificado por um sistema tradicional de criação jurisprudencial do Direito⁸⁹.

A crítica ao modelo de *judicial review*, longe de estar superada nas esferas jurídica e política, ainda permanece atual, centrada na necessidade de se preservar a competência do Legislativo e do Executivo para deliberar sobre assuntos relevantes que afetam à sociedade. O constitucionalismo contemporâneo, sobretudo o desenvolvido nos Estados Unidos, por influência do neoinstitucionalismo, tem lançado um novo olhar sobre o funcionamento e desempenho das instituições no Estado de Direito, denominada de “*virada institucional*”, em contraposição ao debate normativo sobre o problema da legitimidade constitucional.

Com efeito, a matriz jurídico-normativa tradicional ignora o papel desempenhado pelas instituições no Estado de Direito como personagens também responsáveis pela interpretação da norma no âmbito de sua competência:

As instituições promovem dentro de suas capacidades, a interpretação da Constituição e das normas infraconstitucionais. O debate norte-americano desenvolve um entendimento de que este processo precisa considerar as chamadas questões institucionais. Estas se dividiriam em, no mínimo, como já foi apontado, capacidades institucionais e efeitos sistêmicos. Tal compreensão representa uma vertente crítica de pensamento em oposição às correntes perfeccionistas, sobretudo em relação aos juízes, que, tradicionalmente, detêm a legítima prerrogativa interpretativa. A atividade interpretativa, entretanto, não se restringe ao plano do judiciário, pois todas as instituições revestidas de atribuições normativas e funcionais numa ordem constitucional possuem um papel democrático a ser desempenhado. Um dos meios para este desempenho é justamente a atividade interpretativa destas instituições e o que acarretam como efeitos⁹⁰.

Para os propósitos do presente trabalho, será analisada, neste capítulo, a teoria dos diálogos institucionais desenvolvida principalmente nos Estados Unidos na década de 1980, com

⁸⁹Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário: Breves ideias a partir do modo de estruturação da jurisdição. In SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André (Orgs.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 103.

⁹⁰ BOLONHA; ALMEIDA; RANGEL, op. cit., p. 155/156.

destaque à proposta de Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule⁹¹, e avaliar em que medida tal teoria pode contribuir para o aperfeiçoamento do controle exercido pelo Poder Judiciário em relação aos atos produzidos pelas Agências Reguladoras no Brasil.

2.1 O diálogo institucional⁹²

A discussão em torno da competência para interpretar e dizer o sentido da Constituição ganha um novo contorno, de forma mediada, a partir da possibilidade da realização de “diálogos” entre as instituições. Com efeito, por influência das teorias neoinstitucionalistas⁹³, o diálogo, como um instrumento fundamental para a obtenção de um consenso mínimo na esfera política, passa a ser visto como uma alternativa às teorias da “última palavra” ou “perfeccionistas” em deliberar sobre o significado da Lei Fundamental. Vista a Constituição como uma norma fundamental que, além de promover a garantia dos direitos fundamentais, regula as relações entre os poderes da República e a forma e os limites como os agentes políticos exercem o seu *múnus*, estudar o Direito Constitucional

⁹¹*Interpretation and Institutions*, 2002. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/156.crs-av.interpretation.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2013.

⁹²Atribui-se à Peter Hogg e Alison Bushell a denominação de “diálogos institucionais”, ao publicar o artigo “*The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)*” na revista Osgoode Hall Law da Universidade de York, em 1997. Nesse artigo, os autores analisam a cláusula “não obstante” (*notwithstanding clause*) da Carta de Direitos do Canadá (Seção 33). O surgimento da Carta de Direitos e Liberdades é o divisor de águas no direito canadense em 1982, ao elevar o seu status constitucional e alçar o judiciário na estrutura de poderes. Representou a vitória dos defensores da revisão judicial como função necessária para a concretização de direitos na democracia. Por outro lado, em razão da dificuldade contramajoritária da revisão judicial, criou-se um dispositivo normativo específico (Seção 33), dando poderes ao Parlamento de recusar que uma lei aprovada seja objeto de revisão judicial. Esse ato tem um prazo quinquenal, podendo ser renovado pelas legislaturas subsequentes. Contudo, na prática, o legislador não tem utilizado a Seção 33, devido ao alto custo político que recai sobre o poder legislativo. Para os autores canadenses, toda resposta legislativa, quando feito como reação consciente à decisão judicial, ainda que concorde com o posicionamento do tribunal, representa uma forma de diálogo entre o Legislativo e o Judiciário. Nesse sentido, a revisão judicial não representa um veto ou a última palavra, mas o início de um diálogo interinstitucional, cuja resposta por parte do Parlamento é feita por meio de uma sequência legislativa (*legislative sequel*). Ainda que a lei não seja declarada inconstitucional, o debate público tem permitido ao legislador vislumbrar eventuais defeitos na lei e propor alterações. “*Judicial review is not 'a veto over the politics of the nation', but rather the beginning of a dialogue as to how best to reconcile the individualistic values of the Charter with the accomplishment of social and economic policies for the benefit of the community as a whole*” (HOGG, G. Peter; BUSHELL, Alison A. *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't such a Bad Thing After All)*. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1612&context=ohlj>>. Acesso em: 28 jan. 2015. p. 105).

⁹³Segundo Rodrigo Brandão, a partir da década de 1980, foi sendo desenvolvida uma nova teoria que tem o potencial de superar a dicotomia entre os modelos legalista (análise normativa acerca de como deve decidir o juiz de acordo com o Direito, de forma imparcial) e atitudinal (análise descritiva da realidade como decidem os juizes, revelando a desconfiança dos cientistas políticos em relação à neutralidade do magistrado). Trata-se do neoinstitucionalismo, “*que busca examinar como fatores institucionais delimitam a atuação de agentes públicos, de maneira a identificar a vontade de determinada instituição como a combinação da perspectiva coletiva dos indivíduos que a compõem com a sua cultura institucional*”. Dessa forma, “*a ação concreta de agentes públicos é limitada não só pela própria instituição, mas também pela dinâmica da sua interação com outros 'poderes'*” (BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus Diálogos constitucionais: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: lumen juris, 2012. p. 226/227).

interligado com a política que o circunda, pode-se mostrar um campo bastante fértil para compreender como são realizadas as deliberações e obtidos os consensos na cena pública, a partir da dinâmica do diálogo entre as instituições envolvidas.

De um modo geral, a teoria dialógica institucional rejeita a visão juriscêntrica e o monopólio judicial na interpretação do sentido da constituição, cujo processo de deliberação deve ser exercido também legitimamente pelos Poderes Executivo e Legislativo. É criticado o modelo de *judicial review* e o seu pretense caráter contramajoritário - tendo como marco o precedente *Marbury x Madison*, de 1803, proferido pela Suprema Corte Americana -, e a possibilidade da existência de uma última palavra, ou, pelo menos, de que o julgador a exerça por meio de uma decisão judicial⁹⁴. Propõe-se uma terceira via entre a competência do judiciário ou do parlamento para dar a última palavra sobre o sentido da constituição, com o objetivo de amenizar a preocupação com a dificuldade contramajoritária, de modo a reduzir o déficit de legitimidade democrática das decisões centradas no Poder Judiciário⁹⁵.

A separação de poderes, portanto, “*é o pano de fundo dessas teorias, cujo desafio é mostrar que tal imagem traz algo de novo para a forma como esse mecanismo básico do constitucionalismo é concebido*”⁹⁶. A separação passa a ser vista como uma forma de cooperação entre os Poderes. Por conseguinte, a preocupação da teoria dialógica gira em torno do papel exercido pelo Poder Judiciário em um regime democrático e os limites do *judicial review*. Com efeito, ao contrário do que preconizava Hamilton no artigo Federalista nº 78⁹⁷, a realidade tem

⁹⁴Jeremy Waldron é um destacado crítico ao modelo de *judicial review* exercido pela Suprema Corte Americana, o qual considera intenso ou forte (*strong judicial review of legislation*), que permite aos tribunais, quando provocados, deixarem de aplicar uma determinada lei no caso concreto ou modificar os seus efeitos em caso de violação aos direitos individuais, inclusive para decidir questões moralmente controversas (ex.: aborto). Ele considera inapropriado o controle jurisdicional, e o seu pretense caráter contramajoritário, como um modelo final (última palavra) dentro de um contexto de uma sociedade democrática e livre. Em um ambiente em que as instituições funcionam adequadamente, o controle jurisdicional tem se mostrado antidemocrático para deliberar sobre questões moralmente complexas, na medida em que os juízes não são eleitos e “*accountables*”. O autor critica a teoria de Dworkin, defensor do *judicial review*, segundo o qual Tribunal se apresenta como “*um foro de princípios*”. O Legislativo é mais adequado e superior institucionalmente do que o Poder Judiciário para deliberar institucionalmente sobre questões moralmente controversas, muito embora reconheça que o Parlamento não seja uma instituição perfeita. “*The system of a legislative elections is not perfect either, but it is evidently superior as a matter of democracy and democratic values to the indirect and limited basis of democratic legitimacy for the judiciary. Legislators are regularly accountable to their constituents to the overall ethos of their participation in political decisionmaking. None of this is true of Justices*” (*The core of the case against judicial review*). Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/FACULTY/RARNESON/Courses/Waldroncore.pdf>>. Acesso em: 28jan. 2015.

⁹⁵Cf. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁹⁶Ibidem, p. 105.

⁹⁷“*It can be of no weight to say that the Courts, on the pretence of a repugnancy, may substitute their own pleasure to the constitutional intentions of the Legislature. This might as well happen in the case of two contradictory statutes; or it might as well happen in every adjudication upon any single statute. The Courts must declare the sense of the law; and if they should be disposed to exercise WILL instead of judgment, the consequence would equally be the substitution of their*

mostrado que a atividade judicante não se resume apenas à interpretação e à aplicação da Constituição, a Corte tem manifestado vontade em vez de mero julgamento, de modo que não raro suas decisões têm substituído às deliberações do legislativo. Nesse sentido, para os partidários da teoria dialógica, o protagonismo dos tribunais “*deixou de significar o modelo único de revisão, em que o Judiciário se destaca como órgão máximo de legitimação*”, de maneira que a Corte passa a ser “*um ator dentro de um corpo sistêmico das instituições do Estado Democrático*”⁹⁸.

Todavia, é importante ressaltar que a possibilidade de diálogo entre as instituições não representa necessariamente uma relação pacífica, em que estão conversando de forma amistosa umas com as outras. Pelo contrário, muitas vezes a possibilidade de interação entre as instituições é vista como uma forma de ataques institucionais a alguma decisão indesejada proferida por outro poder. Rodrigo Brandão⁹⁹ apresenta algumas situações em que é possível vislumbrar, por exemplo, “ataques institucionais” ao Judiciário no que se refere à discussão sobre a última palavra na interpretação da Constituição: a) a necessidade de aprovação do Parlamento da proposta orçamentária dos Tribunais e sobre os salários dos juízes, o processo de nomeação e de investidura dos membros da Suprema Corte; b) a possibilidade de o resultado da decisão ser influenciada pelo risco de não cumprimento das decisões judiciais, trazendo, por conseguinte, limites adicionais à ideologia e ao direito na efetiva capacidade de o Judiciário limitar maiorias políticas e de mudar a realidade social e; c) a alteração da composição de seus membros o número de seus membros, a manipulação das suas competências e o impeachment de juízes.

No contexto político brasileiro é possível visualizar algumas situações em que um poder reage por meio de ataques institucionais. Podemos destacar, por exemplo, a recente aprovação da Emenda Constitucional nº 88, de 7 de maio de 2015, que alterou o artigo 40, § 1º, II da Constituição Federal e artigo 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para permitir a aposentadoria compulsória dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aos 75 (setenta e cinco) anos de idade¹⁰⁰.

pleasure to that of the Legislative body. The observation, if it proved anything, would prove that there ought to be no Judges distinct from that body” (Federalist papers nº 78. Disponível em: [https://en.wikisource.org/wiki/The_Federalist_\(Dawson\)/78](https://en.wikisource.org/wiki/The_Federalist_(Dawson)/78). Acesso em: 20 set. 2015).

⁹⁸ BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas institucionais do constitucionalismo contemporâneo. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, n. 17, p. 292, out./dez. 2011.

⁹⁹ BRANDÃO, op. Cit., p. 288/241.

¹⁰⁰ Art. 1º O art. 40 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte alteração: ‘Art. 40. [...] § 1º [...] **II** - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar’; Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 100: ‘**Art. 100.** Até que entre em vigor a lei complementar de que

A aprovação da EC nº 88/2015 não representou apenas um embate direto entre o Legislativo e o Executivo no sentido de limitar a competência do Presidente da República de indicar os integrantes do Supremo Tribunal Federal, como apressadamente noticiou a imprensa¹⁰¹. Significou, também, uma forma de ataque institucional ao Judiciário, na medida em que a referida alteração constitucional dispôs que a continuidade dos ministros do STF, STJ, TST e TCU no cargo até os setenta e cinco anos de idade – após terem completado setenta anos -, estava condicionada a nova sabatina e aprovação pelo Senado Federal.

A inclusão dessa condicionante para a continuidade no cargo gerou sérias críticas entre os membros do STF¹⁰² e de associações de classe dos magistrados. Não foi por outro motivo que, um dia após a aprovação da referida emenda, em 08 de maio de 2015, a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA e Associação dos Juízes Federais propuseram Ação Direta de Inconstitucionalidade, questionando a sua constitucionalidade. Em 21 de maio de 2015, o Plenário do STF deliberou a medida cautelar pleiteada pelos requerentes, para o fim de suspender a expressão “*nas condições do art. 52 da Constituição Federal*”, por entender que violaria o princípio da separação entre os Poderes, desrespeitando, por consequência, cláusula pétrea da Constituição¹⁰³.

trata o inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, nas condições do art. 52 da Constituição Federal”.

¹⁰¹ “*Afinados, Renan e Cunha promulgam PEC da Bengala e negam retaliação a Dilma.*” Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/afinados-renan-cunha-promulgam-pec-da-bengala-negam-retaliacao-dilma-16086288>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

¹⁰² “*Questionado sobre a possibilidade de ter de se passar por uma nova sabatina no Senado, o ministro do STF Marco Aurélio Mello, que completa 70 anos em julho do ano que vem, disse nesta quinta que não se submeterá, ‘nem amarrado’, a novos questionamentos pelos senadores. ‘Depois de 26 anos de Supremo, mais passagem pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelo Ministério Público, eles vão querer questionar o quê? Meu conhecimento jurídico? Só se for [para questionar] minhas decisões. E um juiz não presta conta de suas decisões’, afirmou o ministro.*” Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/05/pec-da-bengala-exige-de-ministros-do-stf-nova-sabatina-interpreta-renan.html>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

¹⁰³ “*A Corte ressaltou que o controle judicial de emendas constitucionais colocaria em evidência a tensão latente que existiria entre soberania popular e Estado de Direito. De um lado, seria certo que as cláusulas pétreas (CF, art. 60, §4º), ao consubstanciarem limites materiais ao poder de reforma da Constituição, consagrariam um núcleo mínimo de identidade constitucional, a afastar da esfera de atuação dos agentes políticos determinados valores considerados mais elevados. Por outro lado, as cláusulas pétreas não deveriam ser interpretadas como se incorporassem um sufocamento absoluto das tentativas de o próprio povo brasileiro redesenhar as instituições do Estado na busca do seu contínuo aperfeiçoamento. A sutileza que se colocaria perante o STF seria, portanto, a de encontrar o ponto ótimo de equilíbrio entre a deferência em relação às decisões do constituinte derivado e a salvaguarda dos princípios e valores mais fundamentais do Estado Democrático de Direito. Nesse quadro, o controle de constitucionalidade das emendas deveria ser reservado às hipóteses de inequívoca violação ao núcleo das cláusulas pétreas, o que ocorreria no caso em análise. A CF/1988 teria conferido algum grau de densidade semântica ao postulado da separação dos Poderes, a afirmar serem-lhe atributos próprios a independência e a harmonia (CF, art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”). Na situação dos autos, interessaria, em particular, a*

Além disso, é possível vislumbrar um diálogo entre as instituições a partir de deliberações do Legislativo, que possam vir a superar entendimento da Suprema Corte. A última palavra do Tribunal não representa o encerramento do debate político e jurídico sobre a interpretação da Constituição, podendo-se dar sequência no âmbito do Legislativo. No direito brasileiro a doutrina tem apontado que a Emenda Constitucional representa o instrumento apropriado para a superação normativa da decisão proferida pelo STF, em razão da dificuldade do seu processo de aprovação no parlamento em detrimento da lei ordinária¹⁰⁴.

Na jurisprudência do STF podemos apontar a aprovação das Emendas Constitucionais nº 29/2000 e 41/2003. A primeira acrescentou o artigo 149-A ao Texto Constitucional, para instituir a contribuição de iluminação pública para o custeio do serviço de iluminação pública, como resposta ao entendimento do Supremo no sentido de que este serviço não poderia ser remunerado por taxa instituída por lei municipal (Súmula nº 670: “*o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa*”). Já a EC 41/2003 foi aprovada pelo Congresso Nacional, para o fim de incluir na Constituição a contribuição dos servidores inativos e pensionistas ao Regime Próprio de Previdência Social, em resposta à decisão do STF proferida em sede medida cautelar na ADI nº 2.010/DF, que tinha suspenso a instituição da contribuição sobre os proventos dos aposentados e pensionistas por meio de lei ordinária (Lei nº 9.783/1999)¹⁰⁵. Rodrigo Brandão destaca que:

[...] a possibilidade da superação das decisões constitucionais do STF confere ao Congresso Nacional um instrumento viável de comunicação das preferências do povo, evitando que o sentido futuro da Constituição fique refém de interpretações

independência entre os Poderes. Embora fosse saudável que houvesse, em certa medida, influências recíprocas entre os Poderes da República, mecanismos de “checks and balances” não poderiam jamais comprometer a independência funcional de cada braço da autoridade do Estado. A harmonia a que alude o art. 2º da CF não poderia significar cumplicidade entre os Poderes, particularmente em relação do Poder Judiciário, cuja independência seria pressuposto indispensável à imparcialidade necessária a qualquer ato de julgamento. Não seria o caso, porém, de, com isso, interditar toda e qualquer iniciativa do legislador em reformar as instituições existentes, inclusive o Poder Judiciário. Não se poderia jamais transigir, no entanto, com a imparcialidade da função jurisdicional, cuja mitigação vulneraria o núcleo essencial da separação dos Poderes (CF, art. 60, § 4º, III). Na espécie, portanto, haveria verossimilhança nas alegações de que a nova sabatina, introduzida pela EC 88/2015, degradaria ou estreitaria a imparcialidade jurisdicional. Seria tormentoso imaginar que o exercício da jurisdição pudesse ser desempenhado com isenção quando o julgador, para permanecer no cargo, carecesse da confiança política do Poder Legislativo, cujos atos, seriam muitas vezes questionados perante aquele mesmo julgador. Por outro lado, estaria configurado o “periculum in mora”. No âmbito do TCU e dos tribunais da cúpula do Poder Judiciário, haveria ao menos 20 ministros em vias de se aposentar compulsoriamente nos próximos três anos. Considerando que a sabatina seria designada para período anterior àquele em que o agente público completasse os setenta anos de idade, seria de se imaginar que o preceito impugnado produziria efeitos no curto lapso de tempo, o que caracterizaria o perigo na demora” (STF, Informativo nº 786. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo786.htm#EC_88/2015_e_aposentadoria_compulsoria_-_1>. Acesso em: 21 jun. 2015.

¹⁰⁴BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus Diálogos constitucionais: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: lumen juris, 2012.

¹⁰⁵ Com a superveniência da EC nº 41/2003, o STF extinguiu a ação direta de inconstitucionalidade por perda do seu objeto. Na ADI nº 3.105/DF, o Supremo reconheceu a constitucionalidade da alteração constitucional que permitiu a cobrança de contribuição dos servidores aposentados e pensionistas para com o Regime Próprio da Previdência Social.

judiciais como inaceitáveis pela opinião pública e pelos demais poderes. Confere-se, pois, accountability e abertura ao processo de interpretação e aplicação da Constituição de 1988¹⁰⁶.

Por outro lado, o autor assinala que não se pode generalizar no sentido da impossibilidade de lei ordinária dispor em sentido contrário ao entendimento do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional. Com efeito, não se pode ignorar a possibilidade de o Supremo reconhecer o erro cometido na decisão, e, diante da insistência e dos novos argumentos apresentados pelo legislador, alterar o seu entendimento e se curvar ao teor da lei editada pelo Parlamento, sob pena de agravar o “*problema da hiperconstitucionalização da política brasileira*”, pois “*as relativamente frequentes emendas constitucionais superadoras de decisões constitucionais do STF agregariam amplo conteúdo material à Constituição de 1988, tornando-a praticamente ubíqua*”. De qualquer forma, embora a decisão do Supremo Tribunal Federal não vincule o legislador, sabe-se que na prática a probabilidade desta “*lei superadora*” vir a ter sua constitucionalidade questionada é bastante alta, ocasião em que o Tribunal acabará proferindo a última palavra sobre a compatibilidade da lei para com a Constituição¹⁰⁷.

É o que podemos observar, por exemplo, no julgamento da ADI nº 2.797/DF, que declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002, que alterou o artigo 84, § 1º, do Código de Processo Penal, dispondo que a competência do Supremo Tribunal Federal por prerrogativa de função “*prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública*”. A alteração legislativa foi uma resposta à decisão do Supremo Tribunal Federal no Inquérito 687-SP (QO), dentre outras decisões, que tinha revogado o enunciado da Súmula nº 394 (“*cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício*”).

¹⁰⁶BRANDÃO, op. cit., p. 304.

¹⁰⁷“*Note-se, porém, que há diferenças significativas em relação à reversão da jurisprudência do STF por emenda constitucional e por lei ordinária. Na primeira hipótese, há alteração formal da Constituição, de maneira que, ao alterar-se o dispositivo constitucional interpretado pelo STF, modifica-se também a sua interpretação final. [...] Já no caso de o Congresso Nacional ter aprovado lei ordinária superadora de interpretação constitucional do STF, competirá ao primeiro trazer novas razões que convençam o STF do equívoco da sua situação anterior ou da sua inadequação a um novo contexto fático, à luz do mesmo texto constitucional. A bem da verdade, lei contrária à jurisprudência constitucional do STF nasce com uma presunção relativa de inconstitucionalidade, já que o ônus de demonstrar, argumentativamente, que tal norma constitui a melhor forma de concretizar a Constituição pesa sobre os ombros do legislador, por ela conflitar com o entendimento atual da Suprema Corte, a quem compete, segundo a Constituição de 1988, atuar como guardião da Constituição, e apresenta, a princípio, maior capacidade institucional para fazê-lo com independência da política partidária. Somente na hipótese de o STF se convencer da pertinência dos novos argumentos trazidos pelo legislador haverá mutação constitucional por iniciativa do legislador, implementando-se alteração informal da Constituição*” (Ibidem, p. 307).

O voto do Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, seguido pela maioria dos componentes do Tribunal, foi enfático ao afirmar a competência do STF em proferir a última palavra, considerando a sua função atribuída pela Constituição de “*guarda da sua supremacia*”¹⁰⁸. Em sentido contrário, o Ministro Gilmar Mendes destacou a necessidade de se respeitar o diálogo entre os Poderes Legislativo e Executivo, ressaltando que não se pode presumir a inconstitucionalidade dos preceitos legislativos questionados, “*simplesmente porque eles contrariam com a ‘última palavra’ conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema*”, devendo-se considerar a possibilidade de abertura do diálogo quando o legislador decide regular a mesma questão de forma diversa ao que foi deliberado pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰⁹.

É oportuno registrar que as teorias que aceitam em alguma medida a possibilidade de diálogo entre as instituições não estão preocupadas em elaborar uma teoria dogmática da decisão, muito menos formular proposições de cunho normativas acerca do tipo ideal de legislador ou de julgador. Trata-se de uma teoria de cunho descritiva e pragmática. Os teóricos estão preocupados, portanto, em compreender a forma e a dinâmica que ocorrem a interação entre as instituições em um mundo real. Com efeito, as instituições, de um modo geral, atuam de forma cooperativa com umas com as outras, de modo que a autonomia é moldada e aperfeiçoada de acordo com o posicionamento de outras instituições. Nesse sentido, “*a presença, e não a ausência, de uma*

¹⁰⁸Como enfatizou o Relator: “*admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames*” (Trecho do voto do Ministro Relator na ADI nº 2.797/DF).

¹⁰⁹Apesar da divergência levantada pelo Ministro Gilmar Mendes na ADI nº 2.797/DF, em recente julgamento realizado pelo Plenário do STF, o mesmo magistrado, Relator do Mandado de Segurança nº 32.033/DF, impetrado contra a tramitação do Projeto de Lei nº 14/2013, decidiu de forma diversa ao voto proferida naquela ação direta, entendendo que o mencionado PL era uma tentativa deliberada do Legislativo de superar, via lei ordinária, decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.430. A referida proposta legislativa tinha por objetivo impedir que o parlamentar pudesse migrar para o partido criado, levando para a agremiação as suas respectivas cotas de representatividade. Dentre outros argumentos apresentados, o Relator registrou que o projeto de lei “*afronta diretamente a decisão desta Corte na ADI 4.430, na qual se deu interpretação conforme ao § 3º do art. 47 da Lei 9.504/1997, para se fixar que ele não se aplicaria aos novos partidos, criados após as últimas eleições (2010)*”. Embora tenha ressaltado o voto proferido na ADI nº 2.797/DF, por meio do qual registrou a necessidade de se preservar o diálogo entre as instituições, no sentido de que “*uma decisão do Supremo Tribunal Federal não deve representar o fim do debate sobre dada matéria, tampouco deve impedir uma reforma no sistema político nacional*”, o Ministro Relator fez a questão de destacar que o seu voto não era contraditório para com a decisão proferida na mencionada ADI: “*ainda que o Poder Legislativo decida legislar no sentido de impor restrições mais severas ao funcionamento dos partidos políticos e à distribuição dos direitos inerentes às suas atividades, tal disciplina não pode vir à luz de forma casuística, atingindo de modo desigual a atores políticos em situação semelhante. Mormente quando afetar parlamentares legitimamente eleitos, no curso de uma mesma legislatura, e em afronta à segurança jurídica*”.

ameaça real de revisão judicial faz o legislador considerar com mais cuidado a dimensão constitucional dos assuntos de que trata”¹¹⁰.

Conrado Hübner Mendes apresenta uma sistematização acerca das principais teorias do diálogo, nas quais se dividem em duas categorias: a) diálogo no interior da decisão judicial (perspectiva endógena) e; b) diálogo como decorrência da separação de Poderes (perspectiva exógena). Sob a perspectiva endógena apresentam-se as teorias denominadas *virtudes passivas*¹¹¹, *minimalismo*¹¹² e *virtudes ativas*¹¹³. Já sob a perspectiva exógena podemos destacar o debate norte-americano (construção coordenada¹¹⁴ e o constitucionalismo popular mediado¹¹⁵) e o canadense¹¹⁶ (o diálogo como sequência legislativa).

¹¹⁰Conrado Hübner Mendes faz referência ao estudo empírico realizado por Pickerill durante o período de 1930 a 1990 sobre questões relacionadas ao federalismo norte-americano, por meio do qual analisou a forma em que o legislador delibera sobre valores constitucionais. Para o autor americano, é raro o legislador ter interesse em agir contrário à decisão judicial, apesar de possuir várias estratégias para tanto. A realidade tem evidenciado que o parlamento tem editado lei que se adequa à interpretação judicial. Com efeito, a política pública é um produto da interação e da negociação entre os poderes, cujo processo há concessões mútuas. “*Não se trata de um jogo de soma zero, com vencedores e perdedores, num braço de ferro institucional. Consiste, com mais frequência, numa relação ganha-ganha, em que ambos os lados têm parte de seu objetivo atendido*”, salvas em raras situações. O jogo político “*é guiado por acomodações*”, de modo que “*a corte influencia decisões parlamentares sem criar um impasse. Não é um obstáculo insuperável nem um salvador do povo*” (MENDES, op. cit., p. 134/136).

¹¹¹Tem como principal expoente Alexander Bickel, segundo o qual propõe uma alternativa ao modelo binário (constitucional/inconstitucional) das decisões proferidas pela Suprema Corte Americana, por meio da qual a corte decide não decidir, utilizando-se de técnicas de não decisão, denominada de “*virtudes passivas*”. Trata-se de “*ferramentas processuais por meio das quais a corte evita emitir a sua opinião sobre o caso, pois ela não pode estar obrigada a legitimar tudo aquilo que não considere inconstitucional*”. Para Bickel, a técnica das “*virtudes passivas*” representam a missão educativa do Tribunal, em que estimula o diálogo entre instituições e a sociedade. “*Esse colóquio tende a gerar uma pressão por ação legislativa que, não raro, é mais efetiva que uma ordem judicial inflexível, nos moldes de um decreto*” (Ibidem, p. 111/113).

¹¹² Trata-se de teoria proposta por CassR. Sunstein. “*O minimalismo é uma forma de autocontenção, mas não se confunde com as outras modalidades existentes. Rejeita a autocontenção como regra geral ou o apreço irrestrito ao majoritarismo, que são crenças maximalistas. Os minimalistas preferem deixar questões fundamentais não decididas*”. Consciente de suas limitações, a maior preocupação dos minimalistas é com as consequências imprevisíveis de suas decisões, sendo prudente não decidir de uma vez por todas. “*Decisão minimalista não reduz o espectro de possibilidades para discussões e decisões posteriores. Assim, favorece novos debates e enriquece a democracia deliberativa*”. A melhor estratégia judicial para questões de alta complexidade (por falta de informações, pelas circunstâncias cambiantes ou incerteza moral) é deixar coisas não decididas (Ibidem, p. 120).

¹¹³ Ao contrário da postura minimalista, os maximalistas propugnam uma Corte ativa: em vez de não decidir, a corte assume uma posição de conselheira e manda recados por meio de suas decisões. Katyal é o expoente da teoria maximalista. O aconselhamento consiste no ato de recomendar, mas não de impor, um rumo decisório específico a outro poder. Trata-se de uma postura para uma interferência direta na atribuição de outros poderes. Os aconselhamentos são materializados por meio de *obiterdicta*, não possuindo caráter vinculante (Ibidem, p. 125/129).

¹¹⁴Exorta a “*Constituição fora das Cortes*” (Louis Fischer), enfatizando que a constituição é um instrumento que deve ser interpretado por todos os poderes. Diverge da teoria da supremacia judicial. “*A corte é um interprete a mais dentro de um jogo mais complexo. Há vida constitucional fora das cortes*”. O processo constitucional é mais complexo do que a emissão da última palavra pelo tribunal. Na ausência de um mínimo consenso deliberativo, as instituições e a Corte continuam a ser questionadas (Ibidem, p. 131).

¹¹⁵Preconiza que o sistema de governo não representa necessariamente a maioria, mas está suscetível aos anseios e à influência de diferentes grupos. O caráter aberto da Constituição comporta diversas interpretações, cujo processo não é estático, mas dinâmico, de modo que possibilita uma interpretação diferente a cada momento. Visualiza a separação de

A análise institucional se preocupa também com as deliberações de natureza técnica ou científica produzidas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, não se restringindo o enfoque apenas às deliberações do Judiciário. A discussão em torno da regulação de matérias de complexidade técnica, objeto de estudos produzidos por especialistas no assunto (saúde, engenharia, economia, etc.), acabam gerando uma tensão quanto à legitimidade democrática na interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional por parte do Legislativo e do Executivo e de seus respectivos órgãos. Nessa perspectiva, deliberações técnicas proferidas pelas Agências Reguladoras, autarquias de regime especial, vinculadas ao Poder Executivo, é posta em discussão, na medida em que, *“embora sejam instituições de especialistas por excelência, não possuem o mesmo grau de legitimidade dos representantes eleitos pelo voto popular”*¹¹⁷.

Nesse sentido, destacaremos a seguir algumas situações práticas em que é possível detectar alguma forma de diálogo das Agências para com os demais Poderes da República.

2.2A Agência e o diálogo institucional com os Poderes da República

A análise institucional permite vislumbrar a autonomia das Agências sob outro enfoque. Isto é, como destacado, a independência do ente regulador não pode ser observada apenas sob o aspecto estático e formal da legislação setorial que trata das competências institucionais de cada agência. Mas a partir da interação do ente regulador com diversos atores interessados ligados à regulação, direta ou indiretamente, assim como pela relação entre diversos órgãos de controle. Como destacam Alexandre D. Faraco, Caio Mário da Silva Pereira Neto e Diogo R. Coutinho, *“os órgãos reguladores devem ser vistos como um dos polos de atuação dentro de um ambiente mais complexo, no qual o espaço regulatório é moldado pela interação entre os diversos atores institucionais”*. Nesse sentido, o processo de construção e aperfeiçoamento jurídico-institucional do espaço regulatório *“se dá de forma cooperativae parte ocorre como resultado de tensões e antagonismos envolvendo a definição de tarefas, competências e atribuições”*¹¹⁸.

poderes como cooperação de poderes. Critica a ideia de que a Corte está distante da política. Nesse sentido, a decisão judicial está longe de resolver o conflito. Ela agrega a presença da opinião pública no diálogo com elementos da *“construção coordenada”*. O diálogo transcende à esfera das instituições e alia as esferas formais e informais da política na explicação do diálogo. Barry Friedman é o expoente desta corrente dialógica (Ibidem, p. 138/148).

¹¹⁶V. nota n. 1 *supra*.

¹¹⁷BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas institucionais do constitucionalismo contemporâneo. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, n. 17, p. 296, out./dez. 2011.

¹¹⁸*“Em termos concretos, a empreitada regulatória se traduz em esforços de construção e aperfeiçoamento jurídico-institucional das agências e órgãos reguladores, mas também de suas relações com outros órgãos e instâncias direta*

2.2.1 O diálogo institucional com o Poder Executivo

A análise do contexto político na qual está inserida a agência é de fundamental importância para compreender a sua atuação, sobretudo na situação em que há alternância de poder na chefia do Executivo, considerando o aspecto de os mandados dos dirigentes das Agências não serem coincidentes com o do Presidente da República. A realidade tem mostrado que o momento do comando político no governo central tem aumentado a pressão sobre o corpo dirigente da agência, em razão de o governante, legitimado pelo voto popular, procurar realizar novas políticas públicas dissonantes do governo anterior. Nesse sentido, por mais técnico que seja o diretor ou conselheiro da agência, *“a prática indica que o momento de alternância de poder não é fator determinante para um diálogo pacífico com a administração direta”*¹¹⁹.

Pode-se destacar também a existência de conflito entre órgãos da Administração Pública Federal, marcadas por divergências distintas sobre um mesmo problema, no sentido de obter um consenso e *“a fixação de uma vontade governamental”*¹²⁰. Segundo Arnaldo Sampaio de Moraes

ou indiretamente ligados à regulação. Parte dessas relações se dá de forma cooperativa e parte ocorre como resultado de tensões e antagonismos envolvendo a definição de tarefas, competências e atribuições. Nesse contexto, no caso brasileiro, consultas públicas, audiências públicas, reuniões técnicas, procedimentos e rotinas de comunicação, processos administrativos e ações judiciais são instâncias ou pontos de veto (veto points) pelos quais a regulação é a todo tempo questionada, reformulada, ajustada, ou confirmada por órgãos como ministérios, comissões parlamentares, tribunais de contas e pelo Poder Judiciário. Ou seja, o desenho do arcabouço regulatório vai muito além da análise estática de legislações setoriais e da regulamentação infralegal, exigindo uma compreensão do processo dinâmico de interações institucionais que delimitam o espaço regulatório”(FARACO, Alexandre D.; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; *A judicialização de políticas regulatórias de telecomunicações no Brasil*. Revista de Direito Administrativo, Forum: Belo Horizonte, n. 265, jan/abr. 2014. p. 150).

¹¹⁹Cf. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva Pereira; 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 (Orgs.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 151/153. Os autores citam o episódio ocorrido após a eleição do Presidente Luis Inácio Lula da Silva, em 2003, relativo ao critério de reajuste das tarifas de telefonia fixa, que resultou na renúncia do então Presidente da ANATEL (nomeado na gestão do Presidente Fernando Henrique Cardoso) no início de 2004. Igualmente, o papel desempenhado pela Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica/CGE durante a crise do setor elétrico ocorrida entre 2001 e 2002 no País, em que as decisões eram tomadas e coordenadas pela Casa Civil da Presidência da República, tendo a ANEEL, nessa ocasião, um papel decisório secundário. Por fim, não se pode esquecer o episódio ocorrido em 2006 na aviação civil brasileira apelidado de *“apagão aéreo”*, ocorrido entre os anos de 2006 e 2007, resultando na renúncia *“forçada”* de toda a diretoria da ANAC. Apesar de terem ocorridos em momentos distintos, estes exemplos evidenciam a *“insuficiência da análise meramente legal da autonomia das agências reguladoras”*, pois, a princípio, *“em nenhum dos casos expostos os diretores deveriam, por força legal, ter deixado seus cargos”*. Assim, concluem que *“os casos relatados mostram que, por mais autonomia que as agências reguladoras tenham sob a ótica formal, elas ainda se inserem em um governo e sofrem influência do contexto político ao seu redor. É ingênuo, contraprodutivo e até mesmo indesejável imaginar que as agências sejam completamente blindadas ao ambiente políticoexterno. Portanto, a experiência brasileira recente mostra ser imprescindível a manutenção de um diálogo político com o Poder Executivo”*.

¹²⁰Cf. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o leviatã: litigância intragovernamental e presidencialismo de articulação institucional*. 380 p. Tese de livre docência (livre docência em Teoria Geral do Estado),

Godoy, a litigância entre órgãos da Administração Pública se manifesta sob a forma de “*divergência intragovernamental*”. Trata-se de um problema real, que tem chamado a atenção dos órgãos do Executivo, representando um “*problema de Estado*”, que revelam disputas corporativas e, principalmente, políticas, no processo de definição da vontade governamental¹²¹.

Nesse contexto, podemos destacar a edição do Parecer AGU nº 04/2006, editado pela Advocacia-Geral da União¹²², em que previu a possibilidade de supervisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive por meio de recurso hierárquico impróprio, relativizando o conceito formal de autonomia das Agências Reguladoras. Em síntese, a referida manifestação jurídica estava relacionada a uma discussão em torno da legalidade da Cobrança de taxa (THC2 – terminal handling charge 2) pela entrega de contêineres aos demais recintos alfandegados. A Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ entendeu que haveria indícios de exploração abusiva de posição dominante no mercado pelos operadores portuários pela cobrança da referida taxa e determinou da questão ao Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência - CADE. Por se sentir prejudicada pela decisão, a empresa TECON Salvador S/A interpôs recurso hierárquico contra a decisão da Agência Reguladora dirigido ao Ministério dos Transportes, tendo o ministério dado provimento ao recurso.

Em seguida, a questão foi submetida à Advocacia-Geral da União para dirimir a controvérsia, visto que a ANTAQ discordou do posicionamento do Ministério dos Transportes. Assim, a AGU, embora tenha concordado com o entendimento da ANTAQ acerca da impossibilidade de revisão da decisão tomada pela Agência no caso concreto, concluiu que é possível, em tese, a revisão ministerial das decisões das Agências Reguladoras, por meio de recurso hierárquico impróprio quando: a) a agência pratique algum ato que extrapole sua competência legal e; b) quando a agência violar as políticas públicas adotadas para o setor regulado no âmbito de sua

USP, São Paulo. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/171677>. Acesso em: 17set.2015.

¹²¹“*A divergência intragovernamental é um fato que revela a força de vontades corporativas, embora seja absolutamente natural num regime democrático a existência de um pluralismo de propostas para o cumprimento dos deveres governamentais: há várias interpretações possíveis para uma mesma regra jurídica. A divergência intragovernamental é assim marcadamente psicológica ou ideológica (alcance das vontades corporativas), notadamente política (compreensão das oportunidades das propostas para cumprimento de deveres governamentais) e substancialmente jurídica também (definição da regra válida). Vontades corporativas minam uma vontade geral, centrada na autoridade presidencial, que precisa de meios para administrar a litigância entre órgãos e pessoas que se encontram sob sua autoridade. Sem que isso represente, naturalmente, qualquer entronização do chefe de um Poder, democraticamente escolhido*” (ibidem).

¹²²Dentro desse ambiente institucional de divergências entre órgãos governamentais no plano federal, é atribuída à Advocacia-Geral da União a função de dirimir o conflito e fixar a orientação jurídica adequada, conforme previsto na Lei Complementar nº 73/1993, por meio da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, regulamentada pelo Decreto nº 7.392/2010. Para Arnaldo Sampaio Moraes de Godoy, esse órgão de conciliação representar instrumento “*muito eficaz para a consecução de políticas públicas, bem como para o fortalecimento da atuação presidencial*”, sendo indispensável para a “*produção do consenso administrativo*” (ibidem).

competência. O fundamento adotado para a supervisão ministerial baseou-se no disposto no artigo 170 do Decreto-lei nº 200/1967, segundo o qual “*o Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal*”¹²³.

A prolação do Parecer AGU nº 04/2006 foi alvo de crítica. Alexandre Santos de Aragão entende que a referida manifestação jurídica põe em xeque “*a própria existência das agências reguladoras no Brasil como entidades independentes*”, na medida em que não se pode generalizar a utilização do recurso hierárquico impróprio ou a revisão *ex officio*, para permitir a revisão dos atos das agências, por ser medida excepcional. Para o autor, nos termos em que foi lavrado, o parecer pode representar um cheque em branco a favor do Poder Executivo, “*que sempre poderá invocar uma suposta política pública quando quiser intervir na agência, cabendo à AGU – órgão do próprio Executivo central – o papel do juiz supremo desse conflito*”¹²⁴.

Por outro lado, embora questione a legalidade do entendimento firmado pela Advocacia-Geral da União, na medida em que pode fragilizar a autonomia das Agências, pois as hipóteses previstas para a revisão ministerial são bastante genéricas, dando azo “*para toda sorte de questionamentos*”, Caio Mário da Silva Pereira Neto, Filippo Maria Lanciere e Mateus Piva Adami entendem que a conclusão daquele órgão jurídico “*exige um diálogo próximo entre as agências e Ministérios a que estão vinculadas*”. Essa interação, por um lado, pode ser salutar e recomendável “*do ponto de vista de alinhamento de políticas públicas, mas também pode ser bastante prejudicial*

¹²³Eis o teor da ementa do Parecer AGU nº 04/2006: “*PORTO DE SALVADOR. THC2. DECISÃO DA ANTAQ. AGÊNCIA REGULADORA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DE RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO PELO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. SUPERVISÃO MINISTERIAL. INSTRUMENTOS. REVISÃO ADMINISTRATIVA. LIMITAÇÕES. I – ‘O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal’ (DL nº 200/67, art. 170). II – Estão 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. III - Excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor. [...]. VI - Havendo disputa entre os Ministérios e as agências reguladoras quanto à fixação de suas competências, ou mesmo divergência de atribuições entre uma agência reguladora e outra entidade da Administração indireta, a questão deve ser submetida à Advocacia-Geral da União. VII – As orientações normativas da AGU vinculam as agências reguladoras. VIII - As agências reguladoras devem adotar todas as providências para que, à exceção dos casos previstos em lei, nenhum agente que não integre a carreira de Procurador Federal exerça quaisquer das atribuições previstas no artigo 37 da MP nº 2.229-43/2001” (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (organizadores). *Coletânea de Manifestações da Consultoria-Geral da União*. Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União, 2012, p. 261/310. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=171677&ordenacao=16&id_site=7530>. Acesso em 17/06/2015).*

¹²⁴ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 393/394.

caso venha a representar a simples submissão da agência ao Ministério a que está vinculada". De outro lado, pode haver o risco de a agência deixar de *"ser um órgão de Estado para se tornar um órgão de governo, longa manus do Ministério"*¹²⁵.

2.2.2 Diálogo institucional com o poder legislativo

O diálogo com o Poder Legislativo adquire importância crucial, na medida em que a Casa Legislativa é responsável por delimitar a competência das Agências Reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro por meio de suas respectivas leis instituidoras, servindo de importante instrumento de diálogo com os atores institucionais envolvidos. O dia a dia da atividade legislativa tem demonstrado que o Congresso Nacional, notadamente o Senado Federal, tem se destacado como importante ambiente de diálogo com o Executivo e com os próprios entes reguladores.

Com efeito, o processo legislativo para a aprovação de qualquer proposição normativa exige a apreciação do seu teor pelas comissões instaladas na Câmara Federal e no Senado Federal para análise de vários aspectos sobre a sua pertinência, seja no que se refere ao controle prévio de sua constitucionalidade, seja no que se refere à própria conveniência política para sua aprovação. Nesse processo, vários setores da sociedade civil são ouvidos, inclusive os órgãos reguladores interessados, fornecendo subsídios técnicos para embasar as decisões dos parlamentares.

Pode-se destacar a propositura do Projeto de Lei nº 3.337/2004 apresentado pelo Executivo, com o objetivo de dispor sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras. A referida proposição normativa foi uma reação à falta de coincidência dos mandatos dos dirigentes das Agências frente ao mandato presidencial, ocasionando diversas críticas quanto à excessiva autonomia da agência e a consequente à falta de responsividade desses entes com a nova agenda política do Presidente eleito, bem como a falta de transparência de suas decisões.

Para o governo, os poderes de outorga deveriam ser devolvidos para os ministérios, de modo a alinhar com as diretrizes políticas do Governo Federal. Diversas críticas foram dirigidas ao projeto de lei, tendo sido considerado *"excessivamente interventivo sobre o funcionamento das agências"*¹²⁶. Regina Silva Pacheco lamenta que o modelo de revisão dos atos das Agências previsto no PL nº 3.337/2004, *"revela preferência pelo controle hierárquico, confundindo-se nos*

¹²⁵ PEREIRA NETO; LANCIERI; ADAMI, op. cit., p. 158.

¹²⁶ Ibidem, p. 159.

argumentos com controle social”¹²⁷. Atualmente, o Projeto de Lei foi retirado de tramitação na Câmara Federal por solicitação da Presidente Dilma Rouseff, em abril de 2013.

Pode-se destacar, também, o controle exercido pelo Senado Federal, no que se refere à competência para “*sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*” (art. 49, V, CF), hipótese que se encaixa na regulação exercida pelas Agências Reguladoras com base na lei de regência. Com efeito, o Senado Federal aprovou o Decreto Legislativo nº 273, de 2014, que sustou os efeitos da Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº 52, de 6 de outubro de 2011, que havia proibido totalmente a comercialização de inibidores de apetite (femproporex, mazindol e anfepramona) e restringido a prescrição e dispensação de medicamentos que contenham a substância sibutramina¹²⁸. O parecer do Presidente da Comissão de Constituição e Justiça concluiu que a deliberação da ANVISA violava o “*livre exercício da profissão médica*”, assim como “*a proibição dos medicamentos para o tratamento da obesidade veda o acesso à saúde de significativa parcela da população*”, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal. Como resposta à deliberação do Senado Federal, a ANVISA editou a Resolução da Diretoria Colegiada nº 50, de 20 de setembro de 2014, regulamentando a prescrição e a comercialização dos referidos medicamentos.

Outro instrumento de diálogo entre o Executivo e o Legislativo não menos relevante refere-se ao processo de aprovação dos diretores e conselheiros das Agências Reguladoras. De acordo com o artigo 5º da Lei nº 9.986/2000 combinado com o artigo 52, III, *f*, compete ao Senado Federal aprovar a escolha de brasileiros indicados pelo Presidente da República, para ocupar os cargos de Presidente, Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente e demais membros do Conselho Diretor, cujos candidatos deverão ter reputação ilibada e formação universitária. De um modo geral, o Senado Federal tem chancelado as escolhas feitas pelo Chefe do Executivo Federal, gerando críticas quanto ao grau de detalhe que os indicados são sabatinados no âmbito daquela Casa Legislativa, sobretudo no que se refere à capacidade técnica dos profissionais indicados. Ao deixar de fazer uma sabatina mais rigorosa, “*o Poder Legislativo prejudica um importante foro de diálogo com o órgão regulador, considerando ser a porta de entrada de seus dirigentes*”¹²⁹.

¹²⁷PACHECO, op. cit., p. 541.

¹²⁸ Eis o teor do DL nº 273, de 2014: “*Art. 1º Fica sustada, nos termos dos incisos V e XI do art. 49 da Constituição Federal, a Resolução - RDC nº 52, de 6 de outubro de 2011, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, que dispõe sobre a proibição do uso das substâncias anfepramona, femproporex e mazindol, seus sais e isômeros, bem como intermediários e medidas de controle da prescrição e dispensação de medicamentos que contenham a substância sibutramina, seus sais e isômeros, bem como intermediários. Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação*”.

¹²⁹PEREIRA NETO; LANCIERI; ADAMI, op. cit., p. 160. Porém, não se pode concluir de forma generalizada que o Senado Federal tem se curvado diante de todas as indicações realizadas pelo Executivo. A depender do ambiente

2.2.3 Diálogo institucional com o Tribunal de Contas da União

Não se pode olvidar a atividade importante de controle exercida pelo Tribunal de Contas da União no que se refere aos atos das Agências, na qualidade de órgão auxiliar do Poder Legislativo, nos termos do artigo 71, da Constituição Federal, consistindo em importante instrumento de *accountability* democrática¹³⁰. Com efeito, o Tribunal tem avaliado com frequência o desempenho institucional das Agências, surgindo dúvida quanto aos limites de intervenção no âmbito da política regulatória. Ou seja, se a atuação da Corte de Contas se restringe a aspectos relacionados à atividade administrativa e orçamentária da agência ou se é possível também sobre questões relacionadas à política regulatória¹³¹.

Com efeito, no julgamento do Acórdão nº 1.107/2003, a respeito da Consulta formulada pelo Ministério das Comunicações sobre a interpretação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à aplicação de recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST, o Tribunal basicamente estabeleceu os requisitos para a gestão desse fundo, deixando um espaço bastante limitado para a atuação da ANATEL. Não obstante, não se pode ignorar que a recomendação emanada do TCU foi uma resposta à própria consulta formulada

político a aprovação do indicado pode restar prejudicada. A rejeição normalmente está baseada mais critérios políticos do que a capacidade técnica do indicado. Em 2012, os Senadores rejeitaram a recondução da Presidente da ANTT, Bernardo Figueiredo, por indicação da Presidente Dilma Roussef. Segundo noticiado na imprensa, a reprovação do indicado esteve relacionada à insatisfação da base de apoio da Presidente do que propriamente a critérios técnicos do profissional. Segundo afirmou o Líder do Governo no Senado, Senador Romero Jucá – PMDB/RR, o resultado foi fruto da "insatisfação" da base aliada. Segundo ele, já havia previsão de que a votação seria apertada. "Foi uma posição política de pessoas não satisfeitas. Tem insatisfação em todos os partidos. [...] Temos que entender o recado e levar ao governo. Temos que aprofundar as relações políticas e acabar com os problemas" ("Senado rejeita recondução ao cargo do presidente da ANTT". Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/03/senado-rejeita-reconducao-de-bernardo-figueiredo-antt.html>> Acesso em: 19 jun. 2015). De igual modo, a demora da Presidente em indicar os diretores e conselheiros das Agências Reguladoras acaba prejudicando o seu normal funcionamento das. Um dos motivos apontados para essa demora deve-se a falta de consenso entre o Executivo e o Legislativo por diversas razões, que acaba gerando certo receio de os indicados serem rejeitados pelo Senado por insatisfação da base de sustentação do Governo no Legislativo, o que poderá causar um desgaste junto à opinião pública.

¹³⁰ Cf. ARANTES, Rogério Bastos *et all*. Controles democráticos sobre a administração pública no Brasil: Legislativo, tribunais de contas, Judiciário e Ministério Público. In: LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz e PACHECO, Regina Silva (Orgs.). *Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI*. Rio de Janeiro, 2010. p. 129.

¹³¹ Sobre os limites da atuação do Tribunal de Contas da União sobre em relação às agências reguladoras, confira JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 588/589. O autor defende uma postura contida, de modo que o "controle versará, basicamente, sobre a gestão administrativa em sentido próprio. Não caberá ao Tribunal de Contas investigar o conteúdo das decisões regulatórias emitidas pela agência".

pelo Ministro de Estado de Telecomunicações, de modo que é possível deduzir que a solução apresentada foi resultado de um diálogo do órgão ministerial com o próprio Tribunal¹³².

Igualmente, no Acórdão nº 2.210/2015, o Tribunal avaliou os procedimentos adotados pela Secretaria de Aviação Civil (SAC/PR), pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) para garantir o nível de serviço adequado aos usuários dos aeroportos que integram a rede nacional de transporte aéreo regular. Neste caso, a Corte de Contas expediu uma série de recomendações para a melhoria do referido serviço no que se refere à atividade de fiscalização e punitiva da ANAC¹³³.

Nesse sentido, o TCU já decidiu que não compete ao Tribunal fiscalizar diretamente as empresas delegatárias do serviço público, mas apenas averiguar se o poder concedente está fiscalizando de forma adequada a execução dos contratos celebrados, sob pena de esvaziar a competência das agências reguladoras:

Nesse particular, como bem ponderou a unidade instrutiva, a jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido de que não compete ao TCU, no exercício do controle externo da Administração Pública, fiscalizar diretamente as empresas delegatárias de serviço público, mas sim examinar se o poder concedente está fiscalizando de forma adequada a execução dos contratos celebrados. Isso porque entendimento em sentido contrário implicaria invasão do Tribunal na seara de atuação das agências reguladoras, esvaziando a competência dessas importantes entidades introduzidas pela Reforma do Aparelho do Estado no final dos anos 90 (Acórdão nº 210/2013).

Pelos casos relatados é prematuro avaliar qual a orientação do Tribunal de Contas da União sobre a amplitude do controle exercido sobre as atividades das agências reguladoras, o que demandaria uma análise detida das suas decisões – que foge do espectro do objetivo do presente trabalho. De qualquer forma, ressalta Caio Mário da Silva Pereira Neto, Filippo Maria Lancieri e

¹³²Sobre aspectos relacionados à falta de utilização dos recursos do FUST, ver PEREIRA NETO, Caio Mário; ADAMI, Mateus Piva. O desafio da universalização de telecomunicações: um balanço após 15 anos de LGT. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 189-225.

¹³³“9.1.4. em relação às rotinas de fiscalização demandadas aos Núcleos Regionais de Aviação Civil (Nuracs) para subsidiar a validação dos padrões de desempenho referentes a serviços diretos e disponibilidade de equipamentos, defina modelos de registros e procedimentos adequados e suficientes para demonstrar efetiva realização da ação fiscalizatória planejada e para garantir segurança/ confiabilidade às informações obtidas; [...]; 9.1.8. providencie para que o corpo técnico do setor responsável por fiscalizar contratos de concessão esteja devidamente qualificado e habilitado nas áreas compatíveis com as verificações realizadas, a fim de viabilizar imediata apuração de infrações ou de indícios de sua prática, informando o Tribunal sobre as medidas adotadas para esse fim, inclusive quanto ao processo de revisão da Instrução Normativa 06/2008 da Anac; 9.1.9. envie esforços para que a regulamentação sobre dosimetria de sanções administrativas aplicáveis no âmbito dos contratos de concessão esteja concluída até o segundo trimestre de 2016, conforme o cronograma estabelecido para o Tema 47 da Agenda Regulatória 2014-2015, evitando novas prorrogações”;

Mateus Piva Adami, que há uma sinalização da Corte de Contas em preservar as competências do ente regulador, salvo as situações em que esteja caracterizada uma atuação omissiva da Agência¹³⁴.

2.3 A agência e o diálogo com o Judiciário: a virada institucional (*institutional turn*)

Para os propósitos da presente dissertação, será analisada a teoria dialógica institucional sob a perspectiva endógena, isto é, no interior da decisão judicial, preocupada com a forma em que o Judiciário deve se decidir em questões de complexidade técnica elaboradas pelas Agências Reguladoras, a partir dos postulados da “*virada institucional*”.

Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule¹³⁵ apontam um dos principais problemas das teorias tradicionais sobre a interpretação de normas, cujas análises têm sido desenvolvidas em alto nível de abstração e sofisticação, baseadas no protagonismo do Poder Judiciário, em dizer, o último sentido da Constituição e da legislação infraconstitucional. As discussões entre os juristas têm girado em torno da natureza da atividade de interpretação e questões relacionadas ao constitucionalismo, democracia, legitimidade, autoridade e supremacia da Constituição, ignorando, por conseguinte, a capacidade institucional dos Poderes Legislativo e Executivo de também interpretar a norma jurídica.

Nesse sentido, a “*virada institucional*” consiste na mudança de enfoque sobre o papel das instituições na democracia e o seu papel na interpretação das normas, questionando a capacidade do Poder Judiciário deliberar em última instância sobre questões técnicas em situações de incerteza e racionalidade limitada, como é o caso de questões relacionadas à alocação de recursos escassos, análise de custo-benefício e outros critérios políticos e econômicos atrelados às políticas públicas. Critica-se, por isso, a tendência de se louvar a capacidade dos juízes em proferir a última palavra em detrimento das agências. A interpretação das normas sem considerar os aspectos institucionais envolvidos, pode-se mostrar superficial e produzir soluções piores do que foi deliberado pela agência, tendo em vista os efeitos sistêmicos em se deliberar em situações de incerteza. Dessa forma, propõe-se uma postura de deferência do Poder Judiciário para com as deliberações das agências em caso de complexidade interpretativa¹³⁶.

¹³⁴PEREIRA NETO; LANCIERI; ADAMI, op. cit., p. 164.

¹³⁵Cf. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*, 2002. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/156.crs-av.interpretation.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2013.

¹³⁶Cf. VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press. 2006, p. 63 e ss; DIMOULIS, Dimitri. Sentidos, vantagens cognitivas e problemas teóricos do formalismo jurídico. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Com efeito, Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule iniciam o seu estudo, trazendo o dilema para a resolução de uma hipotética disputa judicial, que envolve a proibição de uso de aditivos em alimentos que possam causar câncer em seres humanos e nos animais, fundamentada em uma norma editada há décadas. Sob o argumento de que com o avanço da tecnologia se é possível detectar o baixo nível de carcinógenos nos alimentos em decorrência do uso desses aditivos, cujo risco é infinitesimal, a empresa tenta impugnar perante o Judiciário a restrição contida na norma, com o objetivo de provar que o seu uso torna o alimento mais seguro. Em sentido contrário, o órgão regulador sustenta que a proibição deve ser interpretada de forma literal, considerando que todos os aditivos que causam o câncer estão banidos. Diante dessa controvérsia, questionam os autores como deveria o Tribunal solucionar este problema.

Discussões complexas e técnicas de tal natureza, prosseguem Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule, não poderão ser resolvidas de forma satisfatória sem levar em consideração os aspectos institucionais envolvidos. Com efeito, as teorias tradicionais têm se preocupado em procurar uma forma ideal de interpretação e deliberação por parte dos tribunais, partindo do princípio de que o magistrado é um ser infalível, capaz de decidir questões jurídicas de qualquer natureza, até mesmo as que não têm conhecimento técnico para tanto. Contudo, os juristas têm ignorado duas questões importantes para a interpretação do direito, quais sejam: a capacidade institucional do órgão regulador e as consequências imprevisíveis que a decisão poderá causar em diversos segmentos de ordem pública e privados (efeitos sistêmicos). O aspecto a ser considerado não é alcançar uma resposta ideal de uma norma a ser interpretada por um Juiz infalível; mas como deveria determinadas instituições, com suas capacidades e limitações, interpretar a norma em um mundo real¹³⁷.

Para Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule, ao longo dos tempos os juristas foram produzindo teorias altamente sofisticadas para a interpretação da norma, com o objetivo de torná-la mais objetiva, de modo a reduzir a discricionariedade do magistrado, tentando alcançar uma solução ideal para a situação concreta, caso fosse o juiz da causa. Os autores fizeram um levantamento das

¹³⁷ “We think that current theories fail to provide an adequate framework for thinking about questions of this sort, and that the failure reveals a serious problem with contemporary views about interpretation in law. Typically interpretative issues are debated at a high level of abstraction, by asking questions about the nature of interpretation, or by making large claims about democracy, legitimacy, authority, and constitutionalism. But most of the time, large-scale claims of the kinds cannot rule out any reasonable view about interpretation [...] By contrast, we urge that it is far more promising to focus on two neglected issues. The first has to do with institutional capacities. As we shall urge, debate over legal interpretation cannot be sensibly resolved without attention to those capacities. The central question is not ‘how, in principle, should a text be interpreted’ The question instead is ‘how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?’ [...] The second issues involve the dynamic effects of any particular approach – its consequence for private and public actors of various sorts” (SUNSTEIN; VERMEULE, op. cit., p. 2).

teorias de influentes juristas do *common law* desenvolvidas nos últimos três séculos, com objetivo de registrar a “cegueira” ou a “insensibilidade” em relação às questões institucionais e os efeitos sistêmicos na interpretação do direito, que têm marcado os seus trabalhos. Importante destacar a crítica ao pensamento moderno de Herbert Lionel Adolphus Hart e Ronald Dworkin, ressaltando que estes desenvolveram as suas teorias, visando procurar uma resposta ideal, acerca de como um juiz perfeito deveria lidar com problemas interpretativos – não como o juiz em um mundo real, agindo como parte de um processo composto por múltiplos atores¹³⁸.

No entanto, os juristas têm ignorado o aspecto que estas teorias serão utilizadas por seres humanos falíveis, cujos efeitos sistêmicos da decisão passarão ao largo do caso concreto objeto de apreciação, contribuindo, assim, para a “cegueira institucional”. Dois fatores são apontados: 1) armadilha em relação ao papel do intérprete, isto é, pergunta-se “*como eu decidiria o litígio se eu fosse o juiz?*”; 2) armadilha cognitiva na qual os teóricos criticam o papel generalista dos magistrados em decidir casos particulares, mas, paradoxalmente, essas decisões são estimuladas pelas mesmas teorias da interpretação, que idealizam a figura do magistrado. Na verdade, o problema tem se apresentado para os juristas “*como juízes perfeitos decidiria o litígio?*” do que “*como juízes falíveis julgariam, à luz da sua falibilidade em um sistema complexo de ordem pública e privada?*”

A “*virada institucional*” tem um viés pragmático em oposição ao vasto debate sobre o problema da legitimidade constitucional e das teorias performáticas sobre interpretação, de matriz normativo-intepretativa¹³⁹, de cunho essencialista. Procura uma resposta prática e possível diante de uma realidade complexa e pluralista, cujas políticas públicas visam satisfazer vários grupos de interesses e a sociedade de uma forma geral, de modo que não é raro o desacordo em relevantes

¹³⁸“*Like Hart, Dworkin proceeds as if the question is how an idealized judge deals with interpretative problems – not a real world judge, operating as part of a decisionmaking committee staffed by multiple actors, should proceed in the face of uncertainty*” (Idem, ibidem, p. 10/11).

¹³⁹Rafael Bezerra de Souza e Carlos Bolonha asseveram que: “[...] a proposta da perspectiva institucional, típica de matriz norte-americana, lança mão de um viés pragmático, através do qual se vislumbra a consideração comportamental e funcional das instituições políticas, com foco na análise do desempenho da atividade institucional, em detrimento do já extenuante debate acerca do problema da legitimidade constitucional, realizado sob a dimensão normativo-interpretativa. Assim sendo, a problemática central do presente estudo resta evidenciada na insuficiência das tradicionais paradigmas teórico constitucionais para a compreensão da realidade constitucional contemporânea, haja vista a negligência da dimensão prática do comportamento das instituições políticas e dos seus rebatimentos entre outras esferas de interesse (jurídica, administrativa, democrática, etc.), em face da cegueira institucional na consideração das capacidades institucionais e dos efeitos sistêmicos. Neste diapasão, a partir da crítica em relação às chamadas visões perfeccionistas, reafirma-se a necessidade de superação dos velhos dilemas dicotômicos já incessantemente debatidos pela doutrina, tais como o da supremacia do legislativo vs. supremacia do Judiciário e das tradicionais teorias de interpretação constitucional com foco restrito à norma jurídica”. (SOUZA, Rafael; BOLONHA, Carlos. Teorias jurídicas contemporâneas: uma análise crítica sob a perspectiva institucional. *Revista on-line Direito, Estado e Sociedade*. PUC-RIO: Rio de Janeiro, n. 43, p. 164, jul./dez. 2013).

questões morais. Possui, também, por óbvio, uma motivação de cunho político, ao sugerir que, em questões técnicas ou moralmente controversas, os Poderes Legislativo e Executivo possuem melhor capacidade institucional em deliberar sobre tais assuntos em relação ao Poder Judiciário, visto que estão submetidos à periodicidade do sufrágio universal em um regime democrático.

O Judiciário, por sua estrutura e perfil generalista na formação de seus magistrados, nem sempre tem condições de aferir a dinâmica e as condições de funcionamento das instituições em que a norma e a política pública foram produzidas, seja em razão dos aspectos técnicos que envolvem a matéria regulada (política, economia, etc.), seja em razão dos efeitos sistêmicos sobre o segmento público e privado afetados, cujos resultados se projetam além da demanda judicial posta à sua apreciação. Diante da incerteza ou ambiguidade do texto normativo, é preferível o juiz agir com deferência à interpretação adotada pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Executivo. Nesse contexto, ressaltam Carlos Bolonha, Máira Almeida e Henrique Rangel, a atividade interpretativa não se resume ao Judiciário, “*pois todas as instituições revestidas de atribuições normativas e funcionais numa ordem constitucional possuem um papel democrático a ser desempenhado*”¹⁴⁰. E o papel democrático a ser desempenhado por essas instituições está associada à suas capacidades institucionais e a melhor avaliação dos efeitos sistêmicos ao se deparar com demandas da sociedade¹⁴¹.

É bom registrar que a proposta institucional tem consciência das suas limitações em oposição às teorias perfeccionistas. Como destacado, é rejeitada a hipótese de se obter a melhor resposta por meio da interpretação jurídico-normativa, considerando a falibilidade humana e das próprias instituições. Adrian Vermeule¹⁴² se utiliza da análise comparativa da teoria econômica do

¹⁴⁰BOLONHA; ALMEIDA; op. cit., p. 156.

¹⁴¹Sobre o tema, Carlos Bolonha, Máira Almeida e Henrique Rangel sintetizam os conceitos de capacidades institucionais e efeitos sistêmicos: “*As atividades interpretativa e deliberativa, desta maneira, devem considerar aspectos institucionais como seus próprios resultados, assim como quanto a instituição se encontra preparada para enfrentar as demandas sociais que recebem. Estes aspectos institucionais servem como parâmetros para definir os limites de uma atividade institucional legítima. Capacidades institucionais representam um fenômeno de natureza institucional relacionada às possibilidades de o agente levantar recursos e informações que balizem o seu entendimento. Da mesma maneira, a especialização é um fator que conjugar maiores capacidades institucionais à atuação, representando um conhecimento aprofundando sobre os debates teóricos e empíricos em torno dos fatos conexos à sua atividade. Efeitos sistêmicos, por sua vez, relaciona-se à predição de que a atividade, em primeiro lugar, não atingirá de maneira negativa pessoas, instituições públicas e instituições privadas. Em segundo lugar, os efeitos sistêmicos representam os reflexos da atividade e das capacidades institucionais que, por sua vez, reúnem fatores que permitem a previsão dos próprios efeitos sistêmicos. Portanto, de acordo com essa perspectiva, a atividade institucional deve-se propor a promover interpretações e deliberações, afastando-se dos termos estritamente normativos, quando se encontram acompanhados de questões institucionais favoráveis no atendimento a demandas sociais*” (Op. cit., p. 156/157).

¹⁴²VERMEULE, Adrian. *The Interaction of Democratic Mechanisms*. The Good Society, Vol. 18, No. 1, 2009; Harvard Public Law Working Paper n. 09-22. Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1401481>>, acesso em: 08/06/2015

SecondBest na regulação de mercados, em que não é possível uma regulação perfeita devido às suas falhas inerentes. Com efeito, segundo o autor, a teoria econômica do *Second Best* sustenta que onde não é possível satisfazer todas as condições necessárias para atingir o ponto ótimo, não é necessariamente desejável para satisfazer o maior número dessas condições possíveis. Pelo contrário, a insuficiência de aperfeiçoar uma variável qualquer significa que outras variáveis podem ter que levar em consideração também valores sub-ótimos, com o objetivo de compensar a falha inicial. Idealmente, exemplifica o autor, é desejável que a indústria mineira seja tanto competitiva e como não poluente. Entretanto, se a poluição excessiva é inevitável, então o monopólio poderia se apresentar como a solução possível, tendo em vista que a competição apenas aumentaria o número de empresas de mineração e o conseqüente aumento da poluição.

Rafael Bezerra de Souza e Carlos Bolonha¹⁴³ destacam que Vermeule utiliza o “*second Best democracy*” como modelo de estrutura e atividade institucional a ser adotado pelo Estado de Direito; ou seja, “*aquilo que efetivamente pode ser alcançado através da atividade institucional*”, em contraposição ao *first Best*, concernente à “*mera idealização da atividade institucional*”, pois “*as instituições no plano operacional se deparam com limitações por ela ignoradas*”. Nesse sentido, acrescentam os autores que “*o reconhecimento dos limites numa pretensão de alcançar a menor distância entre o ideal e o institucionalmente possível, definindo o que se entende como second-best democracy*”¹⁴⁴.

2.4 O Judiciário e a capacidade institucional

Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule¹⁴⁵ pontificam que as agências norte-americanas possuem uma capacidade institucional superior aos tribunais para decidir sobre questões técnicas ou quando a lei não for clara ou ambígua sob o âmbito de sua incidência. O fato de disporem de um

¹⁴³SOUZA; BOLONHA, op. cit., p. 177.

¹⁴⁴“*Ao contrário do que pensam as correntes teóricas do perfeccionismo, pelas quais o modelo democrático a ser adotado seria, como bem classifica Vermeule, o first-best, a estrutura institucional de um Estado Democrático de Direito e sua atividade devem se desenvolver pelo chamado modelo da second-best democracy. Isto porque as instituições deparam-se, em suas atuações com limitações, ignoradas pelos perfeccionistas. Deliberar além de seus limites estruturais pode levar a erros graves e grosseiros, causando danos aos cidadãos e complicações às demais instituições. Não é admissível, contudo, uma estrutura institucional isenta de limites e incapacidades, como se ela fosse apta a resolver os mais complexos e diversos casos de qualquer matéria, em quaisquer condições e não seria democrático atribuir tamanho poder deliberativo a uma instituição, previstos os resultados negativos que podem advir*” (BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas institucionais do constitucionalismo contemporâneo. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, n. 17, p. 301, out/dez. 2011).

¹⁴⁵ SUNSTEIN; VERMEULE. op. cit., p. 32/35.

corpo técnico de especialistas, as Agências estão em uma posição privilegiada para saber e prever os efeitos e as consequências acerca dos impactos de determina política no setor regulado.

Os autores destacam o precedente *ChevronUSA inc. v. Natural ResourcesDefenseCouncil Inc.*, 467 U.S 837 (1984) prolatado pela Suprema Corte Americana¹⁴⁶ acerca dos limites do controle jurisdicional dos atos produzidos pelas Agências daquele País, em que se articulou novo parâmetro de revisão judicial no tocante a validade do ato de regulação editado, com base na avaliação do grau de deferência que o Tribunal deve ter para com a interpretação da lei realizada pelo ente regulatório (*judicial deference*).

Com efeito, o precedente envolveu a discussão acerca da legalidade da nova interpretação realizada pela Agência de Proteção Ambiental americana (*EnviromentalProtetionAgency – EPA*) sobre o conceito de fonte estacionária (*stationarysource*) prevista na Lei do Ar Limpo (*Clean Air Act*). A lei previa que os Estados deveriam autorizar a construção e operação de novas fontes estacionárias, ou as suas respectivas alterações que resultassem na emissão de mais poluentes. Inicialmente, o regulamento expedido pela EPA permitia que o Estado adotasse uma definição de toda planta. Assim, uma fábrica já existente poderia instalar ou modificar uma peça de equipamento sem satisfazer as condições de licenciamento se a alteração não aumentar o nível de emissão de poluentes.

No entanto, a EPA editou novo regulamento, alterando sua interpretação sobre o conceito de fonte estacionária, de modo a considerar que toda a fábrica ou instalação poderia ser enquadrada como uma única fonte (*bubbleconcept* ou teoria da bolha). Dessa forma, o cerne da

¹⁴⁶ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Chevron v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984). Disponível em: <[http://www.law.uh.edu/faculty/jmantel/health-regulatory-process/Chevron,467U.S.837\(1984\).pdf](http://www.law.uh.edu/faculty/jmantel/health-regulatory-process/Chevron,467U.S.837(1984).pdf)> Acesso em: 18 set. 2015. O *leading case Chevron* superou o entendimento consagrado na *hard look doctrine*, desenvolvida pelo Judiciário Federal norte-americano pós *new deal*. Segundo Cass R. Sunstein esta teoria permitiu que o Judiciário limitasse “as iniciativas regulatórias, às vezes exigindo das agências que demonstrassem que as vantagens da regulação justificassem as desvantagens”. De certa forma, “a racionalidade tecnocrática” das decisões judiciais serviu como um meio de “controle sobre a atividade regulatória”. Por outro lado, a atuação ativa do Judiciário veio ratificar a crítica dos defensores da política do *new deal*, no sentido de que o controle excessivo era feito por “juízes interessados na tradicional ordem do mercado”. O autor destaca, ainda, que o *hard look doctrine* foi uma tentativa de os juízes aplicarem a Lei de Processo Administrativo (*Administrative Procedure Act*) em relação às decisões das Agências, segundo o qual o Tribunal “deve garantir a fidelidade ao direito positivo”, assim como “invalidar decisões que sejam ‘arbitrárias’ ou caprichosas”. Apesar da aparente facilidade na aplicação da norma em conformidade com o direito positivo, a problemática na aplicação desta teoria reside em avaliar até que ponto “a deferência a uma interpretação da administrativa da lei é compatível com o princípio segundo o qual cabe ao Judiciário ‘dizer o que o direito é’”. Isso gerou diversas críticas quanto à forma de atuação dos magistrados, especialmente na falta de deferência para com as “interpretações das agências, apontando para a ausência de competência técnica da administração em questões jurídicas. Essa abordagem algumas vezes foi associada à hostilidade em relação à regulação”. Em outras situações, apontaram o equívoco dos juízes em se afastar da análise das questões estritamente de direito, em que “passaram a realizar uma investigação judicial independente das questões de direito para garantir a implementação dos programas regulatórios, um desenvolvimento paralelo ao crescimento do controle das decisões das agências com base na *hard look doctrine*”. (SUNSTEIN, Cass R. O constitucionalismo após o New Deal. In MATTOS, Paulo *et alli* (Orgs.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, São Paulo: 34, 2004. p. 163/164).

questão posta no precedente *Chevron* consiste em saber se o novo regulamento expedido pela agência está baseado em uma interpretação razoável do conceito de fonte estacionária¹⁴⁷.

Ao decidir a questão, a Suprema Corte observou que o *Clean Air Act* definiu com precisão o conceito de fonte estacionária, de modo a balizar a autorização da sua construção e exploração. Dessa forma, o julgamento fixou duas premissas para análise do caso (teste dos dois passos). Primeiro (*step one*), se o legislador regulamentou diretamente a questão, não deixando margem para que o regulamento administrativo a complemente, o problema será solucionado mediante a análise de compatibilidade do ato para com a norma legal que fundamentou a edição daquele ato. Segundo (*step two*), se a lei ou a delegação legislativa é silente ou ambígua sobre os limites da delegação, o tribunal passará a responder ao seguinte questionamento: se a interpretação da Agência é razoável ou tolerável¹⁴⁸.

Dessa forma, se a Corte entender que a interpretação da norma não foi razoável, passará, pois, a realizar o controle amplo de legalidade do ato impugnado. Porém, se o órgão jurisdicional verificar que a interpretação produzida pelo órgão regulatório é razoável ou tolerável, o entendimento administrativo deve prevalecer, em respeito à deferência técnica da Agência para regulamentar a questão, ainda que a interpretação da norma legal realizada pelo Judiciário fosse divergente da interpretação realizada pela Administração¹⁴⁹. O questionamento que o julgador deve aferir, portanto, não é se a interpretação adotada pelo órgão regulatório é a correta, mas se a medida adotada está fundamentada em uma interpretação razoável ou tolerável dos conceitos contidos em lei.

Neste ponto, encontra-se a particularidade do *leading case Chevron*, qual seja, que o Judiciário não teria a função de dizer a última palavra, quando se tratar omissão ou ambiguidadesobre o sentido da norma legal ou da delegação legislativa, mas a agência do Poder

¹⁴⁷ Cf. LIMA, op. cit., p. 154/158.

¹⁴⁸ “When a court reviews an agency's construction of the statute which it administers, it is confronted with two questions. First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute” (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Chevron v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984). Disponível em: <[http://www.law.uh.edu/faculty/jmantel/health-regulatory-process/Chevron,467U.S.837\(1984\).pdf](http://www.law.uh.edu/faculty/jmantel/health-regulatory-process/Chevron,467U.S.837(1984).pdf)>. Acessoem: 18 set. 2015).

¹⁴⁹ Cf. CROLEY, Steven P.; HACKSON, John. WTO dispute procedures, standard of review, and deference to national governments. In HACKSON, Steven P. *The Jurisprudence of GATT and the WTO: Insights on Treaty Law and Economic Relations*. Cambridge University Press, 2000, p. 147. Disponível em: <<https://books.google.com.br>>. Acessoem: 03 set. 2015.

Executivo competente para regulamentar a questão. Assim, o Tribunal não poderia rejeitar a interpretação realizada pela Agência, simplesmente porque não concordou com a interpretação adotada¹⁵⁰. Conforme justificativa apresentada pelo *Justice Stevens*:

Os juízes não são especialistas na área, e não fazem parte do um ou outro ramo político do Governo. Tribunais devem em alguns casos, conciliar interesses políticos, mas não com base em preferências políticas pessoais dos seus juízes. Em contraste, uma agência a que o Congresso delegou responsabilidades para a formulação das políticas públicas podem, dentro dos limites dessa delegação, confiar corretamente no juízo de valor adotado pela administração para fundamentar os seus julgamentos. Enquanto as agências não são diretamente responsáveis perante o povo, o Chefe do Executivo é, e é inteiramente apropriado que os ramos do Governo façam essas escolhas políticas¹⁵¹.

Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule¹⁵² assinalam que há duas maneiras de analisar o precedente *Chevron*: 1) o mais comum, sob a perspectiva de questões constitucionais, a separação de poderes e deliberações legislativas; 2) sob a perspectiva diretamente institucional, segunda a qual se apresenta a melhor maneira de analisar o problema de interpretação. Nesse aspecto, sob o enfoque institucional, a deferência adotada pela Suprema Corte se justifica pelo fato de as agências estarem em uma posição melhor para deliberar sobre o sentido do texto legal, devido à sua expertise técnica. Além disso, defendem os autores, que as agências também possuem uma posição privilegiada para aferir os custos e os riscos para a formulação e execução das políticas públicas.

Nesse ponto, os autores propugnam que as deliberações do Poder Judiciário se utilizem do formalismo como estratégia interpretativa, como forma de preservar as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos.

2.50 formalismo como estratégia interpretativa

¹⁵⁰ Cf. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*, 2002. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/156.crs-av.interpretation.pdf>>. Acesso: em 29 de setembro de 2013.

¹⁵¹Tradução do autor. “*Judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the Government. Courts must, in some cases, reconcile competing political interests, but not on the basis of the judges' personal policy preferences. In contrast, an agency to which Congress has delegated policy-making responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration's views of wise policy to inform its judgments. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief Executive is, and it is entirely appropriate for this political branch of the Government to make such policy*” (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Chevron v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984). Disponível em: <[http://www.law.uh.edu/faculty/jmantel/health-regulatory-process/Chevron.467U.S.837\(1984\).pdf](http://www.law.uh.edu/faculty/jmantel/health-regulatory-process/Chevron.467U.S.837(1984).pdf)>. Acesso em: 18 set. 2015).

¹⁵²SUNSTEIN; VERMEULE, op. cit., p. 31.

De início, é importante registrar que o termo “*formalismo jurídico*” possui vários sentidos na teoria do direito, notadamente no que se refere à interpretação, sendo comum associar o seu conceito a um termo pejorativo, consistente no apego que o jurista tem em relação às formas jurídicas em detrimento de sua substância, finalidades e ao próprio senso de justiça. Normalmente, segundo DimitriDimoulis, o intérprete formalista é associado àquela figura que se preocupa com problemas superficiais, tem apego exagerado a formalidades processuais, atua com intuito nitidamente protelatório, prioriza a forma em detrimento da substância, e, “*em geral, não se preocupa com a verdade, a justiça e os demais valores que deveriam nortear a aplicação do direito*”. O autor ressalta que às vezes a crítica deturpada do formalismo pode ser utilizada como estratégia de dissimulação (formalismo metodológico) no momento da aplicação do direito, em que os juristas “*ocultam as influências e apresentam o mundo jurídico como fechado e autossuficiente, não submetido à influência de outros sistemas sócio-normativos*”; ou sob o aspecto estrutural (formalismo estrutural), concebida como teoria da única resposta certa ou “*legalismo*”¹⁵³.

Adrian Vermeule destaca, também, dois sentidos comuns do formalismo jurídico. Primeiro, no que se refere a uma postura essencialista ou conceitualista na interpretação do direito (por exemplo, definir a natureza jurídica de determinado instituto), em que se excluem concepções políticas ou morais. Já no segundo sentido, o formalismo pode-se apresentar como estratégia interpretativa, na qual os tribunais podem adotar na interpretação do direito. Neste caso, o Juiz produz uma decisão de segunda ordem, em que avalia, de acordo com as regras do que de princípios (*standards*) e aderir ao sentido aparente do texto legal, evitando que o Juiz adote uma decisão que venha utilizar alguma fonte superior de princípios ou a essência do direito, de modo a produzir as melhores consequências.

Adrian Vermeule ressalta que o formalismo no segundo sentido é o que mais se aproxima aos postulados da “*virada institucional*”, mas com uma particularidade¹⁵⁴. O formalismo de natureza institucional¹⁵⁵ se apresenta como a opção mais responsável a ser adotada pelo

¹⁵³ DIMOULI, Dimitri. Sentidos, vantagens cognitivas e problemas teóricos do formalismo jurídico. In MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 216. Destaca, ainda, o autor, que a má-compreensão sobre o sentido das formas na aplicação do direito indicam que, “*além de serem imprescindíveis no direito, expressam decisões políticas substanciais e, muitas vezes, correspondem a imperativos morais, como mostra uma importante tradição de pensamento jusfilosófico, de Lon Fuller a Robert Summers*”.

¹⁵⁴ Cf. VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press. 2006. p. 73.

¹⁵⁵ O formalismo defendido por Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule é o de natureza institucional. Para DimitriDimoulis, essa concepção “*defende uma teoria formalista de cunho normativo e claramente político, sugerindo limitar o campo de ação do julgador com argumentos institucionais. Esboça um formalismo que sai da caricatura,*

Judiciário, como forma de reduzir a discricionariedade do magistrado e evitar a produção de efeitos indesejados ao decidir sobre questões de caráter técnico ou sobre o caráter ambíguo das normas, haja vista que “*o custo da liberdade interpretativa do juiz é superior aos benefícios esperados*”. Dessa forma, “*isso justifica o binômio que o julgador deve seguir: interpretação literal quando a norma for clara; autocontenção e deferência às interpretações do Legislativo e do Executivo nos demais casos*”¹⁵⁶.

Com efeito, Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule assinalam que o formalismo se apresenta como uma resposta sensata e altamente pragmática aos limites institucionais dos juízes generalistas. Ademais, normalmente o juiz formalista não ficará tentado a adequar o sentido da lei e da legislação ao seu senso pessoal de justiça e hesitaria em declarar a sua nulidade, salvo nas situações em que a regulação se mostrar absurda. Portanto, a opção pelo formalismo se justifica estrategicamente por questões de ordem pragmática, pelo fato de produzir “*as melhores consequências*”, uma vez que reduz os custos do sistema na hipótese de complexidade normativa, bem como os riscos de ausência de coerência na decisão dos tribunais devido ao aumento do poder discricionário do julgador¹⁵⁷. Nesse sentido, assinalam Carlos Bolonha, Maíra Almeida e Henrique Rangel:

O formalismo, em geral, seria uma saída estratégica para momentos em que a instituição não possui capacidades institucionais a altura para enfrentar uma controvérsia. Assim, a maneira mais segura de não cometer grandes equívocos ou romper com a estabilidade, por exemplo, precedentes importantes na matéria seria um atendimento mais estrito dos termos formais previstos. De acordo com esta compreensão estratégica, o lado *vicioso* do comportamento formalista se apresenta quando as capacidades institucionais permitiriam suprir problemas que a norma não identifica ou não consegue superar; o lado virtuoso quando faltam capacidades institucionais e isto é motivo para uma atividade mais contida, preservando-se e evitando cometer erros¹⁵⁸.

Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule defendem que a Agência possui uma maior flexibilidade para deliberar sobre questões técnicas e na ausência de normas claras, por ser o órgão institucionalmente criado para tal finalidade, possuindo uma maior liberdade na adoção de certa

mesmo ao preço de causar perplexidade, pois a opção formalista é defendida com argumentos substanciais”(DIMOULIS, op. cit., p. 230).

¹⁵⁶BOLONHA; ALMEIDA; RANGEL, op. cit., p. 229.

¹⁵⁷ Cf. SUNSTEIN; VERMEULE, op. cit., p. 27/31. De acordo com DimitriDimoulis, ao tecer comentários sobre o formalismo interpretativo proposto por Sunstein e Vermeule, *quando estamos diante de clareza normativa, o julgador deve manter-se fiel ao significado óbvio das leis claras, sob pena de errar em razão de suas limitações institucionais, assim como em razão do risco de discrepância entre os tribunais, que aumenta conforme cresce o poder discricionário dos julgadores*”(DIMOULIS, op. cit., p. 228).

¹⁵⁸ BOLONHA; ALMEIDA; RANGEL, op. cit., p. 160.

teoria interpretativa, não se limitando apenas ao formalismo¹⁵⁹. Nesse sentido, “o juiz *generalista* deve mostrar sua deferência (*deference*) às escolhas do Executivo, pois isso reduz os custos do sistema em caso de complexidade interpretativa”¹⁶⁰, evitando, dessa forma, o subjetivismo do julgador e a falta de coerência das decisões.

Em razão da complexidade das instituições e da função regulatória nas democracias modernas, não é exagero afirmar que a capacidade técnica do Judiciário em conhecer profundamente as questões técnicas de competência das agências estatais e os respectivos reflexos nos setores públicos e privados envolvidos, vai sendo mitigada devido à sua limitação em conhecer de todos os assuntos que lhes são postos nas demandas judiciais. Por isso, a maioria das democracias liberais adota alguma forma de deferência para com as agências administrativas¹⁶¹.

Portanto, a teoria dos diálogos institucionais, na qual podemos dizer que se insere a proposta institucional minimalista de Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule, a princípio, não tem por objetivo elaborar uma teoria da decisão, ao contrário das denominadas teorias perfeccionistas, que têm focado a sua análise basicamente em única instituição e no intérprete, que é o Poder Judiciário. A proposta de autocontenção (*self-restraint*) do Poder Judiciário tem por objetivo produzir melhores consequências no processo de deliberação realizado no âmbito de cada instituição, de modo a reduzir os elevados custos do sistema na hipótese de complexidade interpretativa, dando-lhe coerência.

As soluções apresentadas pelas teorias tradicionais para o exercício do controle jurisdicional dos atos discricionários, focadas na busca da melhor solução para resolver problemas práticos e concretos, têm ignorado aspectos importantes para a própria legitimação das instituições no âmbito do estado democrático, na medida em que não é levada em consideração a especialização funcional ou institucional do órgão regulador.

Nesse sentido, a teoria dos diálogos institucionais e a proposta institucional de cunho minimalista de Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule propicia um novo olhar sobre o desempenho e o funcionamento das instituições no Estado Direito, reconhecendo suas virtudes e limitações. A adoção de uma estratégia interpretativa que prestigie a capacidade técnica dos órgãos de regulação, considerando o funcionamento adequado destes órgãos, pode se mostrar um parâmetro viável e possível diante de uma realidade complexa e a escassez de recursos que o direito tem que lidar e

¹⁵⁹SUNSTEIN; VERMEULE, op. cit., p. 33.

¹⁶⁰ DIMOULIS, Dimitri. Op. cit., p. 228.

¹⁶¹ VERMEULE, op. cit., p. 6.

equacionar junto à pressão de vários segmentos da sociedade. Não porque se obterá a melhor resposta para o caso concreto (o que não é factível), mas, ao aderir ao sentido do texto, sem querer impor seu senso próprio de justiça, diminuiria os custos de produzir decisões conflitantes e incoerentes para o sistema¹⁶².

Não se trata, ademais, de conferir um poder amplo e ilimitado ao ente público de interpretar os conceitos indeterminados contidos na norma como bem entender, adotando medidas que fogem ao bom senso. O que importa ao julgador é verificar se, em razão da indeterminação ou ambiguidade dos conceitos contidos na norma e o nível de tecnicidade da matéria objeto de regulamentação, o órgão regulador adotou a medida adequada e razoável para regulamentar determinada situação concreta, sendo relevante aferir, portanto, o grau de efetiva participação social no processo de elaboração do regulamento técnico-administrativo, por meio de audiências e consultas públicas, bem como a racionalidade e a sustentabilidade dos argumentos utilizados para a edição do regulamento.

¹⁶²Dimitri Dimoulis aponta a desvantagem cognitiva em aderir ao formalismo proposto por Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule. Para o autor brasileiro “*basta adotar um pragmatismo simples no sentido de Posner, atribuindo ao julgador determinado papel social no campo de tensão entre sua atuação e as decisões do legislador democraticamente eleito. Se a aplicação do direito depende de considerações políticas, então é aconselhável argumentar de maneira abertamente política, sem recorrer ao subterfúgio da teoria da interpretação jurídica*” (DIMOULIS, op. cit., p. 229/237).

Capítulo 3 - Panorama doutrinário e jurisprudencial acerca do controle dos atos de regulação

A criação das agências reguladoras, impulsionada pela reforma gerencial de Estado ocorrida na década de 1990, impôs novos desafios aos estudiosos do Direito Administrativo, considerando o novo marco regulatório instituído pela legislação setorial e o fortalecimento institucional desses entes regulatórios na formulação e regulação das políticas públicas de forma mais democrática e transparente perante a sociedade. A ampla competência normativa prevista na legislação causou certa perplexidade à doutrina sobre o sentido e os limites da função discricionária a cargo da autoridade reguladora. Questões relacionadas à discricionariedade técnica e aos conceitos jurídicos indeterminados voltaram à tona com essa nova ordem institucional no plano da administração pública federal.

As alterações ocorridas no direito administrativo em razão da criação das agências reguladoras suscitaram a necessidade de repensar o sentido e o alcance da concepção da divisão dos poderes e a relevância da produção normativa realizada pelos órgãos da administração pública, considerando a impossibilidade fática de o Poder Judiciário conhecer e dirimir todos os conflitos decorrentes da vida moderna, gerando, portanto, uma perplexidade na teoria tradicional, presa a conceitos rígidos relacionados à concepção de tripartição de poderes¹⁶³. Nesse sentido, destaca Carlos Ari Sunfeld:

É-nos difícil compreender – e aceitar – que o Judiciário não seja o único foro para a mediação e solução de conflitos. Daí causar-nos certo choque que esse papel seja também exercido por um ente administrativo, a agência reguladora. Afinal, nossa compreensão profunda ainda hesita em admitir que a produção jurídica no âmbito da Administração Pública possa ser tão importante socialmente quanto a do Poder Judiciário¹⁶⁴.

¹⁶³As principais críticas levantadas em relação ao modelo das agências reguladoras dentro da comunidade jurídica estão voltadas para a abrangência do poder normativo e os limites da sua competência discricionária, em face da leitura a respeito do princípio da legalidade e o da inafastabilidade do controle jurisdicional inseridos na Constituição Federal (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 160). No que se refere ao controle jurisdicional, parte da doutrina revela preocupação na tendência jurisprudencial de afastamento do pleno controle jurisdicional dos atos administrativos de regulação, por entender que “*é um retrocesso marcante do sistema jurídico nacional*”, na medida em que há uma inversão do enfoque da proteção do Estado em detrimento do cidadão (FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da administração pública: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 247). Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, Paulo Furquim de Azevedo e Tercio Sampaio Ferraz Jr. acentuam, ainda, a existência de um componente político na produção doutrinária em face do modelo de agência adotado como se fossem medidas de cunho “*neoliberais*”, que influenciou os profissionais do que atuam no ramo (MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ JR., Tercio Sampaio (Coords.). *Direito regulatório e concorrencial no Poder Judiciário*. São Paulo: Singular, 2014).

¹⁶⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às agências reguladoras*. In *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 31.

De um modo geral, o protagonismo do Judiciário tem pautado a discussão doutrinária sobre a atribuição em dizer o último sentido da Constituição e da legislação infraconstitucional, confiando ao magistrado a missão de revelar a melhor solução, procurar a resposta correta ou atingir o ponto ótimo ou ideal na aplicação da lei e na obtenção do interesse público diante do caso concreto. No âmbito dessas teorias, a partir de uma visão de desconfiança em relação à especialização do poder público, observa-se um movimento crescente de diminuir a capacidade do agente público e o seu espaço livre de atuação, defendendo um controle mais intenso por parte do Judiciário sobre o mérito dos atos administrativos, por força da incidência de princípios constitucionais.

Não obstante, a questão da capacidade institucional das agências reguladoras é ignorada por parte da doutrina nacional, relegando a um segundo plano a expertise do órgão regulador prevista em lei, para a regulação de setores importantes da economia. Ignoram, ademais, possíveis consequências que uma decisão possa ocasionar nos segmentos público e privado potencialmente interessados na disputa judicial, fazendo com que a sua aplicação tenha efeitos imprevisíveis. A crença de que o Judiciário tem a posição privilegiada de averiguar se o órgão regulador obteve a melhor solução ou respeitou os princípios constitucionais, pode-se mostrar, no plano prático, utópica, na medida em que envolvem questões jurídicas, políticas e econômicas, sendo necessário um amplo debate entre os setores envolvidos, no sentido de se obter a solução possível em determinado contexto.

Vale destacar que partes dessas teorias passaram a ser questionadas, em razão da complexidade técnica que envolve a atividade regulatória e a capacidade institucional de o Judiciário realizar um amplo controle sobre o mérito da regulação, cuja temática vai além da mera análise jurídica normativa de compatibilidade vertical da norma para com o ordenamento jurídico. É posta em discussão, também, questões não apenas de cunho técnico, mas também de natureza política que envolve alocação de recursos, que normalmente o juiz não tem como aferir no âmbito de uma demanda judicial, por insuficiência de informações adequadas para decidir o litígio com segurança¹⁶⁵. A definição da política pública não é um jogo de soma zero, em que há vencedores e

¹⁶⁵Como assinalam Daniel WeiLiang Wang, Juliana Bonacorsi de Palma e Daniel Gama Colombo: “as agências reguladoras impuseram uma nova ordem de discussão acerca do controle judicial da Administração Pública que vai além da separação de poderes. A questão da capacidade institucional do Judiciário em examinar atos regulatórios eminentemente técnicos alimenta reflexões sobre a adoção de teses de deferência à decisão da agência reguladora, imbuída de características especiais que viabilizam uma tomada de decisão mais adequada às demandas setoriais. Ademais, temas já trabalhados em épocas distintas são resgatados e voltam à tona com outra abordagem, a abordagem regulatória, como se evidencia com a discricionariedade técnica. As teorias clássicas do controle judicial da Administração Pública, por sua vez, parecem não responder à questão de como o Judiciário deve controlar os atos regulatórios, não tanto pelas particularidades regulatórias, mas por um verdadeiro problema de fundo, eis que suas

perdedores, como normalmente ocorre na disputa judicial, mas consiste na relação que todos os envolvidos acabam tendo, na medida do possível, parte dos seus objetivos atendidos.

Nesse contexto, o escopo do presente capítulo é fazer um apanhado dos aspectos centrais das principais teorias sobre o controle jurisdicional do ato discricionário, especialmente a concepção de “*conceito jurídico indeterminado*” e “*discricionariedade técnica*”, fazendo um cotejo a respeito de como o Judiciário sobre políticas de regulação no âmbito da administração pública federal, de modo a verificar se tais teorias têm servido como instrumental teórico idôneo para solucionar problemas práticos para o qual o direito se propõe.

3.1 Considerações sobre as teorias tradicionais que tratam do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário: a ênfase no protagonismo do Judiciário

O exercício da competência discricionária e a possibilidade de controle do ato por parte do judiciário tem se apresentado ao longo do tempo como uma relação de tensão entre o espaço livre de atuação da autoridade administrativa e a possibilidade de sua restrição por meio da revisão jurisdicional. Os limites de controle do ato discricionário constituem uma das preocupações centrais no âmbito do Direito Administrativo. Almiro do Couto e Silva destaca que no Brasil a história “*tem evidenciado uma constante ampliação da revisão judicial*” em relação ao controle da discricionariedade administrativa e os respectivos mecanismos de controle¹⁶⁶.

premissas entraram em colapso. O alargamento da legalidade e o estreitamento do mérito administrativo decorrentes da previsão de normas semanticamente abertas e da construção de teorias de controle cada vez mais ativistas colocam em xeque o conceito consolidado de mérito, bem como as dicotomias exame de legalidade x discricionariedade. Novos critérios de controle judicial são cogitados, com defesa das teses de deferência e estipulação de critérios para uma análise jurisdicional mais incisiva ou mais constricta da atividade regulatória” (WANG, Daniel WeiLiang; DE PALMA, Juliana Bonacorsi; COLOMBO, Daniel Gama. Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva / FGV, 2010, p. 283).

¹⁶⁶ SILVA, Almiro do Couto e. *Poder discricionário no direito administrativo brasileiro*, Revista de Direito Administrativo, v. 179-180, Rio de Janeiro, jan./jun. 1990, p. 64. Um diploma bastante criticado pela doutrina foi a Lei nº 221/1894, que tratou da organização da “*Justiça Federal da República*”, sendo responsável pela extinção do contencioso administrativo existente no império e a introdução da jurisdição uma para os conflitos que envolvessem a União, sob a égide da ordem constitucional instituída pela Constituição de 1891. A referida lei disciplinou a competência do judiciário para anular os atos administrativos que causarem lesões a direitos individuais. O legislador vedou a possibilidade de o juiz anular o ato no que se refere à conveniência e à oportunidade (mérito administrativo), permitindo apenas a sua anulação por violação à regra de competência ou por excesso de poder, nos termos do artigo 13, § 9º: “*Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União. § 9º Verificando a autoridade judiciaria que o acto ou resolução em questão é illegal, o annullará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor. a) Consideram-se illegaes os actos ou decisões administrativas em razão da não applicação ou indevida applicação do direito vigente. A autoridade judiciaria fundar-se-ha em razões juridicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de*

A discricionariedade está associada ao princípio da legalidade, uma das bases de sustentação do Estado de Direito, em que “há necessariamente a submissão de toda atividade pública a uma rede ou malha legal, cujo tecido não é, entretanto, homogêneo”¹⁶⁷. Há situações em que a lei estabelece com precisão o norte da atividade administrativa, exigindo uma postura vinculada aos seus preceitos quando da sua aplicação. No entanto, a realidade tem demonstrado o quão complexa é a atividade do administrador, sendo comum a lei deixar um espaço livre de atuação do agente, de modo a atingir a sua finalidade na consecução do interesse público.

Almiro do Couto e Silva autor registra que, tradicionalmente, o exercício do poder discricionário está relacionado com o poder de escolha do agente e a consequência jurídica no momento da aplicação da norma (“se” e o “como”). Embora ressalte que não se possa identificar com precisão a distinção entre “*suporte fático legal*” e “*consequência jurídica ou efeito jurídico*”, por revelar “*uma visão positivista e excessivamente mecanicista do processo de aplicação da norma aos fatos*”, como tem defendido a doutrina germânica, conclui que a forma silogística em que se apresenta a norma que confere competência discricionária ao administrador, dá-se por meio da seguinte estrutura: “*se A, então B, C, D, E ou F, cabendo à autoridade competente escolher qualquer uma delas, sem violação à lei*”. Dessa forma, respeitando-se os limites traçados em lei, do fim geral de utilidade pública, assim como das normas e princípios conformadores da ação estatal, abre-se o espaço livre de apreciação da Administração, de acordo com o critério de conveniência e oportunidade, constituindo, dessa forma, “*o território do mérito do ato administrativo, em que não é dado intrometer-se o Judiciário*”¹⁶⁸.

De um modo geral, as teorias tradicionais que admitem a revisão judicial em torno da discricionariedade administrativa, elencam as seguintes hipóteses para tanto, segundo Almiro do Couto e Silva¹⁶⁹:

a) Transgressão dos limites do poder discricionário – ocorre quando o agente público excede os parâmetros legais fixados para o exercício da sua competência discricionária (excesso de

sua conveniência ou oportunidade; b) A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionáriosómente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder”.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 51/56.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 56 e 61. Hartmut Maurer conceitua que: “*o significado do poder discricionário consiste em que todas as medidas que a autoridade toma no quadro de seu poder discricionário são conforme o direito e, assim, no caso de um exame judicial-administrativo devem ser aprovadas. Se as medidas respectivas são conforme a finalidade, convenientes e razoáveis é insignificante na perspectiva jurídica. A decisão sobre isso está exclusivamente no âmbito de responsabilidade da administração*”(MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 48/49).

¹⁶⁹ SILVA, op. cit., p. 63.

poder). Exemplo: cominação de multa decorrente do exercício de polícia, cujo valor supera o limite estabelecido em lei;

b) Abuso ou desvio do poder discricionário (desvio de finalidade) – *“caracteriza-se quando o agente público pratica ato visando a um fim – público ou privado, pouco importa – diverso daquele previsto na regra de competência para o qual foi instituído”*. Exemplo: desapropriação de um imóvel com o propósito de punir um desafeto político, diverso da finalidade pública ou social prevista em lei;

c) Não-exercício ou exercício deficiente do poder discricionário, por erro do agente – acontece quando servidor público age sob a premissa que sua área livre de atuação é inferior ao que a lei efetivamente lhe permite, seja por achar *“sua competência é vinculada, ou que simplesmente não dispõe de competência alguma, quando em realidade está investido de poder discricionário”*.

Hartmut Maurer acrescenta, também, a hipótese de controle quando houver *“infração contra direitos fundamentais e princípios administrativos gerais”*, os quais exigem da autoridade o fiel cumprimento no exercício do seu poder discricionário. O autor destaca a necessidade de respeito aos princípios da igualdade (a prática reiterada de um comportamento administrativo vincula a Administração, limitando a discricionariedade), da liberdade e o da proporcionalidade. E, de acordo com a proporcionalidade, o exercício da discricionariedade só é permitido se a medida adotada for idônea, necessária e conveniente para atender à finalidade perseguida:

- a medida somente é idônea se, no fundo, ela é capaz de alcançar o resultado aspirado;
- a medida idônea somente é necessária se não estão à disposição outros meios convenientes que prejudiquem menos os afetados e a comunidade; e,
- a medida necessária somente é conveniente se ela não está fora da proporção em relação ao resultado aspirado¹⁷⁰.

A doutrina tem apontado que um dos principais efeitos práticos do reconhecimento da existência de um juízo discricionário por parte da administração gira em torno dos limites e condições de o controle jurisdicional revisar o juízo de oportunidade e conveniência adotado em determinada situação. Ou seja, consiste em identificar se existe algum espaço livre de atuação da administração imune à revisão judicial. No entanto, a grande dificuldade ao longo das teorias desenvolvidas foi tentar equilibrar esse espaço livre da administração na consecução das tarefas públicas e o controle jurisdicional dos atos administrativos¹⁷¹, de modo que tem se mostrado

¹⁷⁰MAURER, op. cit., p. 50.

¹⁷¹Flávio José Roman pontua que: *“[...] o que efetivamente caracteriza a discricionariedade sob aspectos estritamente jurídicos é sua capacidade de imunizar a atividade administrativa contra o controle jurisdicional sobre o chamado mérito do ato. A distinção entre os chamados diversos tipos de discricionariedade presta-se – e esse certamente é o motivo suficiente para seu estudo – para demarcar a existência de um leque maior ou menor de opções para que a*

controverso delimitar um espaço seguro para orientar a atuação estatal e a respectiva intervenção do Judiciário¹⁷².

Nesse espaço cinzento de livre atuação da Administração Pública na definição do que é o interesse público e do cumprimento da finalidade legal é que se observa, todavia, um movimento de diminuir consideravelmente o juízo discricionário do agente público, sob o pretexto de impedir abusos e arbitrariedades¹⁷³. Com efeito, o desenvolvimento das teorias dos limites e exercício controle jurisdicional do ato discricionário foram se aperfeiçoando, no sentido de restringir o espaço livre de apreciação do agente público dos critérios de conveniência e oportunidade no momento da aplicação da lei por uma série de fatores, competindo ao Judiciário proferir a última palavra sobre a legalidade do ato, confiando ao magistrado a busca de uma solução perfeita perante o caso concreto.

A aplicação dos princípios adquire, portanto, uma importância fundamental na avaliação da legalidade do ato discricionário para os defensores de uma postura mais ativa do Judiciário, sendo relevante a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo a balizar a conduta discricionária do agente público. Por outro lado, é indubitável que a utilização de normas cada vez mais aberta para a atuação regulatória do Estado acaba restringindo sobremaneira o espaço livre de atuação do agente público, na medida em que é creditada ao Judiciário a missão de dizer o verdadeiro sentido dos princípios aplicáveis à espécie, como se fossem seres infalíveis.

Com a democratização do Estado brasileiro após o regime militar de 1964, o movimento pela participação mais ativa do Judiciário no controle dos atos do Poder Público, em especial dos atos administrativos, ganhou corpo na doutrina nacional, justificado de certa forma pelo regime de exceção que vigorou naquela época. A doutrina desenvolvida entre as décadas de 1980 e 1990 revelaram uma reivindicação por uma postura mais ativa dos juízes, no sentido de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais e sociais, refletindo, por exemplo, a consagração no texto constitucional e na legislação infraconstitucional de diversos instrumentos processuais para

autoridade, no exercício de sua competência, indique aquela que superiormente atenda ao interesse público” (ROMAN, Flávio José. *A discricionariedade técnica na regulação econômica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42/43).

¹⁷² Cf. KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

¹⁷³ Maria Sílvia Zanella Di Pietro assinala que “*essa tendência que se observa na doutrina de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica inversão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade seus limites, para distingui-la da interpretação (apreciação que leva a um única solução, sem interferência da vontade do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente*” (DI PIETRO. Maria Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, 219).

tanto, como o mandado de segurança, *habeas data*, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, ações direta de inconstitucionalidade por ação e omissão.

Por sua influência, podemos citar, por exemplo, o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷⁴, no qual desenvolve a sua teoria a respeito da discricionariedade administrativa, visando restringir sensivelmente o campo de liberdade do administrador público para gerir a coisa pública. O autor defende um amplo poder ao judiciário para investigar a conformidade dos motivos para a edição do ato administrativo à finalidade legal. Embora reconheça que o magistrado não possa substituir a apreciação subjetiva do agente público, o autor enfatiza que o *“socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso, mais ambicionado e mais necessário para os jurisdicionados”*, considerando o princípio que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à revisão jurisdicional.

O autor parte da premissa de que o agente público tem a árdua missão de atingir a perfeição na sua atuação de execução, ou seja, alcançar *“a melhor solução”* no cumprimento da finalidade legal (interesse público), tendo em vista que *“lei sempre impõe o comportamento ótimo”*. Com efeito, quando a lei trata discricionariamente uma dada situação, *“ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal”*¹⁷⁵.

¹⁷⁴BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 915. Carlos Ari Sunfeld registra que o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello teve significativa influência junto aos estudantes e os profissionais do direito nas últimas duas décadas, gerando reflexos na forma como os tribunais passaram a decidir sobre a aplicação da teoria da discricionariedade administrativa e o respectivo espectro de controle sobre os atos administrativos. Com efeito, os seus trabalhos teóricos procuraram *“diminuir ao máximo o espaço de ação livre do administrador público, por uma visão bastante redutora sobre a discricionariedade e o poder regulamentar”*, introduzindo *“uma série de limitações normativas, decorrentes da interpretação de princípios constitucionais ou, mesmo, de princípios não escritos”*. Nesse contexto, com as reformas ocorridas na administração pública federal na década de 1990, o referido autor se destacou como um dos grandes críticos às mudanças na legislação, sobretudo ao novo formato institucional concebido para as agências reguladoras. *“É que, a partir daí, surgiram mudanças normativas que o autor não pôde aceitar e passou a combater em sua obra: criação de agências reguladoras com amplo poder normativo, desregulação do regime dos serviços públicos, utilização de entidades não estatais (Terceiro Setor) para realizar atividades públicas e aplicar recursos públicos, ampliação das parcerias público-privadas, reforma do regime das licitações etc.”* (SUNDEFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014. p. 52/53).

¹⁷⁵BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 32. Na doutrina, a ideia da busca da perfeição da atuação administrativa e o respectivo fundamento da discricionariedade parecem ser um entendimento comum, um ideal transcendental a ser atingido: *“[...] o fundamento da discricionariedade (ou seja, a razão pela qual a lei instituiu) reside, simultaneamente, no intento legislativo de cometer ao administrador o encargo, o dever jurídico, de buscar identificar e adotar a solução apta para, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei e na inexorável contingência prática de servir-se de conceitos pertinentes ao mundo do valor e da sensibilidade, os quais são conceitos chamados vagos, fluidos ou imprecisos”* (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 891). No mesmo sentido, Marçal Justen Filho afirma que *“a discricionariedade é, antes, uma virtude da disciplina normativa”*, devido às fragilidades inerentes ao processo legislativo, sendo da sua essência fazer com que *“a autoridade administrativa formule a melhor solução possível, adote a disciplina jurídica mais satisfatória e conveniente ao interesse público”*. Assim, *“se fosse indiferente à ordem jurídica a efetiva satisfação de certas necessidades, o*

Dessa forma, o campo de ação do administrador em atender a finalidade da lei estará consideravelmente reduzido diante do caso concreto, podendo chegar à zero, à nada, quando as circunstâncias assim o exigirem¹⁷⁶. Embora admita que *“a discricionariedade é pura e simplesmente o resultado da impossibilidade da mente humana poder saber sempre, em todos os casos, qual a providência que atende com precisão capilar a finalidade da regra de direito”*, Celso Antônio Bandeira de Mello reforça o entendimento de que nas hipóteses em que:

[...] a mente humana possa acordar em que diante do caso concreto uma só conduta era razoavelmente admissível para satisfazer a finalidade legal, só ela poderá validamente adotada, nada importando que a norma haja conferido liberdade para o administrador praticar o ato tal ou qual, pois se a lei exige a adoção da providência ótima, não basta que seja apenas uma dentre as abstratamente comportadas nela. Disto decorrerá, então, evidentemente, o reconhecimento de que o administrado pode buscar provar tal fato¹⁷⁷.

Nesse contexto, para os defensores de uma ampla revisão judicial do mérito do ato administrativo, a aplicação dos princípios de direito administrativo adquire relevo fundamental, no sentido de adequar o juízo de oportunidade e conveniência da administração aos ditames da lei e ao sistema jurídico como um todo¹⁷⁸. Defende-se que a concepção de que o mérito do ato administrativo não ser suscetível ao controle jurisdicional pleno restou superado, especialmente com o advento da Constituição Federal de 1988, que consagrou o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, Constituição Federal), deixando de lado a doutrina da imunidade absoluta dos atos discricionários ao controle jurisdicional. O mérito do ato administrativo não passa a ser visto, portanto, apenas como um mero produto da análise de

legislador teria optado fornecer desde logo a solução normativa. Se optou por escolher a solução à escolha da autoridade administrativa, isso somente pode se justificar-se por imperiosa a obtenção da solução mais adequada”(JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 170).

¹⁷⁶ Nesse sentido, Almiro do Couto e Silva pontifica: *“aliás, em alguns casos, quando diante do fato concreto só cabe uma única medida possível, não se poderá sequer falar em poder discricionário. A discricionariedade fica, aí, reduzida a nada, a zero, pela eliminação da possibilidade de escolha”*(SILVA, op. cit., p. 61). Igualmente, Marçal Justen Filho entende que *“é perfeitamente possível que, no caso concreto, exista uma única solução adequada e satisfatória”*, ocasião em que elimina por completo o juízo discricionário da administração. *“Se, em vista das circunstâncias do caso concreto, a melhor solução é inquestionavelmente uma única, a autoridade administrativa é obrigada a escolhê-la, mesmo estando investida de competência discricionária. Assim sim se impõe porque a discricionariedade é sempre o meio para obtenção da melhor solução possível”* (JUSTEN FILHO, op. cit., p. 164).

¹⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle jurisdicional*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 43/44.

¹⁷⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que princípio *“é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele”*, sendo responsável por *“definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”*. Nesse contexto, o autor enfatiza que *“violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer”*. Trata-se da *“mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremediável a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”*(BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 882/883).

oportunidade e conveniência do administrador, superando-se, desta forma, a noção dualista tradicional entre a natureza dos atos em vinculados e discricionários¹⁷⁹.

O Poder Judiciário teria primazia de dar a última palavra acerca da legalidade dos motivos (mérito administrativo) adotados para a edição de determinado regulamento, quer por violação à norma legal que fundamenta a edição do ato administrativo, quer por violação aos princípios jurídicos que informam o direito, como o da proporcionalidade, razoabilidade e moralidade, sendo relevante, neste ponto, a “*técnica da ponderação racional de princípios*”¹⁸⁰.

Por oportuno, poderíamos destacar, também, a influência do movimento neoconstitucionalista¹⁸¹ no direito administrativo a partir da concepção da “*constitucionalização de direitos*”, por meio da qual os juristas têm se preocupado em elaborar um arcabouço teórico de cunho prescritivo, perfeccionista e ideal, com o objetivo de alcançar uma melhor resposta para dizer a última palavra sobre o sentido da Constituição e da legislação infraconstitucional. Para Rafael Bezerra Souza e Carlos Bolonha, essa concepção tem evidenciado o “*fascínio da doutrina nacional pela principiologia jurídico-constitucional*”, com ênfase na “*ponderação ou sopesamento entre*

¹⁷⁹A atividade administrativa passa, pois, a ser analisada, segundo Gustavo Binembojm, sob a perspectiva do “*princípio da juridicidade*”, isto é, da vinculação dos atos da administração pública ao “*reconhecimento da eficácia normativa dos princípios, aos quais a atuação discricionária da Administração Pública estaria diretamente vinculada*”¹⁷⁹, trazendo à tona a “*percepção de que não há diferença de natureza entre ‘ato administrativo vinculado’ e o ‘ato administrativo discricionário’*” (BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 208).

¹⁸⁰ FRANÇA, Phillip Gil. O Controle da administração pública: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 3ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 247.

¹⁸¹ Podemos destacar um dos trabalhos relevante na divulgação da teoria neoconstitucionalista no Brasil o trabalho de Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcelos, intitulado “*O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*”, através do qual propugna por uma “*nova hermenêutica constitucional*”, em que o Juiz não seria apenas mero intérprete da lei, mas o agente responsável pela concretização dos direitos fundamentais, até então “*solenemente ignorado pelo poder político ao longo da história do Brasil*”, decorrente da “*falta de efetividade das sucessivas constituições*”. A Constituição Federal de 1988 se apresenta como o grande paradigma dessa “*nova interpretação*”, na qual se valoriza o seu caráter aberto e principiológico, cabendo ao juiz decidir o caso concreto por meio da técnica interpretativa de ponderação em detrimento da subsunção (típica das regras), à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Os princípios adquirem, portanto, “*status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta ou imediata*”, caracterizando-se pela superação do positivismo (pós-positivismo) (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003). Humberto Ávila afirma que a teoria neoconstitucionalista adotada no Brasil está assentada em quatro fundamentos: 1) normativo (“*da regra ao princípio*”); 2) metodológico (“*da subsunção à ponderação*”); 3) o axiológico (“*da justiça geral à justiça particular*”) e; 4) organizacional (“*do poder legislativo ao poder judiciário*”) (ÁVILA, Humberto. *Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência*”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>, Acesso em: 10 fev. 2015).

*valores, bens ou princípios; proporcionalidade e razoabilidade e métodos de interpretação constitucional*¹⁸².

Por outro lado, paradoxalmente, na tentativa de elaboração de um arcabouço perfeccionista, o direito tem se afastado cada vez mais da realidade, gerando várias críticas quanto à sua função precípua de solucionar casos práticos. Com efeito, diversas críticas são apontadas ao protagonismo do Judiciário na interpretação constitucional, sobretudo em relação ao avanço do “ativismo judiciário” e ao caráter voluntarioso e subjetivo das decisões judiciais na aplicação de princípios¹⁸³, bem como na subversão dos aspectos institucionais de deliberação no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo¹⁸⁴.

3.2 A polêmica entre discricionariedade técnica e conceitos jurídicos indeterminados

Conforme salientado, a discussão em torno da definição da discricionariedade administrativa e o espaço livre de apreciação do agente público acarreta consequências práticas no que se refere à intangibilidade do ato ao controle judicial. Ao longo do último século, muito se discutiu sobre a possibilidade de existir uma margem livre de apreciação da Administração Pública na regulamentação de critérios técnicos em decorrência da previsão de conceitos jurídicos indeterminados previstos em lei, e, por conseguinte, se o juízo emitido estaria (in)suscetível de revisão judicial. Como destaca Almiro do Couto e Silva, a ampla discussão em torno da distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados “teve a consequência prática de

¹⁸²SOUZA, Bolonha. op. cit., p. 173.

¹⁸³Elival da Silva Ramos aponta a influência do neoconstitucionalismo como um dos fatores de propulsão do ativismo judicial no Brasil: “o maior dos escritos nacionais associados ao ‘ideário’ do neoconstitucionalismo contemplam manifestações de um difuso moralismo jurídico e, nesse sentido, constituem fator de impulsão do ativismo judiciário”. Nessa perspectiva, o fascínio pelos princípios acaba gerando decisões casuísticas de acordo com o senso pessoal de justiça do julgador, dando margem “ao subjetivismo de decisões judiciais que, valendo-se dos contornos menos nítidos das normas-princípio e potencializando-lhes os efeitos para além do que seria lícito fazer, deixam de concretizar a Constituição para, a bem de ver, construí-la, ao sabor das preferências axiológicas de seus prolores” (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 285).

¹⁸⁴ Carlos BastideHorbach assinala que essa “nova” mentalidade que influenciou o modo de enxergar, aplicar e reproduzir o direito, representou um dos fatores pela “subversão” das funções estatais (jurisdição comum, legislação e jurisdição constitucional) e “a confusão dessas instâncias geram consequências teratológicas para o Estado de Direito”, seja no sentido de “a legislação ou Constituição limitarem a área de atuação institucional do Juiz, quanto no sentido oposto, com o Juiz imiscuindo-se na legislação e na imposição de preceitos constitucionais” (BASTIDE, Carlos Horbach. *A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos*. RT, ano 2007. v. 859, p. 81).

sujeitar de forma integral, na generalidade dos casos, uma larga fatia do que antes se considerava poder discricionário ao controle judicial”¹⁸⁵.

Nesse contexto, o protagonismo do Judiciário em dizer a última palavra sobre o juízo de mérito adotado pela administração é a pedra de toque para avaliar se foi adotada a melhor solução. É o que podemos constatar, por exemplo, no largo debate sobre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade técnica, cujas teorias foram sendo elaboradas, por forte influência da doutrina administrativista de origem germânica¹⁸⁶, seja para restringir, seja para preservar o espectro de alcance do controle jurisdicional.

Antônio Francisco de Sousa assinala que, apesar de os “*conceitos legais indeterminados*” estarem relacionados a todos os ramos do direito (dignidade humana, igualdade, caso força maior etc.), eles se apresentam “*com mais frequência no direito administrativo*”, devido “*à natureza das funções da administração*” e, sobretudo, em razão “*de a administração se orientar à satisfação das necessidades sociais*” (interesse público, segurança e ordem públicas, aptidão, idoneidade etc.). Por isso, o legislador tem se utilizado dos conceitos legais indeterminados de modo a conferir “*um instrumento privilegiado para a atribuição de certo tipo de competências às autoridades administrativas, para que estas possam reagir a tempo e modo adequado aos imponderáveis da vida*”¹⁸⁷.

Ao lado da importância da utilização dos conceitos indeterminados, surge, por conseguinte, a problemática em saber se os mesmos veiculam em alguma medida competência discricionária à administração, de modo a afastar o controle jurisdicional; ou seja, conforme apontado por Antônio Francisco de Sousa, é questionado se “*eles atribuem à autoridade administrativa ‘discricionariedade’, ‘uma certa discricionariedade’, ‘um espaço livre de apreciação’ ou um ‘poder vinculado’*”. Essa discussão é centenária na doutrina, destaca o autor, trazendo também diversas perguntas sobre a definição e o sentido desses conceitos:

[...] o que é que se deve entender por ‘conceitos legais indeterminados’; qual o melhor critério para distinguir os ‘conceitos legais determinados’ dos conceitos legais ‘indeterminados’; qual a legitimação constitucional dos chamados conceitos

¹⁸⁵SILVA, op. cit., p. 67.

¹⁸⁶Andreas J. Krell registra que o direito administrativo desenvolvido no Brasil, na Espanha e em Portugal também sofreu forte influência da doutrina germânica, sendo possível encontrar “*um número elevadíssimo de trabalhos nacionais e estrangeiros sobre o tema da discricionariedade, cujos autores desenvolvem teorias diversificadas e linhas específicas de análise, diferentes pontos de partida e metodologias, o que dificulta a compreensão dos verdadeiros problemas*”(KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. p. 9).

¹⁸⁷SOUSA, Antônio Francisco de. *Os “conceitos legais indeterminados” no direito administrativo alemão*. Revisa de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 166, Rio de Janeiro, out./dez. 1986. p. 276.

discricionários; qual a natureza da ‘certa discricionarietà’ ou do ‘espaço livre de apreciação’, etc¹⁸⁸.

O jurista português relata que o debate oscila entre os defensores da teoria da duplicidade e o da teoria da unicidade dos conceitos legais determinados, cujo ponto de partida remonta aos pensamentos dos juristas austríacos Bernatzik e Tezner no final do século XIX, partidários, respectivamente, das referidas teorias¹⁸⁹. “*Isto é, a teoria diz que na interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados são possíveis várias decisões certas e a que defende só existir uma solução correta*”¹⁹⁰. Nesse contexto, na literatura a discussão em torno da caracterização da discricionarietà diante do conceito jurídico indeterminado e o respectivo espectro de controle por parte do Judiciário é polêmica, relata Hartmut Maurer:

Enquanto o poder discricionário aparece no lado da consequência jurídica, o conceito jurídico indeterminado está localizado do lado do tipo da regulação legal. Ele levanta uma problemática correspondente ao poder discricionário, ou seja, a questão se a administração obtém pelo emprego de conceitos jurídicos indeterminados um espaço de apreciação que judicialmente, só limitadamente, pode ser examinado. Essa questão é polemicamente discutida desde há 100 anos, desde o nascimento da jurisdição constitucional, em que sempre de novo se mostram oscilações consideráveis e modificações de opinião ou de jurisprudência. Enquanto a jurisprudência, atualmente, recusa fundamentalmente, um espaço de apreciação da administração – prescindindo de exceções – ele é afirmado por uma parte da literatura¹⁹¹.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 276.

¹⁸⁹Nesse ponto, importante trazer à lume o registro histórico realizado por Almiro do Couto e Silva a respeito dos pensamentos conflitantes de ambos autores austríacos: “*a discussão de poder discricionário e conceitos jurídicos indeterminados têm em comum, ou não, o estabelecimento de uma área livre de apreciação, dentro dos limites legais, na realização da ação administrativa, é hoje mais do que centenária. Remonta ao confronto no direito austríaco entre as posições de Bernatzik e Tezner. O primeiro sustentava a existência de uma discricionarietà técnica, pretendendo com isso referir-se à extrema complexidade com que frequentemente se apresentam os problemas administrativos. Esses suscitarão várias opiniões ou propostas de solução, a respeito das quais, porém – muito embora no plano estritamente lógico só possa existir uma única correta – será, frequentemente difícil ou mesmo impossível afirmar qual a mais acertada. Essa deficiência cognitiva é que estaria a impedir que o Poder Judiciário, nesses casos, exerça controle, substituindo o juízo da administração pelo seu. Foi Tezner, entretanto, quem primeiro, na verdade, estabeleceu o discrimine entre poder discricionário e conceitos jurídicos indeterminados. A distinção foi por ele realizada ao criticar a Corte Administrativa da Áustria, que considera como poder discricionário da Administração Pública e insuscetível de revisão judicial casos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, como ‘interesse público’, ‘paz e ordem pública’, ‘conveniência’, ‘necessidade’, etc*” (SILVA, op. cit., p. 58). Antônio Francisco de Sousa assinala que Tezner criticou a teoria dos “‘conceitos discricionários’ de ‘inimiga do Estado de Direito’ e ‘cientificamente infundada’”, pois “*entre os conceitos legais determinados e os conceitos legais indeterminados existe apenas uma diferença de grau e não de qualidade. Por conseguinte, na aplicação dos ‘conceitos discricionários’ não deve ficar fora do controle jurisdicional qualquer ‘discricionarietà técnica’*” (SOUSA, op. cit., p. 278).

¹⁹⁰ SOUSA, op. cit., p. 279.

¹⁹¹ MAURER, op. cit., p. 54.

A problemática na compreensão do conceito jurídico indeterminado reside, portanto, na definição do que “*é correto*” na regulação de temas de competência da administração pública. Hartmut Maurer entende que a dificuldade na aplicação desse conceito “*situa-se no âmbito da compreensão*”, de maneira que exige do administrador no caso concreto “*uma valoração e, muitas vezes, também uma prognose no futuro*”. Nem sempre essa valoração comporta um único sentido, ainda que diante do caso concreto. Assim, “*a decisão, em si, única conforme o direito, nem sempre se deixa determinar inequivocamente*”. Por outro lado, o administrador tem o dever de aplicar a solução que entender a mais adequada, não podendo “*deixar aberta a questão da confiabilidade, da dignidade de proteção, do interesse público e assim por diante*”. Assim, a polêmica reside nos limites em que o magistrado poderá “*revisar tal decisão administrativa, que foi pronunciada em virtude de um conceito jurídico indeterminado e, dado o caso, substituí-la por uma decisão própria*”¹⁹².

A jurisprudência germânica também refletiu o embate entre os juristas sobre a existência de um espaço livre de apreciação, capaz de ensejar um juízo discricionário na regulação dos conceitos jurídicos indeterminados. Inicialmente, o conceito jurídico foi associado ao poder discricionário. Hartmut Maurer¹⁹³ relata que se fazia uma diferenciação entre o poder discricionário de atuação (poder discricionário voluntário), correlato à consequência jurídica, e o poder discricionário de decisão (poder discricionário cognitivo), relacionado ao tipo da norma. Tanto o poder discricionário de atuação como o poder discricionário de decisão somente poderiam ser revisados, “*se os limites do poder discricionário e as vinculações do poder discricionário foram observados*”. Posteriormente, a jurisprudência alemã, já sob a vigência da Lei Fundamental de 1949, imprimiu “*uma mudança fundamental*” sobre os limites da revisão judicial, sustentando a concepção de que “*o conceito jurídico indeterminado como pressuposto jurídico da atuação administrativa é, fundamentalmente, revisível completamente*”, seja no que se refere aos pressupostos fáticos, seja no que se refere aos pressupostos jurídicos.

O jurista alemão destaca, ainda, a importância das críticas levantadas por Otto Bachof (doutrina do espaço de apreciação), Carl Hermann Ule (doutrina da sustentabilidade) e Hans J. Wolf (prerrogativa estimatória) à jurisprudência alemã. A despeito de algumas particularidades¹⁹⁴, as três

¹⁹²Ibidem, p. 55/56.

¹⁹³MAURER, op. cit., p. 56.

¹⁹⁴Para Bachof, “*à autoridade administrativa não é concedida, pelo emprego de conceitos jurídicos indeterminados, sem dúvida, um espaço de poder discricionário, mas sim, um espaço de apreciação. Ele autoriza às autoridades à apreciação, em responsabilidade própria, das deduções, resultantes do conceito jurídico indeterminado, em responsabilidade própria, das deduções, resultantes do conceito jurídico indeterminado, para o caso concreto, que judicialmente só podem ser revisadas limitadamente*”. Ule, por sua vez, entende que “*deve a decisão, quando na*

teses apresentam similaridades nos seus aspectos principais, rejeitando, de um modo geral, a possibilidade, sob o fundamento lógico-normativo, de existir uma única solução “*correta*”, pois os “*conceitos jurídicos indeterminados admitem valorações diferentes*”. Além disso, sob uma perspectiva funcional, os defensores sustentam que a administração possui “*o conhecimento especializado e experiência maior e está mais próxima do problema administrativo concreto que os tribunais administrativos*”, razão pela qual “*algumas decisões são não-fungíveis e não-repetíveis, e, por isso, também não revisíveis*”. Ademais, a administração, vista “*como poder estatal democraticamente legitimado*”, exerce um “*âmbito de responsabilidade entre o dador de leis e os tribunais*”. Dessa forma, salienta Almiro do Couto e Silva que nas situações altamente controversas, pelo fato de a Administração Pública estar mais próximo do cotidiano e dos problemas, e, por isso, teoricamente mais estruturada para resolvê-los, “*parece que só a ela deve caber a decisão final, não indo, pois, excepcionalmente, o controle judicial ao ponto de modificar ou substituir a decisão administrativa*”¹⁹⁵.

Não obstante a relevância e o peso das críticas levantadas por Bachof, Ule e Wolf, Hartmut Maurer¹⁹⁶ registra que as teses defendidas “*encontram reservas e argumentos contrários*”. Isso porque o fato de haver valorações diferentes na interpretação do conceito jurídico indeterminado se poderia argumentar, por tal motivo, que “*o controle é também especialmente imperioso*”. O conhecimento especializado da administração poderia existir, igualmente, no âmbito dos tribunais administrativos, que decidem como “*tribunais profissionais*”, podendo se valer, se necessário, do auxílio de peritos, para a deliberação do tribunal. Por fim, a avocação de argumentos relacionados às dificuldades práticas e à falta de especialização dos tribunais para embasar a necessidade de um “*espaço de apreciação*” da administração, “*passam por cima da garantia da proteção jurídico-constitucional, que requer fundamentalmente, um exame completo*”. Assim, deve-se preservar a prerrogativa de o tribunal proferir a última palavra a respeito do juízo de legalidade na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Almiro do Couto e Silva, por sua vez, adverte que, mesmo nas situações em que não há o controle judicial sobre os conceitos jurídicos indeterminados, ainda assim não há condão de transformá-los, todavia, “*em fonte do poder discricionário*”:

aplicação de um conceito jurídico indeterminado mais soluções são sustentáveis, tomada pela autoridade administrativa e que se mantém no quadro da sustentabilidade, ser considerada conforme o direito”. Já Wolf, sustenta que, “*se o conceito jurídico indeterminado requer uma ‘estimativa’, particularmente com respeito a futuros desenvolvimentos, que não poderiam ser seguidos e, com isso, controlados pelos tribunais, deve ser tomada por base, justamente, a ‘estimativa’ da autoridade*” (Ibidem, p. 56/57).

¹⁹⁵ SILVA, op. cit., p. 59.

¹⁹⁶ MAURER, op. cit, p. 58.

A diferença fundamental que há entre poder discricionário e conceito jurídico indeterminado, no que se liga ao controle jurisdicional, está em que, no primeiro o controle restringe-se aos aspectos formais, externos, do ato resultante do seu serviço, ou aos seus pressupostos de validade (competência do agente, forma, desvio de poder, etc.), mas não entra na apreciação do juízo de conveniência e oportunidade da medida – no mérito do ato administrativo, como se costuma dizer no direito brasileiro. Todavia, no pertinente aos atos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, o controle judicial é, em princípio, total, só esbarrando na fronteira da impossibilidade cognitiva de declarar se a aplicação foi correta ou equivocada¹⁹⁷.

Desse modo, não é possível a lei estabelecer um limite prévio à revisão judicial dos atos administrativos de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados. Com efeito, para Almiro do Couto e Silva, caberá ao magistrado aferir, no momento do julgamento, possíveis limites ao controle perante o caso concreto. É o caso, por exemplo, da hipótese em que o Judiciário for provocado para apreciar a legalidade do ato administrativo que proibiu a comercialização de certo produto agrotóxico, por considerá-lo nocivo à saúde pública. A limitação da revisão judicial só será possível “*caso venha o próprio julgador a verificar que, a propósito da nocividade do produto, há várias opiniões técnicas divergentes, não podendo ele dizer qual seria mais acertada*”. Portanto, conclui o autor gaúcho que:

“Haverá limite se, em face da complexidade do caso, da diversidade de opiniões e pareceres, não podendo ver com clareza qual a melhor solução, não lhe couber outra alternativa senão a de pronunciar um *non liquet*, deixando intocada a decisão administrativa”¹⁹⁸.

Hartmut Maurer¹⁹⁹ defende uma “*linha mediana*” a respeito da amplitude do controle jurisdicional. Apesar de a presença do conceito jurídico indeterminado, por si só, não ensejar um “*espaço de apreciação*”, não há, na prática, uma distinção clara entre conceitos jurídicos determinados e indeterminados, “*mas uma passagem móvel*”. Por tal motivo, defende o autor, em caráter bastante restritivo, com base na jurisprudência e na literatura preponderante, a existência de “*um espaço de apreciação*” na interpretação do conceito jurídico indeterminado. Esta margem de apreciação só pode ser aceita, excepcionalmente, “*quando fundamentos especiais falam a favor disso e existe um reconhecimento expresso ou, pelo menos, concludentes pelo dador de leis*”. Mas nessas situações, não haveria juízo discricionário da administração, mas competência vinculada.

O jurista alemão²⁰⁰ cita os exemplos de decisões proferidas em exames, em apreciações jurídico-funcionalistas, em decisões sobre valoração de comissões especiais e decisões de

¹⁹⁷ SILVA, op. cit., p. 59.

¹⁹⁸ SILVA, op. cit., p. 60.

¹⁹⁹ MAURER, op. cit., p. 58.

²⁰⁰ Ibidem, p. 58/62.

prognoses, por meios das quais é preservado “*um espaço de apreciação*” da administração: (a) “*decisões sobre exames*” são aquelas que deliberam sobre o processo de formação do aluno (ex. exame final do ensino secundário ou a diplomação do ensino superior). Devida à importância dessa titulação para o estudante, o Tribunal Constitucional Federal Alemão “*limitou essencialmente o âmbito de aplicação do espaço de apreciação*”, de modo que “*as avaliações específicas ao exame são, como até agora subtraídas ao controle judicial-administrativo*”, ao passo que “*as avaliações científico-especializadas, ao contrário, estão sujeitas ao controle judicial completo*”²⁰¹; (b) “*apreciações jurídico-funcionalistas*” são aquelas relacionadas às deliberações “*internas das prestações e capacidades dos funcionários pelo respectivo superior hierárquico*”, sendo reconhecido um espaço de apreciação pela jurisprudência; (c) “*decisões sobre avaliação de comissões especiais*” dizem respeito aos juízos emitidos por comissões governamentais de caráter artístico, pedagógico, científico, etc., compostas por especialistas. Em razão disso, é defendida que as deliberações dessas comissões “*podem ser revisadas judicialmente só limitadamente, em todo caso, os juízos valorativos feitos por elas não devem ser substituídos por uma decisão judicial*”; (d) por fim, temos o caso das “*decisões sobre prognoses e avaliações de risco no direito econômico e ambiental*”. Trata-se de deliberações de “*prognose*”, em que são emitidos “*juízos de probabilidade que, de fatos, atuais e princípios fundados na experiência gerais, tiram conclusões para o futuro*”. Essas deliberações fazem parte de uma complexa decisão, necessitando “*conhecimentos específicos das conexões técnicas*”. Nesse contexto, é reconhecido um espaço de apreciação da administração, “*por causa da relação com o futuro e tecnicidade dessas decisões*”.

Assim, observa-se que a doutrina citada embora seja enfática em afirmar que a discricionariedade técnica e os conceitos jurídicos indeterminados não se tratam de juízo discricionário, pelo fato de estarem sujeitos ao controle jurisdicional pleno, admite, paradoxalmente, situações em que é possível um espaço de apreciação da administração em determinadas matérias, como se fosse verdadeiro juízo discricionário, como é o caso das deliberações de prognose.

Na verdade, essa visão contraditória em torno da definição da discricionariedade e seus limites torna a compreensão da capacidade decisória da administração mais complicada, na medida em que se ignora o aspecto institucional dos órgãos administrativos em um ambiente democrático.

²⁰¹ “*O examinador não deve avaliar como errônea uma solução exposta pelo examinando se ela está consequentemente fundamentada e na literatura, em alguma parte, é sustentada seriamente, mesmo que ele próprio a considere como errônea. Ele pode fazer valer que sua proposta de solução se manteve dentro do quadro desse espaço de resposta, e, por isso, não pode ser avaliada como errônea*” (idem, ibidem, p. 59).

Essa situação evidencia a fragilidade dos seus pressupostos teóricos diante da dinâmica da complexidade na definição e execução das políticas públicas a cargo das agências.

3.3 A visão da doutrina brasileira sobre a discricionariedade técnica e a correlação com os conceitos jurídicos indeterminados

No Direito Administrativo brasileiro, a discussão em torno da definição e diferenciação entre discricionariedade e discricionariedade técnica também não é muito clara, trazendo uma série de critérios e teorias com o objetivo de identificar possível espaço livre de atuação da administração no exercício de sua competência discricionária. A influência de doutrinas estrangeiras teve significativa importância em trazer para o debate as teorias sobre discricionariedade técnica e conceito jurídico indeterminado. Sobre o tema, os juristas e a jurisprudência divergem bastante entre si, não havendo um critério uniforme ou preciso para identificar em quais situações existe um espaço livre de apreciação da administração²⁰².

Celso Antônio Bandeira de Mello assinala que no texto da lei é possível encontrar conceitos “*unissignificativos*” e “*plurissignificativos*” para tratar de assuntos relacionados “*ao mundo da natureza ou da cultura, da causalidade ou do valor*”. Conceitos unissignificativos seriam “*aqueles determináveis no plano das ciências que se embasam no valor teórico verdade*”, ao passo que os conceitos plurissignificativos se referem aos “*conceitos atinentes ao mundo da razão prática, da sensibilidade*”. A razão de ser da lei veicular ambos os conceitos decorre da impossibilidade de “*manipular conceitos destas duas ordens, ora traz em si delimitações rigorosas, objetivas, inconfutáveis, ora abriga em seu bojo a indeterminação, a fluidez dos conceitos práticos*”. Para o autor, só haverá discricionariedade no campo dos conceitos plurissignificativos, enquanto haverá vinculação na hipótese de utilização dos conceitos unissignificativos²⁰³.

²⁰²Nesse sentido, lamenta Andreas J. Krell que “*apesar do grande volume de publicações sobre o assunto, vale ressaltar que ainda não existe uma teoria firme sobre a discricionariedade administrativa e seu controle no Brasil, nos planos doutrinário e jurisprudencial. As contribuições dos administrativistas nacionais mais importantes divergem bastante entre si, trazendo para discussão cada vez mais teorias e termos que foram desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência estrangeiras, especialmente da Alemanha, como os ‘conceitos jurídicos indeterminados’, a ‘margem de livre apreciação’, a ‘redução da discricionariedade a zero’, entre outros*” (KRELL, op. cit., p. 9).

²⁰³ “[...] *ao lado de conceitos unissignificativos, apoderados de conotação e denotação precisas, unívocas, existem conceitos padecentes de certa imprecisão, de alguma fluidez, e que, por isso mesmo, se caracterizam como plurissignificativos. Quando a lei se vale de noções do primeiro tipo ter-se-ia vinculação. De revés, quando se vale de noções altanto vagas ter-se-ia discricionariedade*” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 890/891).

Por outro lado, Eros Roberto Grau questiona a própria definição da expressão “*conceitos jurídicos indeterminados*” adotada pela doutrina, pois defende que não existe indeterminação em relação aos conceitos jurídicos, “*mas de suas expressões*”, de modo que a “*indeterminação dos conceitos não é deles, mas sim dos termos que o expressam*”. O problema da indeterminação dos conceitos é resolvido a partir da concepção de “*historicidade das noções*”, pois “*onde a doutrina brasileira erroneamente pensa que há ‘conceito jurídico indeterminado’ há, na verdade, noção*”. Dessa forma, o autor defende a distinção entre discricionariedade e conceitos indeterminados, por entender que estes enunciam, respectivamente, “*juízos de oportunidade*” e “*juízos de legalidade*”:

No exercício da discricionariedade o sujeito cuida da emissão de juízos de oportunidade, na eleição entre indiferentes jurídicos; na aplicação de conceitos indeterminados (vale dizer, das noções) o sujeito cuida da emissão de juízos de legalidade. Por isso é que – e não porque o número de soluções justas varia de uma outra hipótese – são distintas as duas técnicas²⁰⁴.

O fundamento dessa distinção reside na circunstância que a “*discricionariedade concedida pelos conceitos indeterminados limita-se apenas ao plano abstrato da norma*”, ressalta Flávio José Roman²⁰⁵, não ocorrendo o mesmo diante da sua aplicação ao caso concreto. Nesse sentido, os conceitos indeterminados se situam “*no antecedente ou suporte fático da norma, enquanto a discricionariedade estaria no plano da consequência ou dos efeitos jurídicos*”. Discricionariedade e conceito jurídico indeterminado seriam, portanto, expressões distintas, “*eis que a discricionariedade é a liberdade de decidir entre indiferentes jurídicos, enquanto o conceito indeterminado é um caso de aplicação da lei*”. Assim, na interpretação dos conceitos indeterminados só é possível a adoção de uma única solução justa ou correta, ao contrário do que ocorre na discricionariedade²⁰⁶.

²⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 194 e 199.

²⁰⁵ ROMAN, op. cit., p. 53/54.

²⁰⁶ Sobre o tema, assinala Eros Roberto Grau (op. cit., p. 200): “os ‘conceitos indeterminados’ – que compreendem conceitos de experiência ou valor – não conduzem a uma situação de indeterminação na sua aplicação. A aplicação deles, segundo García de Enterría/Fernandez (1983/434), só permite uma ‘unidade de solução’ em cada caso. Assim, quando se fala em boa-fé, v.g., o conceito se dá ou não se dá. Em outros termos, em presença de um caso determinado há ou não há boa-fé: *tertium non datur*. Em razão disso, a aplicação dos ‘conceitos indeterminados’ só permite uma única solução justa. Contrariamente, o exercício da potestade discricionária permite uma pluralidade de soluções justas ou, em outros termos, a opção entre alternativa que são igualmente justas desde a perspectiva do direito (García de Enterría/Fernandez 1983/434). A discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos – porque a decisão se fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não incluídos na lei e remetidos ao juízo subjetivo da Administração -, ao passo que a aplicação de conceitos indeterminados é um caso de aplicação da lei”.

No que se refere à discricionariedade técnica Eros Roberto Grau²⁰⁷ rejeita a possibilidade de existir o exercício de típica competência discricionária, de modo a rejeitar o controle judicial de decisões administrativas que exigem conhecimentos técnicos especializados, mesmo nas hipóteses de “*erro manifesto*”²⁰⁸. O equívoco da “*discricionariedade técnica*”, segundo o autor, consiste no caráter altamente subjetivo na definição do que seja “*decisão altamente técnica*”. Mesmo nas questões que exigem certo conhecimento técnico, no qual o juiz não tenha o preparo suficiente, ele “*pode e deve ouvir peritos, a fim de que sejam plenamente esclarecidos os fatos a respeito dos quais decidirá*”. Por outro lado, ainda que se reconheça certa dificuldade de controle de decisões técnicas, “*não se pode extrair, a benefício da certeza e da segurança do direito, uma liberdade (autorização) para que a administração decida ao seu talante*”, à margem da lei. Ademais, condicionar o controle apenas nos casos de erro manifesto, “*coloca-se à margem desse controle o ‘erro não manifesto’*”. No entanto, conclui que “*tanto o ‘erro manifesto’ quanto o ‘erro não manifesto’ são ilegais e devem ser controlados e corrigidos, jurisdicionalmente*”. Logo, não pode o Juiz compactuar com o erro, “*se não concedida pela lei*”, seja o erro manifesto, seja o erro não manifesto.

Portanto, embora reconheça a inexistência de discricionariedade na denominada “*discricionariedade técnica*”, por entender se tratar de ato vinculado, Eros Roberto Grau afirma que o controle exercido pelo Judiciário deve se limitar a analisar a “*correção*” do ato para com o ordenamento jurídico, não podendo “*substituir-se à Administração*”. Nesse sentido, o autor ressalta que deve, em certas circunstâncias, “*ser relativizado*”, mesmo para os chamados atos vinculados. Para tanto, o autor se ampara na lição de Antonio Francisco de Sousa, para defender que, excepcionalmente, “*certas decisões vinculadas contêm elementos que, não obstante vinculem o autor do ato, são incompatíveis com a idéia de controle por órgão estranho à entidade que decide*”. É o caso, por exemplo, das “*decisões altamente pessoais*”, em que são aquelas adotadas por órgãos administrativos relacionados a exames, as apreciações pedagógico-científicas e as deliberações dos servidores da Administração pelos seus superiores e; as “*valorações vinculativas*”, relacionadas às deliberações de órgãos administrativos especiais, composta por comissões de especialistas que avaliam monumentos artísticos e apreciam filmes. Por fim, destacam-se, também, as “*decisões de caráter prognóstico*” e as “*decisões de enformação*”, cujo

²⁰⁷ Ibidem, p. 212.

²⁰⁸ Segundo Eros Roberto Grau, o conceito de discricionariedade técnica está estruturado nos seguintes termos: “*há decisões administrativas que supõem tal grau de especialização técnica que somente aquele que as toma, a partir da consideração de elementos altamente técnicos, as pode valorar; assim, o Poder Judiciário deve acatá-las, exercendo controle unicamente em relação aos erros manifestos que nelas se exteriorizem; daí por que a Administração, nesses casos, goza de liberdade (técnica) de decisão – liberdade que, no entanto, não é absoluta, visto que coartada quando o seu exercício resultar viciado por erro manifesto*” (GRAU, op. cit., p. 201).

controle deve ser limitado, salvo nas situações em que há o “*desvio ou abuso de poder ou de finalidade*”:

Decisões caráter prognóstico são as fundadas na antecipação intelectual do futuro, ou seja, sobre uma afirmação que sobre acontecimentos futuros (Sousa 1994/115). Essas decisões de caráter prognóstico devem estar sujeitas a controle limitado porque, como propõe Bachoff (*apud* Sousa 1994/125), em caso de dúvida em situações desta natureza, o direito à última decisão deve ser reconhecido à autoridade administrativa, que será política, econômica e socialmente responsável por uma eventual decisão errada. Decisões de enformação – ou ‘decisões de planificação administrativa’ – são aquelas tomadas em um todo que consubstancia uma política da Administração; aí o ‘o político infiltra-se no jurídico, sem deixar limites claros onde acaba um e principia ou outro’. Essas decisões também devem estar sujeitos a controle limitado pelo Judiciário²⁰⁹.

Por influência do direito norte-americano, pontua Maria Sylvia Zanella Di Pietro²¹⁰, que a questão da discricionariedade técnica passou a despertar o interesse da doutrina brasileira com a criação das agências regulatórias. Na visão da autora, o grande dilema acerca da compreensão da discricionariedade técnica está relacionado à teoria dos conceitos jurídicos indeterminados. Consiste em identificar se a utilização desses conceitos, pela lei, “*gera discricionariedade administrativa, ou seja, a possibilidade de escolha entre duas ou mais alternativas ou apenas trabalho de interpretação, suscetível de apreciação judicial*”. Entretanto, a autora rejeita peremptoriamente a ideia a possibilidade de emissão de um juízo de conveniência e oportunidade no âmbito da denominada “*discricionariedade técnica*”, por entender que o “*exercício do poder regulamentar só existe quando a lei deixa ao Poder Executivo certa margem de discricionariedade para decidir como a lei vai ser cumprida*”. Sustenta que não há, na sua avaliação, “*a possibilidade de opção entre alternativas igualmente válidas perante o direito*”. Na hipótese de discricionariedade técnica, “*essas alternativas não existem*”, simplesmente “*porque o conceito utilizado é de natureza técnica e vai ser definido com base em critérios técnicos extraídos da ciência*”. Eventuais divergências na definição de perigo público iminente, valor histórico de um bem, incapacidade para o trabalho, etc., que poderão ser facilmente apreciados pelo juiz com o auxílio de perícia técnica no âmbito do processo judicial, por se tratarem de conceitos eminentemente técnicos.

Marçal Justen Filho²¹¹ também concorda que não existe discricionariedade na utilização de conceitos técnico-científicos no âmbito da lei, sendo limitada a sua margem de escolha do administrador, pois fica restrito aos “*limites da discussão científica*”. Porém, seria um “*equivoco imaginar que a ciência conduz sempre a uma única conclusão ou que apresenta sempre uma só*

²⁰⁹ GRAU, op. cit., p. 214/215.

²¹⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 122/123.

²¹¹JUSTEN FILHO, op. cit., 165/169.

interpretação para a realidade". É previsível que haja divergência no âmbito do conhecimento científico a respeito de determinada matéria. As escolhas realizadas pelo administrador não poderão ser, contudo, *"ilimitadas nem fundadas em critérios de escolha subjetivos"*. Daí por que reitera o autor que não existiria discricionariedade propriamente dita na denominada *"discricionariedade técnica"*. Da mesma forma, a utilização dos conceitos jurídicos indeterminados também não confere o exercício da competência discricionária plena ao administrador, pois, na esteira do pensamento de GRAU, entende que o *"conceito jurídico indeterminado é determinável"*, pois *"quando a lei adota um conceito jurídico indeterminado, visa a produzir uma solução que seja adaptável à realidade e suscetível de controle"*.

Do breve apanhado sobre a doutrina nacional acerca da polêmica entre discricionariedade e a existência de uma margem de apreciação do administrador no que se refere à regulação de aspectos técnicos e dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, podemos afirmar que a questão está longe de se ter uma orientação segura em se delimitar algum espaço livre de atuação da administração. Em boa verdade, as discussões sobre o tema adquiriram um alto grau de sofisticação e abstração, que, muitas vezes, não tem servido como um amparo jurídico adequado para a solução de casos práticos que a realidade impõe, caracterizada por relações cada vez mais complexas no plano social, político e econômico.

3.4 A relação entre a regulação e o Poder Judiciário

Pesquisas recentes a respeito da forma como o Judiciário tem lidado com a matéria regulatória tem mostrado aspectos bastante reveladores, especialmente no que se refere ao questionamento dos conceitos tradicionais do direito administrativo e as respectivas teorias que abordam o controle jurisdicional do ato discricionário.

Podemos destacar a pesquisa coordenada por Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, Paulo Furquim de Azevedo e Tercio Sampaio Ferraz Jr.²¹², financiada pelo Conselho Nacional de Justiça, denominada *"inter-relações entre o processo administrativo e o judicial sob a perspectiva da segurança jurídica no plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública"*. Os autores destacam que a pesquisa teve por escopo *"avaliar a eficiência e segurança jurídica proporcionadas pela revisão judicial de decisões do CADE e das agências reguladoras aos agentes econômicos"*. O fato de o trabalho ter sido financiado pelo CNJ, *"em esforço de autocrítica"*,

²¹² MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito regulatório e concorrencial no Poder Judiciário*. São Paulo: Singular, 2014.

demonstra “*louvável preocupação e desejo de mudanças*” por parte daquele órgão máximo de controle administrativo do Judiciário.

A pesquisa procurou realizar um diagnóstico sobre a estrutura do Judiciário federal brasileiro e a sua capacidade para apreciar questões relacionadas aos atos de competência das agências reguladoras federais e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, bem como propor alterações estruturais aos órgãos jurisdicionais, de modo a aparelhá-los a lidar com essa nova dinâmica da atividade administrativa introduzida pela reforma de estado ocorrida a partir da década de 1990.

Com base na coleta de cerca de 1.400 (mil e quatrocentas) decisões judiciais proferidas por órgãos jurisdicionais de primeira e segunda instâncias, constatou-se que mais de 80% (oitenta por cento) das decisões de mérito prolatadas pelas agências e pelo CADE são confirmadas pelo Judiciário. Não obstante o elevado número de confirmação das decisões, os dados coletados revelam um tempo excessivo para o trânsito em julgado das decisões (com tempo médio de tramitação em 36 meses²¹³), sendo comum os juízes de primeira instância concederem medidas liminares para suspender a eficácia da medida regulatória, gerando incerteza jurídica e econômica para a política regulatória como um todo.

O diagnóstico apresentado por Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, Paulo Furquim de Azevedo e Tercio Sampaio Ferraz Jr.²¹⁴ sobre o material coletado baseou-se em dois tipos de análises empíricas: quantitativa e qualitativa. Do ponto de vista quantitativo, como destacado, é bastante elevado o grau de confirmação das decisões regulatórias no âmbito do Judiciário. De outro lado, quando o Judiciário pronuncia-se sobre o mérito, “*a taxa de confirmação em decisão final é bastante superior à das decisões em primeira instância*”, muito embora a análise

²¹³“*Os processos transitados em julgado possuem 36 meses de tempo médio de tramitação. Quando se consideram apenas os casos em que houve decisão de mérito, constata-se que o tempo de análise é sensivelmente superior, cerca de 5 anos (58 meses), tempo este que aumenta para 69 meses nos casos em que o Judiciário não confirma a decisão administrativa (a anula ou reforma parcialmente). Em estimativa de tempo de trâmite mínimo, considerando a hipótese extrema de que todos os casos em andamento fossem concluídos instantaneamente no momento da pesquisa, observa-se que o tempo de duração supera os 4 anos (cinquenta meses). A estimativa nesse segundo cenário justifica-se porque o tempo médio de trâmite para os casos ainda é superior ao dos transitados em julgado, regularidade observada em todas as autarquias, com exceção da ANS. Essa anomalia, que ocorre porque as agências são relativamente novas, indica que os casos já conclusos tendem a ser aqueles mais simples, demandando menor tempo de análise. Essa hipótese se confirma quando se estratifica a amostra por tipo de desfecho do processo judicial. Há grande variação no tempo total, a depender da decisão final do caso. Naqueles casos em que há anulação ou reforma parcial da decisão administrativa, o processo é bem mais demorado, respectivamente 78 meses (117% acima da média) e 60 meses (67% acima da média). Em outros termos, nos casos que houve efetiva intervenção do Judiciário o tempo, o tempo para análise foi de aproximadamente 69 (sessenta e nove) meses (5,7 anos) tempo 90% superior à média total” (idem, ibidem, p. 17).*

²¹⁴MARANHÃO, AZEVEDO, FERRAZ JR., op. cit., p. 18.

tenha revelado “grande variação entre a proporção de decisões anuladas e confirmadas no Judiciário”²¹⁵.

Ao lado do elevado índice de confirmação, verifica-se também o indicador de incerteza, em que é medido “o número de vezes em que o processo judicial muda de status (de confirmação para revisão ou suspensão da decisão, ou vice-versa)”, a partir da amostragem do universo de casos (transitados em julgados ou não). O índice de mudança dos status do processo mostrou-se bastante elevado, especialmente em casos do CADE e da ANEEL (superior ao número de casos analisados), “o que é surpreendente em face da evidência de que 80% das decisões são, ao final, confirmadas”. Nesse contexto, o fator incerteza acaba tendo consequências deletérias para a política pública, na medida em que cria incentivos aos litigantes para ingressarem em juízo com o objetivo apenas de suspender a eficácia da política por um maior tempo possível, mesmo sabendo que, ao final da lide, a decisão da agência será confirmada. Conforme constataram os autores:

Em síntese, o Judiciário se pronuncia em primeira instância de modo mais restritivo às agências regulatórias e ao CADE do que o faz em suas decisões finais. A consequência desse fato é deletéria à adequada aplicação da norma, uma vez que transmite, ao longo do curso do processo, sinais conflitantes à sociedade. Como agravante, a forte tendência de confirmação da decisão administrativa ao final indica que não há benefícios relevantes do estado de incerteza a que empresas, concorrentes e a própria autoridade regulatória são submetidos. A consequência perversa desse quadro é 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 agências²¹⁶.

Assim, a partir da análise quantitativa do banco de dados, foi possível constatar duas graves deficiências no controle judicial das decisões das agências, a saber: a lentidão do processo e a insegurança jurídica. No que se refere à demora do processo se verificou que, com base em entrevistas realizadas com magistrados, advogados, algumas possíveis explicações; a) “complexidade dos casos e incentivo para priorização dos mais simples”: devido à complexidade e o caráter técnico das matérias de interesse das agências, os juízes tem poucos incentivos para priorizar demandas de tal natureza, seja pela falta de preparo para tanto, seja pela preocupação em

²¹⁵ Tabela 1 - Índice de confirmação dos transitados em julgado.

ANA	ANAC	ANATEL	ANCINE	ANEEL	ANP	ANS	ANTAQ	ANTT	ANVISA	CADE	CVM
100%	10%	92%	75%	62%	71%	60%	71%	90%	33%	74%	50%

Fonte: MARANHÃO, AZEVEDO, FERRAZ JR., op. cit., p. 18.

²¹⁶ Ibidem, p. 19.

atingir as metas de julgamento, dando atenção a processos tidos como mais simples; b) “a realização de perícia”: normalmente as questões de fato das agências “são interpretadas pelo Judiciário como matéria de perícia e, portanto, sujeitas à burocracia de sua realização”, quando, na verdade, poderiam ser resolvidas por meio de “assessoria técnica junto ao tribunal para explicitar as razões e permitir controle da fundamentação”, ou, então, “sequer haveria necessidade de perícia, que acaba deferida apenas pelo preconceito geral dos juízes em relação ao caráter técnico das questões tratadas pelas agências”; c) “dúvidas sobre o escopo da revisão judicial”: magistrados divergem sobre o limite de sua intervenção e o espaço livre de atuação discricionária das agências, cuja “indefinição contribui para atrasos e a insegurança jurídica, com diferentes decisões marcadas por diferenças de posicionamento entre as instâncias, turmas ou magistrados acerca dessa controvérsia”²¹⁷ e; d) “conflitos de competência”: dúvidas relacionadas ao foro competente para processar as demandas de interesse das agências, acaba gerando uma série de incidentes processuais que retardam demasiadamente os julgamentos, em razão da “ausência de delimitação de Varas ou Turmas especializadas, além de falta de critérios claros para definição da competência territorial”²¹⁸.

No que se refere à incerteza jurídica, aferida com base na expressiva alteração do índice de alteração das decisões administrativas no curso do processo judicial, apontaram-se quatro fatores para esse quadro. a) “ausência de diretrizes para a concessão de medidas liminares”: falta de um critério orientador para a concessão de provimentos liminares (se é possível a sua concessão antes da ouvida da parte contrária) pelos juízes de primeira instância, bem como para o deferimento de provimentos liminares em sede recursal (ou em sede de suspensão de medida liminar de competência privativa dos presidentes dos tribunais quando houver lesão à ordem, economia e saúde públicas), seja para suspender a decisão de primeira instância, seja para considerar o denominado efeito ativo ao recurso em sede de agravo²¹⁹; b) “sistema recursal brasileiro”: dúvidas

²¹⁷Foi o que aconteceu, por exemplo, no caso no caso das rádios comunitárias, em que se questionou a morosidade da Anatel para deliberar sobre a licença de funcionamento, segundo relatam Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, Paulo Furquim de Azevedo e Tercio Sampaio Ferraz Jr.: “Em uma das ações o juiz de primeira instância autorizou o funcionamento da rádio, mas em sede de apelação o tribunal federal considerou o Judiciário incompetente para conferir a outorga no lugar da agência. Em outra, o Juiz de primeira instância disse ser o Judiciário incompetente e o tribunal, dessa vez, fixou prazo para que a agência se manifestasse sobre a concessão de autorização para funcionamento. Levada ao tribunal de uniformização de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça concordou com a orientação em tese do tribunal – sobre a fixação de prazo -, porém ponderou que o pedido inicial da rádio não contemplava a fixação de prazo, mas apenas requeria a autorização para funcionamento, o que foi indeferido: após todo o tempo de análise a rádio comunitária conseguiu no máximo o esclarecimento sobre o que deveria ter pedido na ação (sendo plausível acreditar que, uma vez reformulado, o pedido sugerido poderia ser repellido, dada a indefinição e constante mudança de posicionamento entre os juízes)” (MARANHÃO, AZEVEDO, FERRAZ JR., op. cit., p. 23).

²¹⁸Ibidem, p. 21/24.

²¹⁹ Destaque-se, também, o incentivo gerado à parte para litigar em juízo ao propor demandas com intuito meramente protelatório: “a ausência de diretrizes gerais adotadas pelo Judiciário acerca desses temas nos processos contra

sobre a concessão de liminares, sobre os limites de revisão judicial dos atos das agências ou sobre matérias processuais, resultam igualmente em diversas possibilidades de interposição de recurso, contribuindo para o grau de incerteza; c) *“multiplicidade ações com o mesmo objeto”*: devido à falta de critérios sobre a competência territorial do órgão jurisdicional, sobretudo em sede de ação coletiva, fazendo com que *“questões idênticas de um mesmo caso, ou de um conjunto de casos semelhantes julgados pelas agências, recebam decisões distintas e inconsistentes”* em diversos juízos, e; d) *“dúvidas sobre o escopo da revisão judicial”*: a falta de um critério seguro para o espectro da atuação do magistrado (se pode substituir às decisões da agência, se poderia apenas anular as decisões ou fixar prazo para a agência decidir), *“além de provocar atrasos, cria insegurança aos agentes”*.

Em relação à análise de qualidade das decisões judiciais foram observados *“alguns problemas recorrentes”*, que, em suma, referem-se aos seguintes problemas. a) *“sobrealimentação de questões processuais”*: devido à falta de conhecimento técnico sobre a matéria regulatória, os magistrados se preocupam apenas com questões processuais, *“com as quais têm maior familiaridade”*, aliada à *“intolerância judicial em relação à informalidade administrativa”* e ao *“desconhecimento, pelo Judiciário, do processo específico de cada agência”*; b) *“falta de expertise técnica”*: revela que muitas das questões poderiam ser resolvidas com base na interpretação de dados técnicos e econômicos constantes no processo administrativo, sem a necessidade da realização de perícias, que retardam sobremodo o andamento do processo; c) *“viés privatista”*: evidenciam a falta de preparo dos magistrados para lidar *“com questões de políticas públicas e o papel das agências na composição de interesses públicos, privados e coletivos, reduzindo-os aos moldes do direito privado”*. Nesse sentido, como ocorreu no Caso Slots de Aviação²²⁰, conclui a pesquisa que *“o Judiciário ainda enxerga a atuação da agência apenas como intervenção do Estado na livre-iniciativa dos agentes, conforme modelo clássico do direito econômico”*; d) *“Insensibilidade às razões regulatórias e refúgio no formalismo”*: a pesquisa aponta que o Judiciário tem se deparado com novos desafios ao lidar com a matéria regulatória, *“desconhecidos no passado recente”*, cujas análises sobre as decisões das agências ainda tem se pautado na dicotomia clássica entre o direito público e o direito privado, devido a *“uma forte tendência ainda*

agências e contra o CADE tornam a concessão de liminares uma verdadeira ‘loteria’, o que incentiva a interposição de ações com intuito meramente protelatório” (MARANHÃO, AZEVEDO, FERRAZ JR., op. cit., p. 25).

²²⁰ Nesse caso, o Judiciário acolheu todas as instâncias o pedido de companhia aérea em processo de recuperação judicial para coibir a medida adotada pela Anac de realocar os slots da companhia em operação, ignorando a competência privativa da Agência para tanto definida na legislação setorial. Os dados sugerem que *“o Judiciário escolheu preservar os interesses da empresa sem considerar as consequências para o mercado regulado de serviços aéreos, incluindo os slots no conjunto de bens materiais daquela para alienação, como se fossem ativos da companhia”* (Ibidem, p. 25).

arraigada na cultura jurídica do País”, tratando a “*relação entre agência reguladora e o agente regulado nos quadros tradicionais do Direito Administrativo*”²²¹.

Cumprе ressaltar que os pesquisadores são partidários da visão de que a revisão judicial sobre matéria regulatória, ainda que complexa, é bastante salutar em um regime democrático. Por isso, sustentam que o controle jurisdicional eficiente, “*em tempo adequado e com qualidade no exame das razões de decidir*”, tende a aprimorar o papel das agências regulatórias a partir do diálogo institucional constante com o Judiciário, pelos seguintes motivos: a) incentiva as agências “*a ter maior cautela e rigor em seus procedimentos e fundamentação técnica, jurídica e econômica de seus atos*”, e; b) permite que o espaço regulatório seja um ambiente menos suscetível ao fenômeno da “*captura*” das agências, “*quer econômica – diante dos agentes regulados -, quer política – com o controle de conteúdo e mesmo das motivações eventualmente governamentais no âmbito da administração direta e indireta*”²²². Contudo, em razão das conclusões de ordem quantitativa e qualitativas apontadas, as intervenções judiciais têm gerado mais insegurança do que certeza jurídica para o mercado e o setor regulado.

3.4.1 Aspectos sobre o alcance da revisão judicial.

Na esteira da pesquisa realizada por Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, Paulo Furquim de Azevedo e Tercio Sampaio Ferraz Jr., podemos destacar também o estudo empírico realizado por Daniel WeiLiangWang, Juliana Bonacorsi de Palma e Daniel Gama Colombo acerca da forma com que o Judiciário vem lidando com a revisão judicial dos atos emanados das agências reguladoras²²³, tendo sido constatado também um elevado índice de confirmação das decisões regulatórias pelo Judiciário. Os autores procuraram identificar quais as justificativas utilizadas pelo magistrado para a revisão judicial do ato, seja “*quando o julgador analisa o conteúdo do ato*”, seja quando o “*julgador nega-se a analisar o conteúdo do ato*”. Em ambas as situações, a pesquisa procurou identificar, com base na literatura estrangeira e nacional, “*qual o grau de aderência dos*

²²¹MARANHÃO, AZEVEDO, FERRAZ JR., op. cit., p. 26/28.

²²²Ibidem, p. 19.

²²³Os autores fizeram uma análise de 321 (trezentos e vinte uma decisões) proferidas pelos Tribunais Regionais Federais e Superior Tribunal de Justiça, que envolvesse questionamentos sobre atos produzidos pela ANP (233), ANATAL (56), ANTT (18), ANEEL (11), ANTAQ (2), ANAC (1). A pesquisa foi realizada em consulta realizada no sítio eletrônico dos respectivos tribunais em março de 2009, utilizando-se dos seguintes critérios de busca: “Agência Nacional” e “Agência Reguladora”.

termos utilizados na literatura consultada com a argumentação decisória efetivamente utilizada pelo Judiciário brasileiro”²²⁴.

Diante dessa análise, os autores apresentam um diagnóstico bastante revelador sobre a forma como o Judiciário vem lidando sobre a matéria regulatória, especialmente se as teorias clássicas do direito administrativo que tratam do controle da discricionariedade administrativa (discricionariedade técnica, conceito jurídico indeterminado e desvio de finalidade) têm servido como suporte teórico para fundamentação das decisões, seja para a manutenção do ato, seja para a revisão ou anulação do ato.

Das decisões analisadas, verificou-se o seguinte:

a) Critérios mais utilizados em casos de manutenção do ato regulatório.

Forma de análise	Frequência	Porcentagem
Legalidade	169	69,26%
Competência	168	68,85%
Princípios	119	48,77%
Supremacia do Interesse público	82	33,61%
Proporcionalidade e razoabilidade	60	24,59%
Questões de fato	42	17,21%
Consequências econômicas do ato	31	12,70%
Aspecto técnico	28	11,48%
Desvio de finalidade	12	4,92%
Processo administrativo	10	4,10%
Conceitos jurídicos indeterminados	2	0,82%
Autovinculação	1	0,41%

Tabela 2 (Nota: a porcentagem refere-se aos 244 acórdãos em que houve a manutenção do ato).

Fonte: WANG; DE PALMA; COLOMBO. op. cit., p. 302/303.

b) Critérios mais utilizados em casos de revisão de ato.

Forma de análise	Frequência	Porcentagem
Legalidade	39	63,93%
Princípios	26	42,62%
Competência	20	32,79%
Questões de fato	15	24,59%
Consequências econômicas do ato	15	24,59%
Proporcionalidade e razoabilidade	14	22,95%
Aspecto técnico	8	13,11%
Desvio de finalidade	4	6,56%

²²⁴ WANG, Daniel WeiLiang; DE PALMA, Juliana Bonacorsi; COLOMBO, Daniel. *Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira*. In SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva / FGV, 2010.

Processo administrativo	2	3,28%
Conceitos jurídicos indeterminados	0	0,00%

Tabela 3 (Nota: porcentagem refere-se aos 61 acórdãos em que houve a revisão do ato).

Fonte: WANG, Daniel WeiLiang; DE PALMA, Juliana Bonacorsi; COLOMBO, Daniel Gama. Op. cit.

Observa-se que os critérios mais utilizados para a manutenção ou a revisão do ato são a “legalidade” e a “competência normativa”. Embora seja reconhecida a competência do Judiciário em fazer o controle sobre juízo de legalidade do ato administrativo, a sua distinção com o mérito (oportunidade e conveniência) é bastante confusa, havendo uma ampliação demasiada por meio da invocação de “princípios e em técnicas de ponderação, como a proporcionalidade e a razoabilidade”. Além disso, os princípios (63% das decisões) mais utilizados para a manutenção do ato foram os da “livre-iniciativa, livre-exercício da atividade econômica, livre concorrência e liberdade do comércio”. Não obstante, “o grau de abstração no seu conteúdo e a dificuldade na sua aplicação de maneira objetiva em casos concretos faz com que a análise do juiz possa extrapolar em muito a mera legalidade”²²⁵.

O fato de o Judiciário lidar com regulamentos técnicos editados pelas agências, a pesquisa constatou que “o termo ‘discricionariedade técnica’ e sua elaboração teórica não são trabalhados nos acórdãos”. Como destacado, a construção teórica em torno da discricionariedade técnica e do conceito jurídico indeterminado, e a consequente avaliação da (in)existência de algum espaço livre de atuação da administração ínsito ao juízo discricionário, norteou os teóricos do direito administrativo estrangeiro e nacional por mais de um século, ainda assim pode-se observar que os tribunais têm-se utilizado de outros critérios para a manutenção do ato:

Diante de conceitos técnicos, os tribunais não recorrem à discricionariedade técnica ou aos conceitos jurídicos indeterminados, nem ao menos justificam uma análise jurisdicional eminentemente técnica. Nos casos em que envolvem conceitos técnicos, quatro comportamentos foram identificados: (i) deferência à decisão técnica decorrente do exercício da competência regulatória das agências reguladoras; (ii) deferência à decisão técnica decorrente do exercício da competência regulatória por questão de capacidade institucional; (iii) deferência à decisão regulatória por compreender o sentido técnico do ato na noção de mérito administrativo; e (iv) análise de questões técnicas por integrarem à legalidade do ato com, ou não, revisão. Invariavelmente, a quarta hipótese prevaleceu.

Verifica-se, também, que as teorias tradicionais do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa (teoria dos motivos determinantes, desvio de finalidade e conceitos jurídicos indeterminados) têm servido em alguma medida para justificar a revisão do ato

²²⁵WANG, DE PALMA, COLOMBO, op. cit., p. 304.

administrativo por parte do Judiciário. Contudo, ressaltam Daniel WeiLiangWang, Juliana Bonacorsi de Palma e Daniel Gama Colombo que foram poucos “*os casos dirimidos com base nas teorias clássicas de controle*” (conceitos jurídicos indeterminados, desvio de poder e motivos determinantes), sendo certo que a menção a essas teorias, por si só, não representaram os fundamentos relevantes para justificar a revisão judicial. Foi necessário, portanto, o julgador se reportar a outros argumentos para tanto, como a legalidade e os princípios²²⁶. Nesse sentido, a pesquisa concluiu que os conceitos desenvolvidos em sede doutrinária não são suficientes para compreender o fenômeno regulatório e embasar um controle adequado pelo Judiciário:

Os dados sugerem, portanto, um cenário muito mais complexo acerca do controle da regulação pelo Judiciário, que predica a presença de outros critérios outros que vão além daqueles trabalhados em sede doutrinária. Assim, tais teorias mostram-se na prática insuficientes para que o juiz delibere sobre a manutenção ou a invalidade da atividade regulatória.

Por fim, outro aspecto não menos relevante se refere ao controle exercido pelo Judiciário a partir da análise da formação do processo administrativo, que representou apenas 6,49% dos casos em que houve o controle de mérito. Os dados sugeriram que o Judiciário só analisa a regularidade do processo administrativo nas situações em que foi provocado pela parte interessada, o que evidencia que o julgador tem se preocupado basicamente em analisar a legalidade do ato no momento da sua edição, sob a perspectiva estática da norma.

3.4.2A revisão judicial em matéria de telecomunicações.

No que se refere à análise do processo administrativo para a formação da convicção do julgador para revisar ou manter o ato regulatório, cumpre trazer, à título de ilustração, a discussão em torno da política de regulação em matéria de telecomunicações de competência da ANATEL.

Com efeito, um aspecto relevante destacado por Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, Paulo Furquim de Azevedo e Tércio Sampaio Ferraz Jr. refere-se à conexão entre o grau de transparência das decisões das agências reguladoras e o respectivo aumento da demanda judicial. Com base na análise dos dados coletados há evidência de que “*as agências consideradas mais transparentes são as que mais sofrem com a judicialização de suas decisões*”, contrariando a hipótese inicialmente levantada na pesquisa no sentido de que “*a falta de transparência explicaria*

²²⁶ “*Ainda que presentes no atual panorama de controle judicial das agências reguladoras, é interessante ressaltar que poucos foram os casos dirimidos com base nas teorias clássicas de controle. As teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes fundamentaram, respectivamente, 6,49% e 1,73% das revisões judiciais dos atos regulatórios. Ademais, essas teorias foram empregadas pelo julgador ao lado de outros critérios de controle, como a legalidade e os princípios, ou seja, elas constituíram apenas um dentre vários critérios de decisão jurisdicional, e não determinaram por si só a invalidação do ato regulatório*” (WANG, DE PALMA, COLOMBO, p. 311/312).

a maior demanda pelo Judiciário”. Os coordenadores da pesquisa destacam que o CADE e a CVM são consideradas autarquias regulatórias “*por fontes diversas como de maior transparência, quando comparadas, por exemplo, a agências como a Anatel*”, cujo índice de reforma de suas decisões administrativa gira em torno de 8% (oito por cento). Embora reconheça que essa evidência não seja suficiente para chegar à conclusão de que “*o nível de transparência conduz a uma maior judicialização ou maior probabilidade de revisão*”, a pesquisa concluiu que “*a transparência é uma virtude em si na aplicação das normas regulatórias e de concorrência, mesmo que torne a revisão judicial mais intrusiva*”²²⁷.

Nessa perspectiva, para o desenvolvimento do presente trabalho, entendemos pertinente tecer alguns comentários específicos sobre a revisão judicial das decisões regulatórias emanadas da ANATEL, em que há elevado índice de confirmação junto ao Judiciário 92% (noventa e dois por cento), em que é possível aferir com mais detalhe o nível de enfrentamento da política regulatória a partir da análise da fundamentação das decisões. No caso das telecomunicações, é possível verificar que questões relacionadas à formação do processo administrativo para a edição de atos normativos passam ao largo do espectro de análise do Judiciário, não obstante estudos sobre o tema sugerirem que a ANATEL não seja tão transparente quanto às demais agências públicas.

Em pesquisa realizada sobre a revisão judicial da regulação no âmbito das telecomunicações no Brasil, Alexandre D. Faraco, Caio Mário da Silva Pereira Neto; Diogo R. Coutinho²²⁸, analisaram quarenta e oito (48) decisões judiciais produzidas em sede de demandas coletivas propostas por associação de consumidores e das empresas de telecomunicações. As ações e decisões judiciais analisadas estavam relacionadas a políticas públicas (*policy*) propostas ou adotadas pela ANATEL, definidas pelos autores da pesquisa como “*a concepção, edição e aplicação de normas destinadas a fornecer diretrizes e objetivos setoriais ou a criar obrigações de diferentes naturezas para uma pluralidade de atores, incluindo os agentes regulados e o próprio regulador*”. Não constituiu objeto de investigação as demandas judiciais individuais, questionando atos da agência natureza punitiva e sancionatória (*enforcement*), bem como demandas individuais de consumidores questionando determinado serviço prestado pelas concessionárias ou determinada regulação adotada pela Agência.

²²⁷MARANHÃO, AZEVEDO, FERRAZ JR., op. cit., p. 120.

²²⁸FARACO, Alexandre D.; PEREIRA NETO; Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo R..A *judicialização de políticas regulatórias de telecomunicações no Brasil*. Revista de Direito Administrativo. Vol. 265, Belo Horizonte, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/Default.aspx>>. Acesso em 04set. 2015.

Segundo os autores, a opção pela não inclusão da análise das demandas individuais de consumidores ou empresas deve-se ao fato da abrangência das ações coletivas em face destas, em razão de que *“as ações judiciais originárias de entidades organizadas costumam refletir demandas de interesse geral do setor regulado e não desta ou daquela empresa individualmente considerada”*. Verificou-se também uma demanda bem maior de ações coletivas proposta pelas associações de consumidores em detrimento das ações propostas pelas associações de empresas. Isso porque, do lado dos usuários, *“o amplo uso de ações coletivas de consumidores em temas sobre a cobrança dos serviços pode ser explicado pelo baixo incentivo econômico para ações individuais”*. Ademais, as questões de alta complexidade técnica *“não são diretamente perceptíveis pelos seus consumidores”*, o que *“sugere também a existência de severa assimetria de informações entre regulador e consumidores”* para incentivar o aumento das ações coletivas de interesse dos consumidores. Já do lado das empresas, constatou-se o pouco interesse das associações em propor demandas coletivas visando questionar políticas setoriais de telecomunicações (*policy*) relevantes, pois os incentivos econômicos envolvidos sugerem que possam ser *“suficiente para justificar os custos de ações individuais”*.

No material de pesquisa analisado, pode-se observar que as ações propostas pelas associações de consumidores (38 ações) estavam preocupadas com *“questões pontuais cujo impacto é diretamente aferível pelo consumidor”*. A maioria das demandas analisadas (23 ações) *“busca reduzir a cobrança por serviços e questiona itens cobrados pelas empresas ou critérios de cobrança utilizados por ela”*. De outro lado, sob o enfoque das demandas coletivas propostas pelas associações de empresas de telecomunicações (dez ações), verificou-se que a *“parcela mais significativa”* (três ações) diziam respeito a questões de natureza tributária (cobrança de Taxa de fiscalização) ou encargos setoriais.

De todo modo, seja sob a perspectiva do consumidor, seja sob a perspectiva do setor regulado, os resultados da pesquisa sugeriram que os *“temas não envolvem discussões mais complexas sobre aspectos estruturais da política pública setorial”*, ou seja, em discussões que viesse a *“ter impacto direto e amplo sobre o modelo de organização setorial e as políticas formuladas pela Anatel”*.

Outro aspecto relevante verificado refere-se à análise de pedidos liminares formulados pelas associações de consumidores ou empresas, com o objetivo de suspender ou alterar provisoriamente os efeitos de ato administrativo ou norma editada pela ANATEL. Considerando o fator tempo na duração dos processos no âmbito do sistema jurisdicional brasileiro, a obtenção da decisão liminar representa uma estratégia de suma importância para fazer pressão junto ao órgão regulador, pois, uma vez indeferida a liminar, *“é significativo o risco de a futura decisão judicial*

tornar-se inócua ou perder o seu objeto, tendo em vista as mudanças nas circunstâncias do caso”. As decisões liminares analisadas são proferidas em curto prazo de tempo e com base em informações limitadas. Ou seja, os magistrados normalmente não aprofundam as questões inerentes *“às políticas setoriais e seu impacto mais geral sobre a organização dos serviços”*. Apesar de o Judiciário conseguir influenciar o rumo de certas políticas, *“é limitado o que acrescenta ao debate quanto ao mérito”*.

No conjunto de ações analisadas os autores identificaram onze liminares desfavoráveis à ANATEL, que vieram a ser confirmadas quando da prolação da sentença de mérito. Contudo, em sete demandas nas quais houve a concessão de liminares desfavoráveis à Agência, a sentença de mérito superveniente não ratificou a decisão liminar prolatada. Dessa forma, os dados obtidos revelaram um nível de *“deferência às decisões do órgão regulador e a dificuldade de se obter liminares em temas que não são corriqueiros para os juízes de formação e prática generalistas que tratam dessas questões”*.

Por fim, apesar de reconhecer certas limitações dos dados de pesquisas obtidos via Diário Oficial da União e as páginas eletrônicas da Justiça Federal e da metodologia adotada²²⁹, o resultado da pesquisa *“identificou certa deferência do Poder Judiciário à Anatel, constatável especialmente pelo número de decisões que reverteram liminares contrárias à agência”*. Além disso, um dos possíveis motivos apontados para essa postura decorre da *“elevada complexidade técnica dos litígios contra a agência”*. A postura de deferência do Poder Judiciário para com os atos da ANATEL *“não é necessariamente positiva, na medida em que pode ampliar demasiadamente o espaço de discricionariedade da agência”*. Nesse sentido, para os referidos autores, seria mais relevante se o Judiciário, sem substituir a análise de mérito da Agência, *“desenvolvesse uma análise mais profunda de devido processo legal de natureza material, elevando as exigências de justificativas da Anatel para implementar determinada política regulatória”*.

Nesse sentido, podemos destacar algumas decisões proferidas pelo o Superior Tribunal de Justiça no caso da regulação do serviço de telefonia móvel pré-pago, em que é possível verificar que o Tribunal tem prestigiado a interpretação ANATEL, sob o argumento de *“alta complexidade técnica da matéria regulada”* e os efeitos que a decisão poderia ocasionar no segmento regulado.

Com efeito, ao apreciar a insurgência do Ministério Público Federal em sede recurso especial com o objetivo de reformar o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª

²²⁹*“[...] a presente pesquisa tem claras limitações, considerando o foco exclusivo em ações coletivas e o número limitado de ações identificadas. Uma análise mais abrangente deveria avaliar também ações individuais questionando aspectos da política regulatória (policy) e buscar as manifestações das partes, além das decisões judiciais, de forma a construir um banco de dados mais completo e permitir uma análise mais profunda”* (FARACO; PEREIRA NETO; COUTINHO, op. cit.).

Região, que decidiu pela legalidade dos critérios técnicos utilizados pela Anatel para a regulação do serviço de telefonia móvel pré-pago²³⁰, o Superior Tribunal de Justiça adotou uma interpretação mais favorável ao regulamento editado pela Anatel, firmando o entendimento no sentido de que “*é da exclusiva competência das agências reguladoras estabelecer as estruturas tarifárias que melhor se ajustem aos serviços de telefonia oferecidos pelas empresas concessionárias*”.

No caso, a impugnação do Ministério Público Federal estava relacionada ao item 4.6 (e subitens 4.6.1 e 4.6.1.1) da Norma 03/98 da ANATEL, posteriormente substituída pela Resolução nº 316/02, que fixa o prazo de validade para a fruição, pelo usuário, dos créditos da telefonia móvel pré-pago frente à competência estabelecida na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Ao negar provimento ao recurso do Ministério Público Federal, ressaltou o Ministro Relator a impossibilidade de o Judiciário adentrar no mérito do ato regulatório para apreciar os critérios técnicos utilizados, “*sob pena de criar embaraços que podem comprometer a qualidade dos serviços e, até mesmo, inviabilizar a sua prestação*”. No mesmo sentido, o voto proferido pelo Ministro Relator, Herman Benjamin, nos autos AgRg no Recurso Especial nº 1.222.916-PR, adotou o mesmo entendimento de autocontenção, prestigiando a regulação expedida pela Agência²³¹.

Pode-se argumentar que a decisão proferida pelo STJ foi em sede de julgamento de recurso especial, por meio do qual não é possível o reexame de prova, nos termos da Súmula nº 7 do mesmo tribunal. Contudo, verifica-se, também, que a questão discutida no julgamento do recurso de apelação interposto pelo MPF no âmbito do TRF da 4ª Região e pelos fundamentos da sentença de primeiro grau transcritos no acórdão, a discussão girou em torno da análise estática de validade e legalidade da norma editada pela ANATEL frente à legislação de telecomunicações e ao Código de Defesa do Consumidor²³², a partir de um “*viés privatista*”²³³. Não foram questionados, por

²³⁰REsp 806.304/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe 17/12/2008.

²³¹“... independentemente das ponderações a respeito da isonomia feitas pela agravante, a limitação temporal de acordo com o crédito oferecido se coaduna com a sistemática criada pela Anatel, amparada no razoável fundamento de que ‘no momento do estabelecimento de uma chamada (seja ela originada ou recebida pelo usuário do celular pré-pago), a operadora movimenta toda uma estrutura para o fornecimento de seus serviços’ (fl. 499/STJ). O raciocínio é coerente ainda se ponderarmos que “na verdade, nessa modalidade de serviço, o consumidor realiza uma contratação a baixo custo e obtém, em contrapartida, uma prestação que se apresenta limitada. Contudo, as limitações impostas pela ANATEL e pelas prestadoras não se apresentam, como visto, desarrazoadas, nem tampouco oneram excessivamente o usuário. Invadir esse mérito, em Recurso Especial, demanda aprofundar a análise da estrutura de custos da empresa à luz das exigências regulatórias, o que se revela inadequado, persistindo a legitimidade do ato administrativo”.

²³²Conforme o trecho do voto do Relator da Apelação Cível nº 2003.71.13.003940-2/RS, Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz: “no caso dos autos, tenho que a limitação temporal para utilização dos créditos adquiridos pelo consumidor do serviço de telefonia móvel pré-paga não caracteriza a ocorrência de qualquer dos vícios acima apontados. Conforme evidencia o conteúdo da Norma nº 03/98 da Agência Nacional de Telecomunicações, hoje substituída pela Resolução nº 316/02 do mesmo ente, a aquisição de créditos para utilização

exemplo, o procedimento de avaliação e definição da política pública de regulação do serviço de telefonia móvel pré-pago. Ou seja, se houve ampla participação da sociedade, de representantes dos consumidores e do setor regulado; se houve a realização de consulta e audiências públicas; se as decisões da agência foram fundamentadas, transparentes e abertas à discussão de todos os setores envolvidos, as justificativas técnicas utilizadas pela ANATEL para demonstrar as vantagens e desvantagens pela adoção desse modelo de regulação, etc.

Igualmente, na tramitação do Pedido de Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.818/DF, interposto pela Anatel em face do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região no julgamento da Apelação Cível nº 2005.39.00.004354-0/PA²³⁴, que concedeu a tutela antecipada para reativar todos os créditos dos usuários do serviço público, cujo prazo de utilização já tinha expirado, o Presidente do STJ deferiu a liminar para suspender os efeitos do acórdão, acatando a argumentação técnica levantada pela agência no sentido de que a alteração das regras do

do serviço ('cartão') assegura ao usuário o direito à realização de ligações correspondentes ao seu valor e ao recebimento ilimitado de chamadas durante o período de 120 (cento e vinte dias). Além disso, não há pagamento de assinatura mensal para que o consumidor tenha, durante o prazo antes assinalado, seu aparelho celular habilitado e em funcionamento. Assim, afigura-se evidente que a quantia satisfeita pelo usuário na contratação do serviço, além de representar o crédito que pode ser empregado para a efetivação de chamadas para terceiros, remunera os seus custos de disponibilização e de manutenção. Portanto, para resguardar a viabilidade econômica dessa modalidade de telefonia móvel, a fruição dos serviços pelo usuário deveria sofrer algumas restrições, que, na hipótese em exame, são a limitação do número de chamadas ao montante do valor satisfeito na adesão ao sistema e a fixação de prazo máximo de utilização da linha para recebimento de ligações, em caso de não inserção de novos créditos. Desse modo, nos planos pré-pagos de telefonia celular, não é possível vislumbrar a ocorrência de desequilíbrio entre os contratantes que coloque o consumidor em situação desfavorável e que, por consequência, implique violação ao regramento instituído pelo Código de Defesa do Consumidor. Na verdade, nessa modalidade de serviço, o consumidor realiza uma contratação a baixo custo e obtém, em contrapartida, uma prestação que se apresenta limitada. Contudo, as limitações impostas pela ANATEL e pelas prestadoras não se apresentam, como visto, desarrazoadas, nem tampouco oneram excessivamente o usuário (...). Por fim, na medida em que, consoante acima analisado, a regulação fixada pela ANATEL para o serviço pré-pago não implica em violação aos direitos do consumidor ou à propriedade privada, além de viabilizar o desenvolvimento do setor de telecomunicações garantir a livre concorrência entre as prestadoras, tendo que não há qualquer ofensa aos princípios, consagrados no artigo 170 da Constituição Federal, que devem orientar a ordem econômica nacional. Não é possível vislumbrar, portanto, qualquer infração ao ordenamento jurídico pátrio na fixação de prazo para utilização dos créditos adquiridos pelos usuários do serviço de telefonia celular pré-paga”.

²³³Cf. MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ JR., Tercio Sampaio. (Coords.). Direito regulatório e concorrencial no Poder Judiciário. São Paulo: Singular, 2014.

²³⁴O Tribunal Regional Federal da 1ª Região deu provimento ao recurso do Ministério Público Federal, para o fim de anular a regulamentação da ANATEL, que fixem “a perda dos créditos adquiridos após a expiração de determinado lapso temporal ou condicionem a continuidade do serviço à aquisição de novos créditos, constantes dos contratos celebrados entre os usuários do serviço de telefonia móvel celular, na modalidade pré-pago”. A justificativa apresentada pelo Tribunal para anular a regulamentação da Agência baseou-se nos direitos individuais do consumidor/usuário do serviço público de não terem os seus créditos confiscados pelas operadoras de telefonia celular, por entender se tratar de condições abusivas impostas pela fornecedora do serviço com respaldo em ato normativo do ente regulador. Ou seja, o Tribunal adotou um “viés privatista” na análise da questão sob a perspectiva da proteção individual do usuário do serviço público, sem levar em consideração as consequências que a decisão poderia ocasionar na regulação do serviço público de telefonia móvel.

serviço de telefonia móvel pré-pago, causaria sérios prejuízos ao próprio consumidor final (estimado em 212 milhões de usuários), na medida em que tornaria o serviço mais dispendioso²³⁵:

Sem adentrar no mérito, da questão principal, não se pode deixar de destacar que a r. decisão impugnada altera aspectos técnicos específicos da área de atuação da Agência que, certamente, foram previstos para proteger com maior eficácia a integridade das relações atinentes à prestação dos serviços de telefonia, bem como salvaguardar os direitos dos consumidores e dos prestadores do serviço.

Ressalte-se que na área técnica das telecomunicações, especialmente em um país de dimensões continentais como o nosso, com as especificidades geográficas aqui existentes, a atuação administrativa na área regulatória deve ser pautada por rigorosos critérios técnicos e científicos definidores de regras claras atinentes às exigências qualitativas do serviço a ser executado, mas também deve balizar, de forma confiável, a política remuneratória dos prestadores do serviço regulado.

Nesse aspecto, é preciso considerar que qualquer alteração não prevista no sistema normativo do setor de telefonia resultará no desequilíbrio técnico-financeiro da atividade, a evidenciar, sob esse aspecto, a concreta ocorrência de lesão à ordem administrativa e à economia pública, apta a autorizar o deferimento da presente medida.

Pela análise dos fundamentos das decisões proferidas pelo STJ, os dados sugerem que as discussões em torno da validade e da legalidade da regulação do serviço de telefonia móvel pré-pago tem se desenvolvido apenas em torno do ato normativo questionado, sob a perspectiva autônoma da norma em relação ao procedimento administrativo da qual fez parte. Note-se que, ao agir com deferência à política regulatória, o Judiciário tem se omitido em apreciar os aspectos procedimental e participativo dos setores regulados envolvidos, ao contrário do que vem propugnando, por exemplo, os juristas defensores do *judicial deferenceno* que diz respeito ao controle jurisdicional dos atos normativos das agências reguladoras²³⁶.

Ao agir com deferência à política pública o órgão jurisdicional tem se utilizado de argumentos mais pragmáticos, relacionados à alta complexidade técnica e dos riscos sistêmicos que a decisão contrária à regulação poderá ocasionar ao setor econômico regulado. Provavelmente pela falta de expertise dos magistrados em analisar com profundidade aspectos multidisciplinares

²³⁵Segundo o argumento apresentado pela ANATEL: “... a modificação dos critérios de manutenção das linhas pré-pagas fará com que as operadoras sejam obrigadas a manter ativas todas as linhas de celulares, mesmo daqueles telefones que não estejam mais em uso. Esse aumento do número de linhas ativas terá reflexo no custo final da operação dos serviços de telefonia móvel, ante a necessidade de novos equipamentos e inovações tecnológicas que possibilitem a absorção dos novos números aliadas à manutenção das linhas “fantasmas” no mercado”.

²³⁶Para Daniel WeiLiang Wang, Juliana Bonacorsi de Palma, Daniel Gama Colombo: “Isso leva a reflexões mais profundas sobre o valor do processo administrativo na formação da convicção do juiz. Na qualidade de arena de diálogo entre as partes interessadas na regulação e como instrumento de formação racional da decisão, o processo administrativo parece não ser considerado pelos tribunais quando da análise dos atos regulatórios, em especial os de natureza normativa, resumindo a atuação regulatória no momento do ato (oneshot). Critérios aventados na jurisprudência norte-americana e na recente doutrina brasileira sobre a deferência aos atos regulatórios elaborados com ampla participação administrativa, por meio de audiências e consultas públicas, ainda não chegaram ao Judiciário” (WANG; DE PALMA; COLOMBO, op. cit., p. 312/313).

relacionados à engenharia de telecomunicações e economia²³⁷. Ademais, verificou-se, também, que as tradicionais clássicas de controle da discricionariedade administrativa passaram ao largo do debate judicial no caso ora mencionado, evidenciando, portanto, a insuficiência de tais teorias para lidar com a complexidade do fenômeno regulatório.

3.5 Análise crítica

A realidade da atividade das agências reguladoras pôs em cheque vários conceitos tradicionais do direito administrativo, baseados na concepção antagônica entre direito público e direito privado, impondo, por conseguinte, novos desafios ao Judiciário. O novo papel assumido pelo Estado na função de ente regulador da Economia previsto na Constituição Federal de 1988, cujo desenho institucional ganhou corpo a partir das reformas administrativas realizadas na década de 1990, custou a ser compreendido pelos teóricos do direito administrativo.

A má compreensão em torno do novo formato institucional conferido às agências reguladoras, segundo Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, Paulo Furquim de Azevedo e Tercio Sampaio Ferraz Jr., decorre da insuficiência do instrumental teórico desenvolvido, que enxerga a relação entre agência reguladora e o setor regulado nos quadros tradicionais do Direito Administrativo. Com efeito, ao se deparar com a intervenção do Estado na esfera privada, a doutrina

[...] ora oscila entre o uso instrumental de atos vinculados e discricionariedade técnica, ora dá preferência a soluções privatistas mesmo se tratando de bens e ativos consistentes em infraestrutura essencial, de interesse coletivo, como se fossem ativos privados, em detrimento de julgamento capaz de sopesar as questões à luz de uma ordem jurídica que lida com políticas regulatórias setoriais, cujas diretrizes estão em resoluções setorialmente técnicas, mas se encontram em leis e decretos, estando aí a necessidade de conciliar a tradicional supremacia dos interesses públicos do Estado sobre interesses privados com os interesses difusos da sociedade²³⁸.

As agências reguladoras são vistas “*como expressão do interesse público*”, identificado com o “*interesse do Estado na condução de suas próprias atividades*”, ignorando o aspecto que a regulação busca a realização de interesses difusos, distanciando-se, dessa forma, do aparato estatal

²³⁷ Carlos BastideHorbach assinala que “*há um evidente movimento de autolimitação dos tribunais*” no controle jurisdicional nas questões políticas e em matéria de política pública, “*motivada acima de tudo pelo bom funcionamento dos arranjos institucionais*”, devendo ser avaliado se os poderes tem atuado dentro ordem jurídico-institucional de forma adequada com uma forma de autocontenção do órgão jurisdicional. Dessa forma, a soluções jurídicas apresentadas tem se pautadas mais em teorias pragmáticas do que teóricas, “*voltadas à harmonia entre os poderes*”(HORBACH, Carlos Bastide. *Controle judicial da atividade política: as questões políticas e os atos de governo*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 46, n. 182, abr./jun. 2009. p. 16).

²³⁸MARANHÃO; AZEVEDO; FERRAZ JR; op. cit., p. 241.

clássico, cuja atuação passa a ser de forma mais mediada e consensual. Nesse sentido, o postulado da supremacia do interesse público é questionado, na medida em que são ignorados os diferentes interesses e pontos de vistas existentes em uma sociedade pluralista, que refletem na atuação estatal e na definição das políticas públicas, como se fosse possível definir com precisão a existência de “*um interesse público homogêneo*”²³⁹.

Os estudiosos de teoria do direito têm apontado a insuficiência das teorias dogmáticas para lidar com casos práticos para o qual o direito se propõe. Marcus Faro de Castro enfatiza que as teorias e os conceitos abstratos, amplamente utilizados na teoria do direito, tem se mostrado “*completamente inadequados ou insuficientes como apoios intelectuais capazes de conduzir à superação de conflitos práticos*”²⁴⁰.

Com efeito, o ensino do direito administrativo nas suas obras de referência é prática comum²⁴¹ a utilização das técnicas próprias desenvolvidas pelas teorias dogmáticas, com o objetivo de conferir o caráter científico e autônomo de um determinado ramo do direito, por meio da definição de seus conceitos, natureza ou a essência de determinado instituto jurídico, com base em narrativas históricas para justificar o seu surgimento, inculcando uma ideia libertadora no surgimento de determinada disciplina do direito como instrumento de proteção do cidadão e da humanidade²⁴², que, por outro lado, dificulta a compreensão da realidade e a resolução de problemas práticos²⁴³.

²³⁹ WANG; DE PALMA; COLOMBO, op. cit., p. 306.

²⁴⁰ CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 14.

²⁴¹ Destaca Carlos Ari Sundfeld que “*entender o direito administrativo é entender o modo de pensar e agir dos profissionais que a ele se dedicam. Eles são a definição prática do direito administrativo. Por isso, é para eles – para suas idéias, sua linguagem, suas estratégias, seus argumentos – que devemos olhar, mais que para sistemas conceituais abstratos construídos pela ciência do direito*” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014.p. 44).

²⁴² Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, afirma que o direito administrativo surge com o nascimento do “*estado de direito*”, pelo fato de ser o “*Direito que regula o comportamento da Administração*” e de sua relação com os administrados. As “*bases ideológicas*” desta disciplina estão assentadas no ideal de liberdade e de soberania popular (por influência de Rousseau) e da ideia de tripartição de poderes de Montesquieu. O autor rejeita a visão de que o direito administrativo foi concebido para regular “*os poderes*” do Estado frente aos seus cidadãos, cujos defensores desta favoreceram, ainda que involuntariamente, “*uma concepção autoritária do Direito Administrativo*”, deixando de sublinhar os deveres do Estado para com os administrados. Dessa forma, esse ramo do direito não foi criado “*para subjugar os interesses ou os direitos do cidadão ao Estado*”, mas para representar, “*por excelência, o Direito defensivo do cidadão*”. Por tal motivo, o direito administrativo representa “*um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder*” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 40/42).

²⁴³ Nesse sentido, assinala Marcus Faro de Castro: “*o mais comum, no ensino jurídico brasileiro, até hoje, é apresentar uma imagem do direito como um conjunto de conceitos descontextualizados, que passaram a existir desde a Antiguidade, no mundo ocidental (tido como o mundo civilizado), e evoluíram em uma ‘sucessão de formas’ até o presente, para o bem da humanidade – conseqüentemente, para o bem do povo brasileiro. É comum, também, que se despejem sobre o estudante, os advogados e juizes, inúmeras ‘teorias gerais’, mediante as quais os juristas convencionais procuram dar coerência interna a muitas ideias sobre cujas conseqüências (efetivos impactos sobre a*

Os juristas brasileiros, por influência do direito europeu continental, absorveram a “cultura jurídica ‘conceitualista’”²⁴⁴, que procura entender o direito a partir de conceitos prontos fornecidos pela dogmática jurídica, e, a partir daí, procurar respostas únicas para os problemas do dia a dia, de modo a identificar a essência e a natureza jurídica de cada situação concreta.

Carlos Santiago Nino assinala que os aspectos metodológicos da concepção conceitualista têm origem no movimento de codificação adotado pelos juristas racionalistas no século XIX, influenciados pela ideia do mito do legislador racional. O que caracteriza estas teorias é o fato de se “apresentarem como descritivas de algum aspecto importante da realidade social ou do status ontológico de alguma intuição ou conceito”, como “se sua aceitação ou rejeição dependesse de sua verdade ou falsidade empírica ou transcendente”. A busca pela caracterização da natureza jurídica de determinado instituto “serve para encobrir a extensão analógica das normas do sistema, o que implicaria modificar o seu alcance”. Por outro lado, esta metodologia tem por objetivo mostrar que existe uma verdadeira “essência comum às situações expressamente previstas pelo legislador e os novos casos que vão se apresentando”, de modo a conferir status de ciência ao direito e “conferir um caráter universalmente válido a suas proposições, muito além dos devaneios dos legisladores”, induzindo a “a elevação das ‘partes gerais’ à condição do núcleo da ciência jurídica”²⁴⁵.

Contudo, a utilização desta metodologia dogmática, como forma de alcançar a essência das coisas ou a natureza jurídica de um determinado instituto do direito administrativo - como é o caso da teoria da discricionariedade administrativa -, tem gerado questionamentos, na medida em que não são levados ao debate público as possíveis consequências das soluções jurídicas apresentadas de ordem social, econômica e política, tampouco as questões valorativas e ideológicas que estão por trás das discussões doutrinárias²⁴⁶. Pelos dados obtidos das pesquisas empíricas

sociedade) pouco é indagado, porque não é pesquisado. Dada a cultura conceitualista, a ‘coerência interna’, um construto puramente formal, confere a falsa aparência de legitimidade à doutrina autorreferenciada. Assim, além da ‘teoria geral do direito’, existem as teorias gerais do ‘direito público’, do ‘direito privado’, das ‘obrigações’, dos ‘contratos’, do ‘processo’, da ‘prova’, do ‘Estado’, do ‘direito tributário’, do ‘direito do trabalho’, da ‘regulação’, dos ‘direitos fundamentais’ – enfim, uma teoria geral para cada gosto, para cada necessidade de justificação. Finalmente, há também invocações ontológicas dos ‘institutos jurídicos’ e da ‘natureza jurídica’ referentes a todos os segmentos da vida social traçados pela visão jurídica” (CASTRO, op. cit., p. 219).

²⁴⁴ Ibidem, p. 218.

²⁴⁵ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 396/397.

²⁴⁶ “A descrição que a dogmática jurídica faz do direito não constitui, em geral, uma reprodução fiel de seu objeto de estudo, visto que não costuma evidenciar com clareza as diferentes alternativas que podem ser apresentadas na interpretação das normas jurídicas (tendendo-se a apresentar uma delas como a única interpretação possível) e se apresenta como parte do sistema jurídico que descreve certos princípios, distinções conceituais, teorias etc., que são, na realidade, o produto da elaboração da própria dogmática. Por outro lado, a tarefa de reconstrução do sistema também é insatisfatória, já que, ao não ser apresentada como tal, mas como descrição do que está implícito no sistema positivo, os princípios valorativos em que se baseiam as soluções originais propostas pela dogmática não são

mencionadas no presente trabalho, não é exagero afirmar que as construções teóricas desenvolvidas em torno da discricionariedade administrativa não têm servido como referencial seguro para a solução de casos práticos em matéria de regulação.

Como destacado, as principais construções doutrinárias sobre a discricionariedade administrativa desenvolvidas no Brasil, sofreram forte influência das doutrinas européias, principalmente as desenvolvidas na Alemanha, como as que tratam dos “*conceitos jurídicos indeterminados*”, da “*margem de livre apreciação*”, da “*discricionariedade técnica*” e da “*redução da discricionariedade a zero*”. Todavia, adverte Andreas J. Krell estas teorias já não são mais utilizadas naquele país, por serem consideradas superadas, tendo em vista a impossibilidade prática de se obter uma única resposta correta facilmente perceptível pelo julgador por meio da revisão judicial, muito embora grande parte dos juristas brasileiros não tenham se atentado sobre este fato:

Deve ser considerada ultrapassada a teoria segundo o qual a interpretação de normas jurídicas se opera através de um processo exclusivamente ‘intelectivo’ e que somente pode haver uma solução correta plenamente controlável pelos tribunais, como tem pregado a mais antiga doutrina germânica administrativista. Na zona de incerteza de muitos conceitos, a cognição não aparece ser apenas difícil, mas simplesmente impossível. Härbele, criticou, já em 1970, a concepção demasiadamente estreita de interpretação e a ideia da possibilidade de apenas ‘uma solução correta’, que reinavam naquela época na doutrina e jurisprudência da Alemanha sobre o controle dos conceitos indeterminados nas leis administrativas²⁴⁷.

Ressalta, ainda, Andreas J. Krell que a teoria da discricionariedade técnica desconsidera que a liberdade de escolha do administrador não ocorre apenas na subsunção dos fatos concretos ao comando do texto legal, mas também no que diz respeito ao próprio ato de interpretação da norma, cuja diferenciação, na prática, também tem se mostrado bastante complicada:

Boa parte da doutrina e dominante e da jurisprudência que aceita – como vimos – certos espaços de livre apreciação da Administração quer limitar essa liberdade para o ato de subsunção dos fatos concretos do texto legal, mas insistem recusar a ideia de que ela possa existir também em relação ao próprio ato de interpretação da norma. Na prática, essa diferenciação é complicada, já que o conteúdo pouco definido dos conceitos indeterminados faz com que a sua concretização somente aconteça mediante aplicação ou não aplicação do caso individual. [...]Larenz mostrou que é extremamente problemático qualificar – no âmbito do clássico silogismo jurídico – a

articulados. Isso determina, em primeiro lugar, que não haja uma discussão exaustiva e aberta sobre a justificação desses princípios, e, em segundo lugar, que não haja uma tentativa séria de formular um sistema coerente dos princípios que estão por trás das soluções propostas pela dogmática para reconstruir o sistema” (NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 400).

²⁴⁷ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. p. 60.

formação da premissa menor somente como subsunção, visto que ‘com isso, se oblitera a participação decisiva do acto de julgar’. Por isso, pode-se afirmar que a aplicação e a interpretação da lei se superpõe e, na verdade, acontecem em uma só operação. Quem concede à Administração uma margem de livre apreciação somente na parte da subsunção dos fatos, mas nega este espaço de avaliação própria no âmbito da interpretação da norma separa coisas que em sua estrutura formam uma unidade e acaba por limitar cada vez mais o espaço livre que se pretende atribuir à área da subsunção²⁴⁸.

Com efeito, na Alemanha verificou-se uma “*evolução cíclica*” ou até mesmo um “*debate sobre a discricionariedade administrativa, seus vícios e seu controle judicial*”, tendo a dogmática germânica chegado a um momento de autocrítica, em razão de que a discussão tornou-se “*demasiadamente sofisticada por trabalhar com diferenciações exageradas e até supérfluas, as quais nem sequer podem ser explicadas sem maiores dificuldade aos juristas de outros países*”. Atualmente, na discussão sobre os limites do controle judicial dos atos administrativos discricionários, assinala Andreas J. Krell que o “*enfoque jurídico-funcional*” vem ganhando corpo no seio da doutrina e jurisprudência alemãs, cuja teoria parte da ideia de que o conceito clássico do princípio da separação dos poderes deve ser compreendido hoje sob o aspecto funcional da competência dos órgãos estatais, “*como princípio de divisão de funções*”, sendo relevante avaliar a idoneidade do órgão por meio de sua estrutura orgânica, legitimação democrática e os meios e procedimentos utilizados para a edição dos atos administrativos, sendo um parâmetro “*funcionalmente adequado*” para medir a intensidade do controle jurisdicional, sobretudo quando se tratar de matérias técnicas bem complexas. Dessa forma, a realização da revisão judicial dos atos da administração “*pelos tribunais somente deve ir até onde se possa esperar da decisão judicial uma ‘qualidade material pelo menos igual’ à da decisão administrativa que se pretende corrigir*”²⁴⁹.

Assim, a doutrina e a jurisprudência alemãs têm trilhado um caminho mais pragmático para realizar o controle dos atos discricionários, prestigiando a especialização funcional e o grau de confiança depositado no órgão regulador, devido ao grau de maturação de seus procedimentos para

²⁴⁸KRELL, op. cit., p. 62.

²⁴⁹Op. cit., p. 63/64. Vale registrar que o pensamento de Andreas J. Krell tem como objeto de estudo a questão da competência normativa dos órgãos ambientais para a emissão licenças ambientais e o respectivo grau de discricionariedade do administrador para emissão dos atos de licenciamento. Embora seja um defensor da teoria da limitação do controle jurisdicional a partir do enfoque “*jurídico-funcional*”, o autor recomenda cautela na plena aplicabilidade desta doutrina aqui no Brasil em questões ambientais, advertindo que o “*espaço de autonomia em relação a outros poderes (especialmente o Judiciário) deve diminuir na medida em que as repartições sofrem com a falta de autonomia e de independência política na tomada de suas decisões, o que acontece em relação a grande parte dos órgãos ambientais estaduais e municipais no Brasil*”.

a edição de seus atos, de modo a propiciar a ampla participação de todos os interessados na formulação das políticas públicas, sendo, portanto, um parâmetro adequado para medir a densidade do controle jurisdicional.

Nesse contexto, a utilização da teoria dos diálogos institucionais, de cunho minimalista, pode se mostrar um referencial teórico bastante útil para compreender o fenômeno da regulação e orientar a atuação do órgão jurisdicional na atividade de controle da atividade normativa das agências reguladoras, a partir de uma autocontenção do alcance da revisão judicial, em sentido oposto como pregava a teoria tradicional do controle da discricionariedade administrativa, de modo a preservar a capacidade institucional do ente regulador.

Não se está aqui a ignorar as hipóteses em que o processo de deliberação da política regulatória possa estar contaminado, seja por vícios na condução do processo administrativo, seja em razão, por exemplo, do fenômeno da captura ou algo parecido, em que a regulação é feita para atender os interesses particularistas de uma determinada facção ou grupo de pressão, de modo a prejudicar o interesse da coletividade. Nesta hipótese, é indubitável que o acesso ao judiciário terá importância fundamental para coibir o ímpeto da agência reguladora. Todavia, para identificar essas falhas impõe que sejam discutidas no âmbito do processo judicial questões de alta complexidade de modo a comprovar eventuais vícios na condução do processo administrativo.

A prolação de uma decisão judicial que venha substituir a política regulatória recai sob o julgador um ônus argumentativo bastante complexo e delicado, assumindo, por conseguinte, o ônus político da própria autoridade reguladora²⁵⁰. Como podemos observar no caso da telefonia móvel pré-pago, o Judiciário não se sentiu confortável em rever a decisão da ANATEL, considerando as consequências sistêmicas que poderia ocasionar na regulação desse serviço

²⁵⁰ Nesse ponto, tem-se criticado, também, o uso exagerado de princípios e da técnica de ponderação na solução de casos pelo Judiciário, considerando a fragilidade na argumentação para avaliação de políticas públicas De regulação. Para Carlos Ari Sunfeld: *“elaborar e enunciar com clareza e precisão a regra que, a partir dos princípios, entendem dever ser utilizada em juízo para resolver os casos concretos, do mesmo modo que o regulador faz regulamentos, com suas especificações, antes de sair tomando atitudes caso a caso. Estudar com profundidade a realidade em que vão mexer, entender as características e razões da regulação anterior, identificar as alternativas regulatórias existentes, antever os possíveis custos e os impactos, positivos e negativos, em todos os seus aspectos, da nova regulação judicial que se cogita instituir, comparar as características da regulação existente e da cogitada. Tudo isso tem de aparecer na motivação da decisão judicial. Em suma, é preciso que o Judiciário, transformado em regulador, comporte-se como tal, com todos os ônus que isso envolve. De contrário teremos decisões puramente arbitrárias, construídas de modo voluntarista, gerando uma jurisprudência capaz de flutuar ao saber das intuições e dos azares – em resumo: pura feitiçaria”* (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 228/229). Daniel WeiLiang Wang, Juliana Bonacorsi de Palma e Daniel Gama Colombo também constataram esse problema na análise empírica da pesquisa desenvolvida: *“o que chama atenção é que nem sempre a análise por meio de princípios ou pelo uso da proporcionalidade e da razoabilidade é feita com melhor desenvolvimento da argumentação. Dizer que um ato deve ser revisto porque desrespeita a livre-iniciativa ou, contrariamente, deve ser mantido porque respeita esses princípios, implica um ônus argumentativo muito maior do que aquele assumido na maioria das decisões”* (WANG, DE PALMA, COLOMBO, op. cit., p. 304).

público, de modo onerar a sua prestação. Além disso, aspectos importantes relacionados à formação do processo de definição da política regulatória não tem sido objeto de investigação no âmbito do processo judicial, salvo em raras situações em que há provocação da parte interessada, ocasião em que a intervenção jurisdicional pode resultar em benefícios para a transparência da política regulatória²⁵¹.

De outro lado, tem-se criticado a judicialização excessiva de questões importantes em matéria de políticas públicas ao tornar o poder judiciário como a instituição legítima para dar a última palavra sobre a legalidade e/ou a constitucionalidade de determina política, privando que a sociedade, no âmbito de outras instituições, tenham a capacidade de participar e pautar a agenda no processo de formulação destas políticas e contribuir para o processo de maturação e desenvolvimento das instituições no País. Além disso, o monopólio na interpretação do texto constitucional pelo judiciário não compreende que “o processo de interpretação e efetivação da Constituição é um processo político cujo resultado não está predeterminado pelo texto mesmo”²⁵².

Na produção jurídica nacional parte da doutrina tem sustentado que os juízes e os tribunais devem prestigiar as escolhas legítimas feitas pelo administrador, devendo ter deferência com o seu exercício razoável de interpretação dos conceitos contidos na norma legal, seja por razões relacionadas à legitimidade democrática, seja em atenção às capacidades institucionais do órgão regulador e as limitações técnicas do órgão jurisdicional de prever e administrar os efeitos sistêmicos das decisões proferidas em demandas individuais.

É questionada, também, a visão dominante na cultura jurídica brasileira, segundo a qual o Poder Judiciário seria o intérprete autêntico das leis e da Constituição, que “despreza a

²⁵¹Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, Paulo Furquim de Azevedo e Tercio Sampaio Ferraz Jr. citam o caso *Blackhaul*(substituição das metas de universalização em telecomunicações e *VU-M* (preço de interconexão às redes de telefonia móvel) como exemplos bem sucedidos de controle jurisdicional dos atos praticados pela Anatel: “os casos evidenciam a importância do controle da fundamentação dos atos das agências reguladoras, sejam os atos normativos, sejam os atos de adjudicação. Em ambos é perceptível o controle de mérito sem que o Judiciário se imiscuisse em matéria discricionária da agência. São exemplos claros de controle de racionalidade e coerência da fundamentação apresentada pela própria agência, seja para determinada ação, seja para sua inação” (MARANHÃO, AZEVEDO, FERRAZ JR., op. cit., p. 228/239).

²⁵²“No Brasil, o momento é de redesenho das instituições em todos os níveis, desde a abertura do Executivo para a participação popular direta por meio de conselhos variados, conferências nacionais e agências reguladoras, até a mudança de função do Poder Judiciário, cada vez mais ativo na arena política pela escolha entre as várias alternativas técnico-jurídicas definidas em função do material normativo e do contexto de cada decisão. Nesse contexto, definir a priori a dinâmica institucional em termos normativos a partir de uma concepção modelar da separação de poderes antes bloqueia a compreensão e mesmo a possibilidade de que a sociedade se aproprie de instituições em construção e mutação. E acaba por obscurecer tanto o lugar e a função efetivos do Poder Judiciário, do Poder Executivo e do Poder Legislativo, como encobre as possibilidades institucionais concretas presentes no momento atual” (NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Judicialização da política”: déficits explicativos e bloqueios normativistas. *Novos Estudos - CEBRAP*, ano 2011. n. 91. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002011000300001>, acesso em 10fev. 2015).

possibilidade que sejam travados construtivos diálogos interinstitucionais para a definição da melhor interpretação” das normas regulatórias²⁵³. Não se trata, sob essa perspectiva, segundo Marcos Paulo Veríssimo, de uma diminuição da importância e relevância do Poder Judiciário dentro da ordem política, mas o reconhecimento de que, a despeito de sua autoridade decisória, ocorrerão situações concretas em que o poder judiciário não estará “*institucionalmente aparelhado a avançar em profundidade em sua atividade de revisão, especialmente no que se refere à substituição da norma administrativa por uma de sua própria lavra*”²⁵⁴.

Além disso, entende-se necessário analisar a política pública de regulação sob o aspecto coletivo²⁵⁵ e consequencialista²⁵⁶, pois têm por objetivo satisfazer, na medida do possível, os interesses de todos os setores afetados pela regulação; ao passo que a demanda judicial,

²⁵³ Daniel Sarmento, embora defensor de um determinado “*ativismo judicial*” e por entender uma maior capacidade do judiciário para a “*tutela dos direitos fundamentais, a proteção das minorias e as garantias do funcionamento da própria democracia*”, em virtude “*do arranjo institucional desenhado pela Carta Constitucional de 1988 e da série crise de representatividade do Poder Legislativo*”, reconhece que, “*em respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do direito – como economia, políticas públicas e regulação. Nestes casos, deve-se reconhecer que outros órgãos do Estado mais habilitado para assumir uma posição de protagonismo na implementação da vontade constitucional. Nessa linha, vejo com reticências a sedimentação, na nossa cultura jurídica, da visão de que o grande da Constituição seria o Poder Judiciário*” (SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil*. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*, São Paulo: RT, 2009. p. 38/40).

²⁵⁴ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras*. In ARAGÃO, Alexandre Santos (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 301.

²⁵⁵ “*A noção de política pública implica necessariamente em pensar a ação governamental na escala coletiva. Distintamente do processo judicial, em que as decisões são, no mais das vezes, proferidas em chave individual, ou seja, elas aparecem como um problema de um indivíduo, em realidade são decisões que têm impacto em uma coletividade destinatária de políticas públicas financiadas por recursos orçamentários, coletivos, portanto. A escala é, assim, uma variável que distingue as lógicas do Judiciário, do legislativo, e do Executivo. Os dois últimos funcionam na escala coletiva e o primeiro, via de regra, na escala individual*” (FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, Renato. *Estudos jurídicos críticos (CLS) e coerência das decisões*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 44, n. 75, jul./set. 2007, p. 23).

²⁵⁶ “*A primeira e maior dessas dificuldades é o limite que se impõe – do ponto de vista prático – à investigação empírica do agente que aplica e interpreta o direito em cada caso concreto. Com efeito, o que boa parte da literatura que trata o direito como forma de implementação de políticas públicas ignora é que a composição de qualquer lide no bojo de um processo, administrativo ou judicial, impõe limites à extensão da inquirição no campo dos fatos. E são inúmeros os exemplos. O juiz que decide determinar ao Estado que custeie o tratamento de um paciente nem sempre (para desespero dos economistas) leva em consideração de onde vêm os recursos para fazer frente ao tratamento. O juiz que concede uma concordata suspensiva não sabe o impacto na situação financeira dos credores da moratória concedida como favor legal ao devedor. O tribunal que limita o reajuste de preços em determinada carteira de seguros-saúde nem sempre sabe o que ocorrerá com os segurados de outras carteiras, como resultado de sua decisão. E mesmo que o juiz ou o operador do direito tenham acesso a todas essas informações, nem sempre eles podem considerar fatores relacionados a terceiros na decisão que tomam no âmbito da lide composta por autor e réu*” (GOLDBERG, Daniel K. *O controle das políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito*. In: SALGADO, Lucia Helena e DA MOTTA, Ronaldo Seroa. *Regulação e concorrência no Brasil: Governança, Incentivos e Eficiência*, Rio de Janeiro: Ipea, 2007. p. 71. Disponível em: <http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq07_Cap03_20.pdf>. Acesso em: 20 set. 2015).

normalmente voltada para a satisfação de interesses individuais, visa solucionar a lide concreta daquele que teve o seu pretensão direito lesado, sob a perspectiva individual, ainda que veiculada em sede de demanda coletiva. Desse modo, eventual decisão contrária à política pública de regulação poderá causar mais prejuízos do que benefícios ao setor econômico regulado e ao próprio cidadão usuário dos serviços públicos, como ficou evidenciado no caso da judicialização da regulamentação do serviço público de telefonia móvel pré-pago realizado pela Anatel.

Portanto, em matéria de controle jurisdicional relacionado aos atos editados pelas agências reguladoras observa-se que os tribunais tem se pautado mais por critérios de cunho pragmático²⁵⁷ do que de cunho essencialista - como pregam as teorias tradicionais que tratam da discricionariedade administrativa -, agindo, na maioria das vezes, com deferência às escolhas realizadas pelos entes reguladores.

²⁵⁷Carlos BastideHorbach assinala que *“há um evidente movimento de autolimitação dos tribunais”* no controle jurisdicional nas questões políticas e em matéria de política pública, *“motivada acima de tudo pelo bom funcionamento dos arranjos institucionais”*, devendo ser avaliado se os poderes tem atuado dentro ordem jurídico-institucional de forma adequada com uma forma de autocontenção do órgão jurisdicional. Dessa forma, a soluções jurídicas apresentadas tem se pautadas mais em teorias pragmáticas do que teóricas, *“voltadas à harmonia entre os poderes”*(HORBACH, Carlos Bastide. *Controle judicial da atividade política: as questões políticas e os atos de governo*, Revista de Informação Legislativa, Brasília, V. 46, n. 182, abr./jun. 2009, p. 16).

Conclusão

Ao final do presente trabalho, cabe avaliar se é possível confirmar a hipótese levantada no seu início. Ou seja, se as teorias tradicionais que tratam do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, notadamente as teorias da discricionariedade técnica e do conceito jurídico indeterminado, têm servido como referencial teórico consistente para decidir sobre questões relacionadas à produção normativa das agências reguladoras, responsáveis pela regulação de diversos setores econômicos.

A conclusão a que se chegou, confirma a hipótese inicial, sugerindo que o Poder Judiciário não tem se socorrido, na maioria dos casos, das teorias tradicionais que tratam do controle jurisdicional da discricionariedade para decidir sobre questões técnicas e complexas relacionadas à atividade regulatória das agências reguladoras. Assim, construções teóricas desenvolvidas em torno da discricionariedade técnica e dos conceitos jurídicos indeterminados, por exemplo, não têm servido como fundamento relevante para a deliberação de questões de tal natureza.

Para a conclusão da hipótese do presente trabalho, entendeu-se pertinente percorrer o seguinte itinerário para a sua confirmação.

No capítulo primeiro, procurou-se destacar as mudanças ocorridas no Estado brasileiro nas últimas duas décadas por força do processo de reforma da gestão pública, realizadas a partir do Plano Diretor de Reforma do Estado, de 1995, que introduziu o novo modelo de agência autônoma ou independente, com o objetivo de tornar a função regulatória estatal mais transparente e responsável (*accountable*), permitindo a criação de um novo ambiente de interação entre o Estado e a iniciativa privada, de modo a assegurar investimentos e a concorrência em setores outrora estatizados e monopolizados, bem como modernizar a gestão pública.

O surgimento das agências reguladoras causou certa perplexidade em parcela da doutrina no âmbito do direito administrativo nacional, ainda calcada na visão antagonista entre o interesse público e o interesse privado, ignorando transformações importantes ocorridas nos Estados modernos, seja no plano internacional, por influência da globalização, seja no plano interno, que resultaram na reforma do aparato estatal, que remodelou a atuação dos órgãos estatais frente ao particular.

A análise comparativa do modelo de agências e a forma como a revisão judicial é feita nos Estados Unidos mostrou-se bastante útil para a verificação da realidade institucional brasileira,

tendo em vista que o direito anglo-saxão teve significativa influência no processo de criação das agências reguladoras no País. A despeito de se tratarem de realidades políticas, econômicas e sociais distintas, como se destacou no presente trabalho, ainda assim é possível se inspirar em um redesenho na atuação institucional das agências e do Poder Judiciário a partir da experiência norte-americana.

Na segunda parte, fez-se referência à teoria dos diálogos institucionais desenvolvida nos Estados Unidos, com destaque à proposta da “*virada institucional*” de Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule, de cunho pragmático, com o objetivo de trazer um novo enfoque sobre a revisão judicial dos atos produzidos pelas agências reguladoras. A referida teoria defende uma postura de autocontenção do Poder Judiciário em revisar os atos das agências, de maneira que os tribunais devem agir com deferência às escolhas técnicas e políticas do órgão regulador, em respeito à sua especialização funcional e aos riscos que eventual decisão contrária à política regulatória adotada poderá ocasionar nos segmentos públicos e privados.

Pela sua importância, destacou-se o precedente *Chevron* proferido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, de 1984, que conferiu um maior prestígio às políticas públicas conduzidas pelas agências daquele país, assegurando, dentre outros aspectos, a necessidade de o Judiciário agir com deferência às escolhas técnicas e políticas do ente regulador quando estiverem de acordo com a delegação legislativa do Congresso, de sorte que o Juiz não imponha suas preferências pessoais ou subjetivas em detrimento da política questionada pelo fato de não concordar com os seus termos. Somente quando a autoridade regulatória extrapolar os limites da delegação legislativa é que o Poder Judiciário poderá corrigir a política questionada. No entanto, se a delegação é omissa ou ambígua sobre os limites da regulação, o Tribunal só poderá corrigir a decisão administrativa se ela se mostrar absurda ou irrazoável.

As teorias consideradas perfeccionistas na interpretação do direito tem se preocupado mais em encontrar uma resposta ideal sobre como um juiz perfeito decidiria a causa, do que avaliar como deveriam as instituições interpretar o texto legal dentro de um complexo sistema de regulação e formulação de políticas públicas, considerando suas capacidades e limitações. Nesse sentido, a interpretação do direito, sem considerar as capacidades institucionais dos Poderes Executivo e Legislativo e os riscos sistêmicos, será míope, de modo que questões práticas não poderão ser adequadamente resolvidas.

A estratégia formalista proposta pelos autores americanos possui, nesse aspecto, preocupações de ordem consequencialista, na medida em que os Juízes, ao aderirem ao sentido

superficial da norma sem querer moldá-lo às suas preferências ou ao seu senso pessoal de justiça, produzirá melhores consequências para o sistema, dando-lhe coerência. Por outro lado, defendem os autores que, diferentemente da interpretação a ser exercida pelo Judiciário, as agências possuiriam maior liberdade na interpretação da delegação do Congresso para o exercício da sua competência, podendo utilizar de diversos métodos para interpretá-lo. Pode-se dizer que a questão da interpretação do conceito de fonte estacionária (*stationarysource*) no precedente *Chevron* reconheceu a autonomia da agência ambiental americana para adequar o seu conceito de acordo com os conhecimentos existentes na época da sua regulamentação.

Ademais, mostrou-se pertinente tecer algumas considerações sobre a dinâmica da relação institucional das agências reguladoras no Brasil com o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas da União, para uma melhor compreensão da forma que a autonomia do ente regulador é moldada e configurada na prática. Além disso, a forma pela qual as decisões regulatórias são apreciadas nesses diversos canais institucionais ajuda a compreender a dinâmica dos diversos mecanismos de interação entre os Poderes e aponta soluções para o aprimoramento da atuação das agências.

Por fim, na última parte do trabalho, procurou-se fazer um levantamento da doutrina sobre as teorias que tratam do controle jurisdicional dos atos administrativos para saber o estado da arte, em que é possível deduzir que parte dos juristas ainda tem se preocupado em analisar o problema da revisão judicial dos atos das agências reguladoras meramente sob o enfoque das teorias tradicionais que tratam do controle da discricionariedade administrativa. Por influência da teoria europeia continental, especialmente da Alemanha, questionamentos em torno da discricionariedade técnica e dos conceitos jurídicos indeterminados permanecem influenciando parcela da doutrina nacional.

Um aspecto comum observado na construção doutrinária se refere à concepção de desconfiança do ente público na promoção do interesse público, por meio de uma construção perfeccionista e sofisticada para justificar o protagonismo do Poder Judiciário em dizer a última palavra sobre a legalidade do ato discricionário, sobretudo para aferir se a escolha administrativa atingiu “*perfeitamente a finalidade legal*” ou adotou a “*melhor solução*” no exercício da competência discricionária. Parte-se da ideia de que é possível o Juiz obter uma resposta homogênea sobre o conceito de interesse público, ignorando-se aspectos complexos para a obtenção de consenso no espaço público. Assim, evidencia-se que a questão da capacidade institucional da administração, em especial das agências reguladoras, não tem tido a devida atenção por parte da doutrina.

Em seguida, após a análise da pesquisa desenvolvida por Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, Paulo Furquim de Azevedo e Tercio Sampaio Ferraz Jr.²⁵⁸, verificou-se que os juízes e os tribunais brasileiros normalmente têm agido – em torno de 84% (oitenta e quatro por cento) com deferência às decisões administrativas das agências reguladoras, sob o argumento de prestigiar a capacidade institucional do ente regulador, adotando decisões de cunho mais pragmático. No mesmo sentido, com base na pesquisa empírica realizada por Daniel WeiLiang Wang, Juliana Bonacorsi de Palma e Daniel Colombo Gama²⁵⁹, pode-se observar que é baixa a utilização das teorias tradicionais que tratam do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, como o desvio de finalidade, discricionariedade técnica ou conceito jurídico indeterminado, para a fundamentação das decisões judiciais, seja para confirmar ou revisar os atos discricionários das agências reguladoras. Questões relacionadas à formação do processo administrativo para a elaboração da política regulatória normalmente não são objeto de questionamentos na demanda judicial, sobretudo em sede de ações coletivas, como ficou evidenciado no caso da judicialização em matéria de telecomunicações.

Os dados sugerem, portanto, que o Juiz não tem se sentido muito confortável em lidar com a matéria regulatória, provavelmente em razão da sua complexidade técnica, que exige do magistrado conhecimentos que vão além do conhecimento estritamente jurídico.

Portanto, conclui-se que a adoção de uma estratégia interpretativa que prestigie a capacidade técnica dos órgãos de regulação, considerando o funcionamento adequado destes órgãos, pode se mostrar um parâmetro viável e possível diante de uma realidade complexa e da escassez de recursos que o direito tem que lidar de modo a equacionar a pressão legítima de vários segmentos da sociedade. Não porque se obterá a melhor resposta para o caso concreto (o que não é factível), mas, ao aderir ao sentido do texto, sem querer impor seu senso próprio de justiça ou preferências políticas pessoais, diminuiria os riscos de prolação de decisões conflitantes e incoerentes para o sistema, cujos reflexos fogem do alcance cognitivo do magistrado quando do julgamento da demanda.

²⁵⁸*Direito regulatório e concorrencial no Poder Judiciário*. São Paulo: Singular, 2014.

²⁵⁹*Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira*. In SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva / FGV, 2010.

Referências

- ABRUCIO, Fernando. Os avanços e dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Org.). *Reforma do Estado e da Administração Pública Gerencial*. São Paulo: FGV, 2006, p. 173/198.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agência reguladora e a evolução do direito administrativo econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARANTES, Rogério Bastos *et all*. Controles democráticos sobre a administração pública no Brasil: Legislativo, tribunais de contas, Judiciário e Ministério Público. In: LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz e PACHECO, Regina Silva (Orgs.). *Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI*. Rio de Janeiro, 2010. p. 109/148.
- ÁVILA, Humberto. *Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público n° 17, jan./fev./mar, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2015.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *Discricionariedade e Controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BOLONHA, Carlos; ALMEIDA, Maíra; RANGEL, Henrique. A legitimidade na teoria institucional: os efeitos sistêmicos como um aspecto legitimatório. *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 22, p. 148/169, jan./mar. 2013.
- _____.; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas institucionais do constitucionalismo contemporâneo. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, n. 17, p. 288-309, out/dez. 2011.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus Diálogos constitucionais: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: lumen juris, 2012.
- BRASIL. Presidência da República. Câmara de Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 16 set.2015.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Org.). *Reforma do Estado e da Administração Pública Gerencial*, São Paulo: FGV, 2006, p. 237/270.
- _____. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial na perspectiva internacional*. São Paulo: 34, 1998.

- BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial*. São Paulo: RT, 2003.
- CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzir para traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 24, p. 30/50, fev./abr. 1990.
- CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. São Paulo: Saberes, 2010.
- CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CROLEY, Steven P.; HACKSON, John. WTO dispute procedures, standard of review, and deference to national governments. In: HACKSON, Steven P. *The Jurisprudence of GATT and the WTO: Insights on Treaty Law and Economic Relations*. Cambridge University Press, 2000. p. 133/161. Disponível em: <<https://books.google.com.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.
- SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 179-180, Rio de Janeiro, jan./jun., 1990 p. 51/67.
- DIMOULIS, Dimitri. Sentidos, vantagens cognitivas e problemas teóricos do formalismo jurídico. In MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 213/242.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____. Limites da função reguladora das Agências diante do princípio da legalidade. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 19-50.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Martins Fontes: São Paulo, 2010.
- _____. *Uma questão de princípio*. Martins Fontes: São Paulo, 2005.
- FARACO, Alexandre D., PEREIRA NETO; Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo R..A judicialização de políticas regulatórias de telecomunicações no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. v. 265, Belo Horizonte, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/Default.aspx>>. Acesso em 04 set. 2015.
- FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da administração pública: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2011.
- FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, Renato. Estudos jurídicos críticos (CLS) e coerência das decisões. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 44, n. 75, jul./set. 2007, p. 41/65.
- GARGARELLA, Roberto. Em nome da constituição. O legado federalista dois séculos depois. *Enpublicacion: Filosofia política moderna*. De Hobbes a Marx Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo. 2006. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/08_gargarella.pdf>. Acesso em: 20 set. 2015.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes e RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (organizadores). *Coletânea de Manifestações da Consultoria-Geral da União*. Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União, 2012. Disponível em:

- <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=171677&ordenacao=16&id_site=7530>. Acesso em 17 jun. 2015.
- _____. Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o leviatã: litigância intragovernamental e presidencialismo de articulação institucional*. 380 p. Tese de Livre-Docência (livre-docência em Teoria Geral do Estado), USP, São Paulo. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/171677>. Acesso em: 17set.2015.
- GOLDBERG, Daniel. O controle das políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito. In: SALGADO, Lucia Helena e DA MOTTA, Ronaldo Seroa. *Regulação e concorrência no Brasil: Governança, Incentivos e Eficiência*, Rio de Janeiro: Ipea, 2007, p. 43/81. Disponível em: <http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq07_Cap03_20.pdf>. Acesso em: 20 set. 2015.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras: da organização piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o novo direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2011.
- HOGG, G. Peter; BUSHELL, Alison A. *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't such a Bad Thing After All)*, Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1612&context=ohlj>>. Acesso em: 28 jan. 2015.
- HORBACH, Carlos Bastide. Controle judicial da atividade política: as questões políticas e os atos de governo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 182, abr./jun. 2009, p. 7/16.
- _____. O direito administrativo no sistema de Common Law. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. Belo Horizonte, ano 9, n. 101, jul. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=58301>>. Acesso em: 4 set. 2015.
- _____. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 859, mai/2007, p. 81/91.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- KRELL, Andreas J. *Discrecionariiedade administrativa e conceitos legais indeterminados*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.
- LIMA, Gustavo Augusto Freitas de. *Agências reguladoras e o poder normativo*. São Paulo: Baraúna, 2013.
- MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ JR., Tércio Sampaio (Coords.). *Direito regulatório e concorrencial no Poder Judiciário*. São Paulo: Singular, 2014.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- _____. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 72/98.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do estado regulador. *Novos Estudos - CEBRAP*, 2006, n. 76, p. 139-156. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300007>. Acesso em: 10 fev. 2015.

- MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; ZAGO, Mariana Augusto dos Santos. Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário: Breves ideias a partir do modo de estruturação da jurisdição. In: SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André (Orgs.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 91/106.
- MOREIRA, Ego Bockmann. Qual é o futuro da regulação no Brasil? In SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André (Orgs.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 107/139.
- NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Judicialização da política”: déficits explicativos e bloqueios normativistas. *Novos Estudos - CEBRAP*, 2011, n. 91. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002011000300001. Acesso em: 10 fev. 2015.
- NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- PACHECO, Regina Silva. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 523/543, jul./ago. 2004.
- PECI, Alketa. Regulação e administração pública. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 43/66.
- PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva Pereira; LANCIERI, Filippo Maria e ADAMI, Mateus Piva. O diálogo institucional das agências reguladoras com os poderes executivo, legislativo e judiciário: uma proposta de sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André (Orgs.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 140/185.
- _____; ADAMI, Mateus Piva. O desafio da universalização de telecomunicações: um balanço após 15 anos de LGT. In GUERRA, Sérgio (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 189-225.
- PINHO, José Antônio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzir para o português? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 43, p. 1343/1368, nov./dez. 2009.
- 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*, Rio de Janeiro, 2006, v. 40, n. 4, p. 679/698. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000400009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 14 ago. 2014.
- POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. In MATTOS, Paulo etalli (Orgs.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, São Paulo: 34, 2004. p. 49/80.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

- ROMAN, Flávio José. *A discricionariedade técnica na regulação econômica*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.
- SANT'ANA, Diogo de. Conjuntura da regulação no Brasil: conflitos e convergências. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Org.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva / FGV, 2010.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*, São Paulo: RT, 2009. p. 9/49.
- SOUSA, Antonio Francisco de. Os “conceitos legais indeterminados” no direito administrativo alemão. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 166, out./dez. 1986. p. 276/291.
- SOUZA, Rafael Bezerra; BOLONHA, Carlos. Teorias jurídicas contemporâneas: uma análise crítica sob a perspectiva institucional. *Revista on-line Direito, Estado e Sociedade*. PUC-RIO: Rio de Janeiro, n. 43, p. 162/183, jul./dez. 2013.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- _____. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 97/128.
- _____. Introdução às agências reguladoras. In: *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*, 2002. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/156.crs-av.interpretation.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2013.
- _____. O constitucionalismo após o New Deal. In: MATTOS, Paulo et alii (Orgs.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, São Paulo: 34, 2004. p. 131/242.
- _____. *As funções das normas reguladoras*. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Ano 1, n. 1, jan./fev./mar. 2003, Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 33/66.
- VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos. *O poder normativo das agências reguladoras*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 283/300.
- VERMEULE, Adrian. *The Interaction of Democratic Mechanisms*. The Good Society, v. 18, n. 1, 2009; Harvard Public Law Working Paper, p. 01/10. Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1401481>>. Acesso em: 08 jun. 2015.
- _____. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press. 2006. p. 63.
- WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação. São Paulo: Martins Fontes, 2003;
- _____. *The core of the case against judicial review*. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/FACULTY/RARNESON/Courses/Waldroncore.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2015;
- WANG, Daniel WeiLiang; DE PALMA, Juliana Bonacorsi; COLOMBO, Daniel Gama. Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira.

In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva / FGV, 2010.