

# O processo normativo das agências reguladoras: controle judicial e deferência às escolhas públicas

**Andréa Maria Pedrosa Silva Jales**

Professora da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Doutoranda em Direito do Estado, pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

---

**Resumo:** A complexidade da Administração Pública no Estado social-regulador aumentou a produção normativa das agências reguladoras e a extensão do controle judicial, passando a aplicação da deferência a ser uma alternativa eficiente no nosso sistema jurídico como forma de controle da atividade regulatória. A função parametrizadora da LINDB, conjugada com a dialética do processo de construção normativa e decisória da Lei nº 13.848/2019, visa traçar limites no nosso ordenamento jurídico para contenção do decisionismo estatal. Quanto à metodologia foi utilizada a pesquisa bibliográfica e documental. Espera-se que a deferência seja vista como uma autolimitação do Poder Judiciário por respeito às escolhas administrativas realizadas segundo a observância da razoabilidade, de critérios racionais previstos no processo normativo das agências e no dever de motivação.

**Palavras-chave:** Competência normativa. Marco regulatório. Dever de motivação. Poder Judiciário. Deferência.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** O controle judicial da competência normativa – **3** Experiência estadunidense de modelo deferencial – **4** Possibilidade de um controle judicial deferente no Brasil – **5** Conclusão – Referências

---

## 1 Introdução

As transformações ocorridas na sociedade no último século exigiram mudanças na estrutura do Estado e do Direito, que ensejou a concepção do modelo de estado regulador principalmente no direito administrativo, que possui função essencial de concretizar os direitos estabelecidos pela Constituição Federal.

Nesse contexto, as reformas administrativas alteraram o perfil constitucional do Estado brasileiro nos domínios administrativo e econômico. Por estratégia política coube à legislação infraconstitucional a criação de agências reguladoras dotadas de competências regulatórias que consumaram a mutação da atuação estatal em relação à ordem econômica.

As agências reguladoras são autarquias especiais que exercem funções típicas dos três poderes da República, ou seja, competências normativa, executiva

e judicante que, até então, não tinham sido atribuídas, concomitantemente, a nenhum outro ente da Administração Pública de forma tão abrangente.

Essas transformações exigiram uma reinterpretação do princípio republicano da separação dos poderes previsto na norma do artigo 2º, da Constituição Federal de 1988 (CRFB): “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. A essência clássica da separação dos poderes: com divisões delineadas de funções típicas e atípicas, não atendem mais a complexidade social, econômica e política atuais.

Hodiernamente, o princípio da separação de poderes não mais se orienta pela divisão estanque dos poderes, mas pela distribuição e colaboração de funções, as quais não são exercidas de forma exclusiva. Clève,<sup>1</sup> ao comentar as críticas à teoria da tripartição dos poderes, em especial, uma formulada por Loewenstein contra a aplicação dessa teoria no universo político-jurídico moderno, ensina-nos que o apego a esse dogma talvez se deva ao fato de a teoria política não ter elaborado uma nova conformação de poder.

Assim, tanto o princípio da separação de poderes quanto vários dogmas do direito administrativo foram redefinidos sob o prisma social e constitucional, como, por exemplo, o interesse público, a ampliação do conteúdo do princípio da legalidade para juridicidade e a ampliação das funções administrativas.

O ordenamento jurídico francês adotou um sistema dualista de jurisdição – o contencioso administrativo – com intuito de afastar o controle do Poder Judiciário da atuação administrativa, pois entendiam os revolucionários que julgar a Administração Pública era o mesmo que governar, como bem relata Binenbojm a criação do contencioso administrativo como uma contradição na gênese do direito administrativo, ou seja, uma continuidade do Antigo Regime, em plena Revolução Francesa.<sup>2</sup>

Apesar do direito administrativo brasileiro sofrer grande influência do direito francês, o nosso ordenamento jurídico adotou um sistema de jurisdição una, porquanto o nosso texto constitucional consagra a garantia da inafastabilidade

<sup>1</sup> Nesse sentido, Clève (2011, p. 34): “De todo modo, importa salientar que na sociedade de massas não há como manter a distinção entre legislação (função legislativa) e administração (função executiva). O governo compreende ações legislativas e administrativas. A legislação e a execução de leis ‘não são funções separadas ou separáveis, mas sim diferentes técnicas do *political leadership*’. A liderança política, a atividade de governo conforma a vontade popular impondo sua política por meio de aprovação parlamentar das leis ou de sua execução. Não há separação de poderes evidente entre o Executivo e o Legislativo, uma vez que o governo lidera politicamente os dois poderes”.

<sup>2</sup> Nesse sentido, Binenbojm (2008, p. 13): “Contrariando a noção intuitiva de que ninguém é bom juiz de si mesmo, a introdução do contencioso administrativo – e consequente subtração dos litígios jurídico-administrativos da alçada do Poder Judiciário –, embora alicerçada formalmente na idéia de que “julgar a Administração ainda é administrar” (*juger l’administration’est encore administrer*), não teve qualquer conteúdo garantístico, mas antes se baseou na desconfiança dos revolucionários franceses contra os tribunais judiciais, pretendendo impedir que o espírito de hostilidade existente nestes últimos contra a Revolução limitasse a ação das autoridades administrativas revolucionárias”.

do Poder Judiciário enquanto direito fundamental de caráter individual ou coletivo, artigo 5º, inciso XXXV, CRFB – “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A citada ampliação da divisão e compartilhamento de funções também enseja o crescimento das atividades de controle, as quais ainda não se adequaram a tal realidade como se vê, por vezes, o excesso de órgãos de controle ou da própria atividade de controle.

A regulação é uma inovação oportuna para o desenvolvimento dos setores regulados e da economia do País, entretanto a competência generalista da Administração Pública centralizada não tem capacidade técnica para acompanhar a dinâmica dos mercados e das demandas sociais que envolvem esses setores econômicos.

Embora a competência normativa das agências reguladoras constitua uma realidade que produz impactos de ordem jurídica, política, social e econômica, de certo, são seus fins precípuos o crescimento econômico e o desenvolvimento tecnológico, que somente serão concretizados por meio da regulação realizada por entidades dotadas de autonomia e competências específicas para tal *mister*.

Nesse ambiente de ampliação das funções administrativas e da extensão do controle judicial, novos desafios surgiram e agora devem ser enfrentados pelos poderes constituídos, os quais necessitam desenvolver novas formas de controle da regularidade da competência normativa das agências reguladoras, considerando a dinâmica e a mutabilidade da atividade regulatória.

## 2 O controle judicial da competência normativa

Embora não exista na doutrina um consenso sobre a natureza jurídica da competência normativa das agências reguladoras, deslegifcação (ARAGÃO, 2006, p. 424), delegação legislativa (JUSTEN FILHO, 2002, p. 513), competência regulamentar decorrente do art. 174 da CRFB (MOREIRA, 2013, p. 106)<sup>3</sup> etc., podemos afirmar que esta é uma realidade e precisa de controles externos que atendam suas especificidades.

<sup>3</sup> Nesse sentido, assevera Moreira (2013, p. 106): “Existe um abismo entre o ideário relativo aos tradicionais ‘regulamentos administrativos’, como atos meramente complementares às leis e a competência regulamentar decorrente do art. 174 da Constituição em vigor. O sujeito regulador não é mais só o chefe do Executivo e o objeto a ser regulado é outro, antes *externa* do que *interna corporis*. Daí ser um equívoco pretender-se interpretar e/ou aplicar o art. 174 à luz do art. 84 ou – o que é pior – sob a lente cognitiva das constituições anteriores. Situando-se os dois dispositivos na condição de normas integrantes do mesmo sistema constitucional, que se pretende harmônico e dotado de eficácia plena, é inadequada a leitura do art. 174 como mera repetição supérflua do art. 84 (ou hierarquicamente inferior a ele)”.

Conforme citado anteriormente, as agências reguladoras brasileiras possuem funções típicas dos três poderes da República e analisando o controle desses poderes sobre a atividade regulatória dessas entidades observamos que, até recentemente, não havia determinação de metas bem definidas no controle finalístico exercido pelo Poder Executivo. Deveras, em 25 de junho de 2019, foi publicada a Lei nº 13.848, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, de modo que veio a suprir a deficiência acima apontada.

Em relação à atividade do poder legislativo, se analisarmos com o direito comparado<sup>4</sup> não há controle prévio estabelecido no nosso País, este é feito a *posteriori* com o auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU), o qual ganhou destaque não positivo por sua atuação, pois em alguns casos tem exorbitado de suas competências constitucionais,<sup>5</sup> não agindo em sintonia com as Casas Legislativas.

Quanto ao Poder Judiciário, há uma predominância do controle judicial no sistema jurídico brasileiro, por isso nosso objeto de pesquisa se concentrará nessa espécie de controle sobre a atuação das agências reguladoras, com a finalidade de analisamos como este pode operar de forma adequada sobre a produção normativa da atividade regulatória.

O grande dilema do controle judicial sobre a atuação da Administração Pública contemporânea é: como proceder tais cognições sem substituir as decisões dos agentes reguladores por outras de preferência dos juízes? Nesse particular, a aplicação de controle judicial limitado (deferente) diante de competências específicas pode ser uma das técnicas a ser adotadas.

O professor Moreira (2016) comenta a relevância da adoção do princípio da deferência às decisões de autoridades detentoras de competências privativas.

Lastreado nos princípios da separação dos poderes e da legalidade, o princípio da deferência não significa nem tolerância nem condescendência para com a ilegalidade. Mas impõe o devido respeito às decisões discricionárias proferidas por agentes administrativos aos quais foi atribuída essa competência privativa. Os órgãos de controle externo podem controlar o devido processo legal e a consistência da motivação nas decisões discricionárias, mas não podem se imiscuir no núcleo duro daquela competência. Precisam respeitá-la e garantir aos administradores públicos a segurança jurídica de suas decisões.

<sup>4</sup> Araújo (2013, p.133): “Nos EUA, ficou bastante clara a existência não somente de ritos e estruturas definidas para a realização da *rules review*, mas também, na prática, de uma forte atuação do Congresso americano na fiscalização do poder normativo das agências reguladoras”.

<sup>5</sup> Marques Neto (2020, p. 87): “Nesse sentido, constatamos que o TCU tem interferindo na atividade fim das agências reguladoras como, por exemplo, no acórdão nº 2.121/2017 do TCU que embora tenha reconhecido a juridicidade da celebração de termo de ajustamento de conduta – TAC – como acordo substitutivo de sanção, exarou determinações que afetaram as escolhas setoriais da ANATEL”.

Ao examinar a gênese do controle judicial dos atos administrativos (discricionários) verificamos que ele se originou das teorias ligadas à lei, como as do desvio de poder e dos motivos determinantes, e não fundadas no texto das Constituições anteriores.

Demonstrando o percurso histórico das conquistas de parâmetros jurídicos da atividade administrativa discricionária Binenbojm (2008, p. 199) narra que um maior controle judicial sobre as margens de apreciação e escolha da Administração Pública estão ligados às etapas do itinerário de juridicização da discricionariedade administrativa:

Assim, sucederam-se como etapas do itinerário de juridicização da discricionariedade administrativa: (I) a teoria dos elementos do ato (competência, forma, finalidade, motivo e objeto), com a possibilidade de sindicância dos elementos vinculados dos atos ditos discricionários (competência, forma e finalidade); (II) o desenvolvimento de teorias de controle a partir de parâmetros implícitos na lei (como o desvio de poder, o excesso de poder e a teoria dos motivos determinantes); (III) o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados; (III) o desenvolvimento da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais.

Se analisamos a teoria do mérito dos atos administrativos, nós podemos inferir que já existia uma forma de deferência do Poder Judiciário às escolhas realizadas pela Administração Pública, visto que aquele poder não poderia substituir escolhas desta, mas somente fazer um controle de legalidade.

Todavia, a discricionariedade administrativa sempre foi vinculada à legalidade estrita o que não acontece com os atos normativos das agências reguladoras, que possuem uma normatividade aberta, ou seja, não responde ao mesmo tipo de controle.

A vinculação direta aos princípios surge com a nova hermenêutica constitucional; inicialmente, se aplicava aos casos mais difíceis que não tivessem regras para resolvê-los. Destarte, essa interpretação principiológica se proliferou e passou a ser usada para fundamentar diversas decisões, inclusive com previsão de regras específicas.

O primado da realidade surgiu com o pós-positivismo passando a ser pressuposto na implementação do Direito por combater a suposta completude do ordenamento jurídico, deixando evidente que a supervalorização do direito pode inibir soluções mais eficientes para a Administração Pública contemporânea. Assevera Motta (2019, p. 61):

A orientação do primado da realidade seria despendida de ser ressaltada, por estar pressuposta, diante dos avanços da hermenêutica

jurídica e suas transformações a partir da segunda metade do século XX, quando houve a superação dos pressupostos de segurança próprios do positivismo jurídico. As insuficiências do positivismo, que se ancorava num modelo subsuntivo e dedutivista da aplicação do Direito, deram ensejo ao surgimento de correntes pós-positivistas de interpretação, as quais tornaram clara a necessidade de consideração de diversos fatores, inclusive em face da interpretação da realidade, para auxiliar o intérprete na decidibilidade.

Nessa perspectiva, a interpretação subsuntiva do positivismo deixou de ser autossuficiente para resolver conflitos em que o Poder Judiciário observava a assimetria de informações e especialidade técnica, portanto a aplicação da deferência aos atos normativos das agências reguladoras brasileiras pode ser uma resposta eficiente no nosso sistema jurídico.

É notório que o Direito precisa dialogar com outras ciências para que a concretização das normas jurídicas não escape da realidade dos fatos. Jordão (2018, p. 67) relata as dificuldades da supervalorização do direito: “Mas ela é socialmente problemática, por afastar soluções igualmente possíveis de acordo com outra leitura razoável do direito, bem como por minimizar o *input* que outras expertises, não jurídicas, podem dar para a melhor aplicação das regras jurídicas”.

Para explicar melhor essas afirmações, estudaremos a seguir a teoria da deferência como uma ferramenta que busca corrigir as distorções acima apontadas e fornecer um meio prático para que as entidades e órgãos estatais possam desempenhar suas funções sem fugir ao mundo real e sem tolher a aplicação do Direito.

### 3 Experiência estadunidense de modelo deferencial

Berço das agências reguladoras independentes, o direito estadunidense tem como principal fonte o sistema dos precedentes judiciais. A Suprema Corte dos Estados Unidos da América desenvolveu o modelo mais emblemático e citado de deferência, *Chevron, U.S.A., Inc. v. NRDC* (1984), com o intuito de estabelecer um padrão jurisprudencial de respeito às escolhas realizadas pela Administração Pública.

A relevância de um sistema de uniformização de precedentes pelos Tribunais está na autorreferência às suas decisões o que ocasiona a estabilidade destas, gerando coerência e segurança jurídica ao sistema e desestímulo a litigância excessiva.

Hodiernamente, todos os ordenamentos modernos tendem à ascendência do sistema de precedentes, assim a referência ao precedente não é mais uma

característica específica aos sistemas de *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo nos de *civil law*.<sup>6</sup>

Uma sinalização dessa postura é a previsão no artigo 926, do Código de Processo Civil (CPC)<sup>7</sup> e no artigo 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)<sup>8</sup> sobre a vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais e administrativos.

De fato, a aplicação de controle judicial deferente só foi possível com o surgimento do realismo jurídico, que foi decisivo para adoção da doutrina deferente nos EUA, nesse sentido, comenta Jordão (2016, p. 637-638):

Na decisão de *Chevron* a Suprema Corte adota dois grandes pressupostos que culminam na adoção de uma postura judicial deferente. O primeiro destes pressupostos é o de que a ambiguidade dos textos normativos abre espaço para a adoção de diferentes soluções, todas igualmente válidas do ponto de vista jurídico. A indeterminação legislativa é equiparada em *Chevron* e em casos posteriores a uma delegação implícita para que a autoridade administrativa implemente suas políticas públicas. Dito de outro modo: a Suprema Corte toma como incontroverso que a interpretação jurídica envolve juízos políticos e técnicos não predeterminados pelo Direito. Tão políticos são estes juízos, que é conveniente alocá-los para instituições públicas com maior legitimidade democrática comparativa – e daí surge o segundo pressuposto de *Chevron*, consistente numa análise institucional comparativa.

De forma sucinta, o modelo de teste legal, que surgiu com caso *Chevron*, decorre da análise de duas etapas sobre a indeterminação legal do assunto em discussão: Binicheski (2017, p. 60): “Se a lei é clara, é dever do juiz aplicar a lei e não será dada deferência; em existindo ambiguidade, não cabe aos tribunais

<sup>6</sup> Taruffo (2014, p. 01): “Deve-se ressaltar, antes do mais, a grande importância que o emprego do precedente e da jurisprudência desempenha na vida do Direito de todos os ordenamentos modernos. Pesquisas realizadas em vários sistemas jurídicos têm mostrado que a referência ao precedente já não é mais, há algum tempo, uma característica peculiar aos ordenamentos de *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo nos de *civil law*. Assim, a distinção tradicional segundo a qual os primeiros seriam fundados no precedente, enquanto os segundos seriam fundados na lei escrita não tem mais valor algum descritivo – admitindo-se que se considere que realmente tenha tido no passado. De um lado, de fato, nos sistemas de Civil Law faz-se amplo uso da referência à jurisprudência, enquanto nos sistemas de *common law* faz-se amplo uso da lei escrita e áreas inteiras desses ordenamentos — do direito comercial ao direito processual — são na realidade ‘codificadas’”.

<sup>7</sup> Código de Processo Civil: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

<sup>8</sup> Decreto-Lei nº 4.657, redação incluída pela Lei nº 13.655, de 2018: “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão”.

interpretar diretamente a suposta vagueza da lei e apenas verificar se a solução posta pela agência é razoável”.

No caso *Chevron*, a deferência decorreria de uma presunção de delegação legislativa, ou seja, verificando-se caso de ambiguidade legislativa caberia às agências promover a interpretação razoável e atualizada das leis.

Posteriormente, a doutrina *Chevron* sofreu restrições no julgamento do caso *Mead* passando a se aplicar somente nos casos em que as agências reguladoras demonstrem a intenção do legislador de delegar competência com força de lei.<sup>9</sup>

A doutrina *Chevron* sofreu severas críticas, tanto da doutrina como dos tribunais americanos, sob o argumento que se afastaria o magistrado de sua função precípua de julgar, principalmente, nos casos em que as ações das agências se contradiziam com as normas que as criavam a partir de interpretações realizadas por seus membros (BINICHESKI, 2017, p. 36).

Entendemos que a deferência não é a ausência de controle judicial, mas uma das formas desse controle que se aproxima mais das escolhas regulatórias na atualidade. Comentando acerca da aproximação jurisdicional deferente para com as escolhas regulatórias ensina Valle (2020, p. 145): “Afimal, se a sindicabilidade judicial é uma garantia constitucional, é de se ter por excluída a hipótese da vedação *tout court* à crítica jurisdicional donde nunca se poderá identificar deferência com um mecanismo de bloqueio do controle jurisdicional”.

Os estudos apontam vários efeitos promovidos pela doutrina *Chevron*, dentre eles três apresentam-se mais expressivos: 1) o deslocamento de poder decisório do setor jurídico para o setor político das agências, com a redução da supervalorização do Direito para as escolhas administrativas; 2) o deslocamento do foco para o controle procedimental, como forma de compensação da limitação do controle substancial; e o 3) o reforço do dever de motivação. (JORDÃO, 2016, p. 107-110).

Contudo, tais estudos não revelaram o efeito mais relevante dessa doutrina – o dissuasório – porque contabilizam apenas as ações propostas e esse efeito estaria voltado a desestimular a propositura de ações e recursos judiciais ou a incentivar meios extrajudiciais de composição de conflitos do que seria o caso de um regime de correção judicial (JORDÃO, 2016, p. 580-581).

Todas essas críticas e dificuldades de interpretações levaram à discussão da revisão da doutrina *Chevron* pelo sistema judicial estadunidense, que está propenso a exercer um controle judicial mais intenso sobre os fundamentos das

<sup>9</sup> Binicheski (2017, p. 33): “Em *Mead* (United States v. Mead Corporation, 533 US 218,232 (2001)), o teste binário e aparentemente simples foi deixado de lado, cuidando das complexidades encontradas, e a Suprema Corte afirmou que a deferência de *Chevron* seria devida nas situações em que a intenção do Congresso fosse identificada em consonância com a interpretação da autoridade administrativa nas questões em que tenha força de lei (*idem*)”.

decisões administrativas, para que os Tribunais tenham mais atenção ao devido processo decisório.<sup>10</sup>

Estudar sistemas estrangeiros para observar como funcionam e quais são suas dificuldades, diferenças e semelhanças com o nosso sistema jurídico é o melhor caminho para se adotar uma alternativa que contemple as singularidades da competência normativa das agências reguladoras brasileira.

## 4 Possibilidade de um controle judicial deferente no Brasil

O sistema jurídico brasileiro criou um amplo acesso ao Poder Judiciário como meio da defesa dos direitos fundamentais, porém ocorreram efeitos não desejados como: a utilização demasiada dos princípios jurídicos para solução de casos concretos e o ativismo judicial, de modo que foi criada a “cultura do litígio”, gerando consequências graves na gestão pública.

A judicialização da saúde é um bom exemplo das dificuldades enfrentadas pelo gestor público que, muitas vezes, é responsabilizado por condutas que fogem ao seu controle, desse modo é necessário um debate sobre a autocontenção judicial e/ ou o reconhecimento de uma “reserva de administração” no nosso sistema jurídico.

Ao considerarmos que o Poder Judiciário realiza um controle *a posteriori* e, eminentemente, difuso, a resolução concreta de conflitos pode gerar decisões bastante divergentes e some-se ainda a multiplicação de órgãos de controle, que nem sempre atuam de forma previsível, tudo isso vem causando insegurança jurídica na aplicação do direito público.

Em face do aumento do número de agências reguladoras, a produção normativa desses entes se multiplicou nos últimos anos, o que acarreta a pluralização de demandas judiciais, porquanto os setores econômicos regulados afetam grandes cadeias de consumo e produção.

Estudos empíricos realizados pelo projeto “Regulação em Números”, da FGV Direito Rio revelaram que o Supremo Tribunal Federal (STF) é um foro importante de discussão do controle das agências reguladoras em instância recursal, a relevância do estudo é corroborada pela grande quantidade de recursos interpostos neste Tribunal.

Processos de natureza subjetiva (com o respectivo controle incidental do regime jurídico das agências reguladoras ou de suas decisões

<sup>10</sup> Binichski (2017, p. 37): “Qual será a medida da revisão? Ao que indicam a doutrina pesquisada e o caso decidido no Décimo Circuito pelo Justice Neil Gorsuch, aponta-se para um possível retorno a *Skidomore*. Assim, será exigida dos tribunais uma apreciação mais rigorosa quanto aos fundamentos das decisões administrativas, com o cuidado ao devido processo e investigação de qual seria a melhor decisão”.

regulatórias) possuem um amplo espaço de legitimidade para o ajuizamento de ações e, portanto, comportam uma maior pluralidade de temas contestados no Poder Judiciário do que aqueles processos de natureza objetiva e abstrata. Basta notar que, dentre os 3.151 processos em que uma agência reguladora federal figura como parte no STF até o ano de 2018, 2.896 deles representam recursos interpostos à Corte com base em acórdãos que teriam violado a Constituição Federal (91,8% dos processos no STF). (JORDÃO; REIS; CABRAL JÚNIOR, 2020, p. 130-131)

A regulação administrativa deve ser estável para evitar que os cidadãos sejam surpreendidos com legislações abruptas e impactantes em suas relações sociais e jurídicas. Este foi o intuito da Lei nº 13.848/2019 ao dispor sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.

É o marco regulatório fundamental para agências reguladoras brasileiras, visto que até a promulgação da Lei nº 13.848/2019 não existia no Brasil um estatuto que disciplinasse, uniformemente, a organização e atuação de todas as agências reguladoras, porque cada lei que criava uma agência reguladora passava a estabelecer a disciplina específica de tal ente.

A pluralidade legislativa de instituição das agências reguladoras e ausência de uma lei geral que dispusesse sobre formas de controle dificultavam o controle externo desses entes, de modo que o novo marco regulatório possibilitou transparência e a *accountability* dessa espécie de controle, como, por exemplo, a valorização da escolha pública por meio da incorporação da Análise de Impacto Regulatório (AIR) prevista no seu artigo 6º que comprova a avaliação dos efeitos das escolhas realizadas pela Administração Pública.<sup>11</sup>

No desiderato de diminuir a insegurança na elaboração das leis e no momento de decidir, a Lei nº 13.655/2018 que modificou a LINDB acrescentou dez (10) artigos sobre a segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Essa inovação legislativa aperfeiçoou a função parametrizadora da LINDB<sup>12</sup> influenciando na elaboração de vários artigos da Lei nº 13.848/2019, por exemplo, a norma do artigo 4º “A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse

<sup>11</sup> Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, regulamentou a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019.

<sup>12</sup> Moreira (Palestra *online*, 14.10.2020). Fazendo-nos um alerta sobre a função parametrizadora da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em relação às demais leis do nosso sistema jurídico lecionou: “Ou os operadores do Direito fazem da LINDB uma norma vinculante, ou ela não terá aplicabilidade, temos a funcionalização do exercício das competências”.

público”, que incorporou o dever de concretude e proporcionalidade – determinado pela norma do artigo 20 da LINDB.

A Lei nº 13.655/2018 consagrou o primado da realidade no nosso sistema normativo, como podemos perceber na norma contida no artigo 22, que colocou em discussão no direito público as limitações materiais e/ou circunstâncias fáticas que conduzem a concretização do direito, principalmente das escolhas públicas realizadas pela Administração, tema fundamental para adoção de um controle judicial deferente. Senão vejamos:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

A lei supracitada consolidou praxes que já existiam na gestão pública tornando-as deveres a ser observados na aplicação do direito público, veja-se o artigo 22, da LINDB que determina a contextualização na interpretação do direito, no controle de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, na aplicação de sanções e na responsabilização dos gestores públicos.

E caso os obstáculos, as dificuldades reais do gestor, e as exigências das políticas públicas não sejam observadas, essa decisão estará viciada e poderá ser invalidada ou convalidada, o que decorre do §1º, do artigo 22, o qual se reporta a regularidade da decisão, levando em consideração as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Quando a lei exige que sejam considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, quis dizer que tanto a Administração Pública (controlada) e os controladores externos e internos devem considerar o que ocorre no mundo real para legitimar suas ações. Não é tão somente uma questão de gerar uma empatia por parte do controlador com a situação e vicissitudes do gestor, mas que aquele analise as consequências fáticas e jurídicas da anulação, da regularização ou do respeito das decisões administrativas.

Desse modo, se o controlador imputar algum vício a conduta do gestor terá que analisar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor dentro do seu dever de motivação previsto no artigo 21 da LINDB, pois a citada norma objetiva garantir

um contraditório transparente, não mais aparente e generalista como acontecia na prática.<sup>13</sup>

Assim sendo, o controlador terá possibilidade de avaliar as interpretações realizadas pelo gestor e não irá, simplesmente, substituir a escolha deste pela sua. Nesse sentido, Eduardo Jordão (2018, p. 78) comenta a imposição do artigo 22 em um contexto de indeterminação jurídica: “Dito de outro modo, o art. 22 da LINDB impõe que, num contexto de indeterminação jurídica real, o controlador se limite a avaliar a razoabilidade da escolha interpretativa realizada pelo administrador público.”

Desta feita, verificamos tanto na LINDB uma preocupação com a transparência da interpretação da escolha pública, bem como pela Lei nº. 13.848/2019 da relevância do procedimento ou construção dessas escolhas, quando dedica todo um capítulo ao processo decisório das agências reguladoras. Nesse sentido, explica Valle (2020, p. 134):

Firmada a premissa de que os agentes decisórios se viam essencialmente vinculados à proteção do “bem comum”, excluída estava a indagação quanto ao que se buscava com a escolha pública – a resposta estava previamente oferecida, traduzida nesse “valor ideal” que deveria ser intuitivamente identificado por qualquer gestor do bem. Tinha-se igualmente por empalidecida a relevância de qual procedimento que levava esse mesmo agente público à opção administrativa finalmente formulada, eis que essa por princípio, era sempre a que promovia de maneira mais adequada, o onipresente bem comum.

Do mesmo modo que os excessos da utilização de princípios e máximas pelos gestores públicos no processo de escolha, também não é adequado que as decisões dos órgãos de controle sejam fundadas apenas com utilização de abstrações normativas.

A previsão de um procedimento racional fundado em conteúdo técnico e com participação dos agentes e destinatários envolvidos, de certo, tanto fornece legitimidade à atuação da agência reguladora, bem como aos órgãos de controle externo que poderão proceder a uma análise mais objetiva fulcrada em dados concretos extraídos do processo de construção da decisão previsto na Lei nº 13.848/19. Valle (2020, p. 150):

O que a Lei nº 13.848/19 veio a permitir foi a afirmação de que a aproximação judicial deva ser deferente – não por escolha livre do

<sup>13</sup> Motta; Nohara; Praxedes (2019, p. 25): “Nesse sentido a expressão “engenheiros de obras prontas”: é expressão que geralmente é utilizada para criticar a situação em que o controle a *posteriori* se foca exclusivamente em apontar falhas e erros, sem procurar compreender as dificuldades práticas e obstáculos enfrentados pelo gestor no processo, sobretudo quando não há orientações claras e compreensão de gargalos existentes em cada situação concreta e, em vez da prevenção, o controle acaba se focando exclusivamente na repressão e no sancionamento, especialmente se este é excessivo e injusto”.

jugador, mas como premissa da construção da decisão – se e quando o processo decisório tiver se verificado nos termos preconizados pela norma. Aqui, uma vez mais, não se está no campo de um argumento puramente de regularidade formal, mas na seara de uma verdadeira presunção de adequação de uma escolha que, mais do que havida por quem em tese se reveste de aptidão para tanto; atuou segundo um modelo de decisão que se presume assegure uma maior probabilidade de acerto.

O Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado na fase de *consolidação* do modelo das agências reguladoras ratifica a competência normativa dessas entidades questionando-se, desde então, como essa competência deve ser exercida. Diante dos *standards* adotados pelo STF nas ADIs nºs 4.679 e 4.874, em estudo realizado pelo projeto “Regulação em Números”, da FGV Direito Rio, foi citada a possibilidade do controle *a posteriori* dos atos das agências reguladoras, sendo recomendável a adoção de uma postura deferente do Poder Judiciário em relação às suas decisões técnicas (JORDÃO; CABRAL JR.; BRUMATI, 2020, p. 38).

A pesquisa demonstra que em sede recursal o mérito dos recursos é analisado raramente, mas quando o STF enfrenta o mérito se adota uma postura deferente à decisão ou normas da agência reguladora, acolhendo a sua posição em relação à questão jurídica controvertida em 88,7% dos casos, independentemente do polo que a agência ocupe na relação processual.<sup>14</sup>

Os dados levantados pelo projeto de pesquisa da FGV Direito Rio quanto ao controle concentrado foram referentes a 18 ações movidas perante o STF e as respectivas decisões da Corte, que envolvem leis sobre o regime jurídico das agências reguladoras federais no País entre os anos de 1997 e 2018. Em relação ao controle difuso em sede recursal os autores dos estudos analisaram todos os 2.896 processos judiciais envolvendo as agências reguladoras federais que chegaram ao STF entre 1996 e 2017.

Os anos que serviram de base para a pesquisa supracitada são anteriores à vigência das leis que fornecem o arcabouço necessário para uma deferência à escolha da Administração Pública pelos órgãos de controle, ou melhor, a Lei nº 13.655/2018, que impôs deveres para implementação das normas de direito

<sup>14</sup> JORDÃO; REIS; CABRAL JÚNIOR (2020, p. 134): “Partindo dos dados levantados e das hipóteses que nortearam o processo de pesquisa dos autores, a primeira conclusão da pesquisa, já esperada, é a de que o Supremo Tribunal Federal raramente avalia o mérito das controvérsias jurídicas sobre as agências reguladoras em sede recursal (apenas 2,8% dos recursos), acompanhando sua jurisprudência defensiva. A segunda conclusão é mais relevante e ainda desconhecida da literatura: nos poucos casos em que o mérito da controvérsia constitucional é enfrentado pela Corte, o STF adota uma postura deferente à agência reguladora, acolhendo a sua posição em relação à questão jurídica controvertida em 88,7% dos casos. Esta orientação pró-agência se mantém tanto na mais óbvia hipótese em que a agência figura como parte recorrida (92%), como na mais surpreendente hipótese em que é a agência que interpôs o recurso (85,2%), exigindo que o STF reverta a decisão do tribunal de origem”.

público na LINDB, e Lei nº 13.848/2019, que disciplinou um processo decisório qualificado para as agências reguladoras, por meio de instrumentos como Análise de Impacto Regulatório.

Espera-se, no entanto, que com a aplicação dessas leis a deferência passe a ser vista no nosso ordenamento não como uma forma de bloqueio do Poder Judiciário, mas de uma autolimitação por respeito às escolhas administrativas realizadas segundo a observância da razoabilidade, de critérios racionais previstos no processo normativo/decisório e no dever de motivação.

Evidenciamos uma influência do direito comparado apontada por estudos da difusão da doutrina *Chevron* nas legislações acima citadas quanto aos efeitos do deslocamento do foco para o controle procedimental e o dever de motivação qualificado por essas leis.

Uma vez concedida a deferência à decisão adotada pela Administração Pública, os órgãos de controle não somente aplicarão conceitos indeterminados, como cláusulas gerais, proporcionalidade e ou razoabilidade, porque devem analisar se ela observou o devido processo legal e se as escolhas realizadas passam pelo crivo não somente da razoabilidade jurídica, mas da realidade dos fatos que antecedem, permeiam e foram previstas tecnicamente.

Vale ressaltar que juízes e tribunais não são os únicos capacitados para interpretação e aplicação do Direito, porquanto a Administração Pública possui expertise e responsabilidade para responder, muitas vezes, de forma mais eficiente os anseios dos administrados diante da mutabilidade da atividade regulatória.

A deferência constitui um instrumental para o equilíbrio necessário no sistema de pesos e contrapesos (*checkand balances system*), inclusive evitando-se que o Poder Judiciário tenha que refazer, ele próprio, todo um processo decisório que já custou muito recursos e tempo ao Estado.

## 5 Conclusão

A complexidade da Administração Pública no Estado social-regulador aumentou a produção normativa das agências reguladoras, de modo que o Estado deve desenvolver novas formas de controle da regularidade dessa competência normativa que considerem a realidade cambiante da atuação administrativa.

A partir do pós-positivismo, o primado da realidade passa a ser pressuposto na implementação do Direito por combater a suposta completude do ordenamento jurídico, deixando evidente que a supervalorização do direito pode inibir soluções mais eficientes para a Administração Pública contemporânea.

A aplicação da deferência aos atos normativos das agências reguladoras brasileiras pode ser uma resposta eficiente no nosso sistema jurídico, por servir como

uma ferramenta que busca corrigir as distorções da assimetria de informações e da especialidade técnica, bem como por ser um meio prático para que as entidades e órgãos estatais possam desempenhar suas funções sem fugir ao mundo real e sem tolher a aplicação do Direito.

A função parametrizadora da LINDB conjugada com a dialética do processo de construção normativa e decisória da Lei nº 13.848/2019 visam traçar limites no nosso sistema jurídico para contenção do decisionismo estatal que extrapolem o exercício de suas competências normativa, decisória e controladora.

Os gestores públicos poderão se valer da procedimentalização para tomada decisões, a fim de evitar que o subjetivismo dos órgãos de controles internos e externos possa invalidar ou, pior, substituir as escolhas feitas e aplicar sanções apenas com base na não concordância da opção adotada pelo administrador.

Em particular, quanto às agências reguladoras, o processo decisório qualificado na elaboração das normas de regulação, certamente, reveste-as de uma legitimidade jurídica que, naturalmente, falta pela ausência de mandado outorgado diretamente pelo povo.

Já a atividade controladora ganha com a possibilidade de aferição com clareza da escolha realizada pela Administração Pública, podendo apenas analisar se ela observou o devido processo legal e se as escolhas realizadas passam pelo crivo não somente da razoabilidade jurídica, mas da realidade dos fatos que antecedem, permeiam e foram, tecnicamente, previstos.

---

#### **The regulatory agencies 'normative process: judicial control and deference to public choices**

**Abstract:** The complexity of Public Administration in the social-regulatory State has increased the normative production of regulatory agencies and the extension of judicial control, making the application of deference an efficient alternative in our legal system as a way of controlling regulatory activity. The parameterizing function of LINDB, combined with the dialectic of the normative and decision-making process of Law n. 13.848/2019, aims to draw limits in our legal system to contain state decision-making. As for the methodology, bibliographic and documentary research was used. It is expected that deference will be seen as a self-limitation by the Judiciary Branch due to respect for administrative choices made according to observance of reasonableness, rational criteria provided for in the agencies' regulatory process and the duty of motivation.

**Keywords:** Normative competence. Regulation mark. Duty of motivation. Judiciary. Deference.

---

## Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. *Controle da atividade normativa das agências reguladoras*, 1. ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINICHESKI, Paulo Roberto. A Doutrina Chevron: o ocaso anunciado? *Revista CEJ*, Brasília, ano XXI, n. 73, p. 29-39, set./dez. 2017. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-CEJ\\_n.73.03.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.73.03.pdf). Acesso em: 26 dez. 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael. (Coords.). *Segurança jurídica na aplicação do Direito Público*. Salvador: JusPodivm, 2019.

JORDÃO, Eduardo Ferreira; REIS, Vinícius Cardoso; CABRAL JÚNIOR, Renato Toledo. O controle das agências reguladoras federais no STF como instância recursal: um estudo empírico. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 11, n. 1, p. 122-155, jan./abr. 2020. DOI: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v11i1.27258.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro, *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018.

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública complexa. A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

JORDÃO, Eduardo; CABRAL JÚNIOR, Renato Toledo; BRUMATI, Luiza. O STF e o controle das leis sobre o regime jurídico das agências reguladoras federais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 7, n. 2, p. 549-600, maio/ago. 2020. DOI:10.5380/rinc.v7i2.68568.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. *Dinâmica da Regulação: estudo de casos da jurisprudência brasileira – a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB O dever público de incrementar a segurança jurídica. *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 243-274, nov. 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência, *Direito do Estado*, 12 maio 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/egon-bockmann-moreira/crescimento-economico-discricionariedade-e-o-principio-da-deferencia> Data: 02/12/20, às 9:25 horas.

MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil, *RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 87-118, out./dez. 2013.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia; PRAXEDES, Marco (Coords.). *LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, 128p. Série I, v. 10 (Coleção Soluções em Direito Administrativo: Leis comentadas)

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Tradução de Chiara de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedenteejurisprudencia/>. Acesso em: 09 dez. 2020.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Planejamento na função regulatória e deferência judicial (artigos 17 a 21 da lei no 13.848/2019). In: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Maria Sílvia Melo de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coords.). *Marco legal das agências reguladoras na visão delas: comentários à Lei nº 13.848/2019 e à IN nº 97/2020*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, 225 p. ISBN 978-65-5518-106-7. p. 131-154

VILELA, Danilo Vieira. Lei Geral das Agências Reguladoras: Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. *In: Motta, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia; PRAXEDES, Marco (Coords.). LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, Série II: regulação econômica, v. 10 (Coleção Soluções em Direito Administrativo: Leis comentadas)

## Documentos jurídicos

BRASIL. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm).

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm).

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm).

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

BRASIL. Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Decreto/D10411.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10411.htm).

## Palestras

MOREIRA, Egon Bockmann. *As várias dimensões do processo administrativo*. Palestra online proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), no dia 14.10.2020, às 10h10min, na disciplina de Direito Administrativo A, ministrada pela profa. Dra. Ângela Cassia Costadello.

Recebido em: 30.12.2020

Aprovado em: 10.01.2021

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

JALES, Andréa Maria Pedrosa Silva. O processo normativo das agências reguladoras: controle judicial e deferência às escolhas públicas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 9-25, out./dez. 2020.

---