



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA – UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CONSTITUCIONAL
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

PHILLIPE LOPES SILVEIRA

**O CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:
UM DIÁLOGO NECESSÁRIO COM A EXPERIÊNCIA DOS
ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**

**FORTALEZA
2021**

PHILLIPE LOPES SILVEIRA

**O CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:
UM DIÁLOGO NECESSÁRIO COM A EXPERIÊNCIA DOS
ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGD) da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Área de Concentração: Direito Constitucional Público e Teoria Política.

Linha de pesquisa: Teoria da Democracia.

Orientador Professor Dr. Rômulo Guilherme Leitão.

**FORTALEZA
2021**

Ficha catalográfica da obra elaborada pelo autor através do programa de geração automática da Biblioteca Central da Universidade de Fortaleza

Silveira, Phillipe Lopes.

O Controle Judicial das Agências Reguladoras: um diálogo necessário com a experiência dos Estados Unidos da América / Phillipe Lopes Silveira. - 2021
139 f.

Dissertação (Mestrado Acadêmico) - Universidade de Fortaleza. Programa de Mestrado Em Direito Constitucional, Fortaleza, 2021.

Orientação: Rômulo Guilherme Leitão.

1. Controle Judicial. 2. Regulação Econômica. 3. Chevron.
4. Capacidades Institucionais. I. Leitão, Rômulo Guilherme.
II. Título.

PHILLIPE LOPES SILVEIRA

**O CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:
UM DIÁLOGO NECESSÁRIO COM A EXPERIÊNCIA DOS
ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**

Dissertação julgada e aprovada para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, outorgado pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Área de Concentração: Direito Constitucional Público e Teoria Política.

Aprovada em: 27/05/2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rômulo Guilherme Leitão
(Orientadora/Universidade de Fortaleza - UNIFOR)

Prof. Dr. Rafael Gonçalves Mota
(Examinador/Universidade de Fortaleza - UNIFOR)

Prof. Dr. Jânio Pereira da Cunha
(Examinador/Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS)

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, desejo agradecer, do fundo do meu coração, à minha esposa, Flavinha, amiga e pessoa mais importante da minha vida, quem amo “mais do que o amor é capaz” (Ivan Lins). Tudo que vivemos só é possível pelo seu “sim”.

Às minhas filhas e filhos, Isabella, Maria Fernanda, Phillipe Filho e Arthur. Atrapalharam, mas foram essenciais para essa conquista. Meu maior título sempre será ser o pai de vocês.

À minha mãe, Silvania Lopes, por ter me oferecido o seu amor, o maior que senti. Ensinou-me que a humildade é uma das mais caras virtudes humanas e apesar de, às vezes, prescindir de tão valioso ensinamento, é pautado nele que procuro direcionar meus atos. Essa vitória é produto da nossa história.

Ao meu pai, Franklin Silveira, meu ídolo e modelo de caráter. Seu exemplo sempre foi meu norte; sua originalidade, uma meta distante. Se puder transmitir aos meus filhos metade das coisas boas que com ele aprendi, serei um grande pai.

A Nilzilene Ribeiro, responsável pela organização da minha vida. Aquela que me oferece o cuidado cotidiano, de uma forma que nunca pensei em receber. Seu amor constrange, por isso, obrigado por existir.

Ao meu orientador, Rômulo Leitão, por todos os ensinamentos e por ter tornado o processo de produção deste trabalho mais leve, mesmo durante um período de tantas incertezas.

Por fim, não posso deixar de citar aqueles que me acolheram no Ceará com carinho e amor. Ângela Santana, Santana Jr., Nestor Teixeira, Livia Garcia e Leonardo Garcia, a cada um de vocês devo o mais nobre sentimento que um ser humano pode conservar: a gratidão.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo encontrar soluções para o controle judicial da regulação econômica no Brasil a partir do diálogo com a experiência dos Estados Unidos da América (EUA). Busca-se analisar comparativamente o modelo de regulação norte-americano e o brasileiro, colocando em perspectiva o desenvolvimento histórico da regulação em ambas as realidades, suas compatibilidades e incompatibilidades, notadamente em face de questões institucionais, políticas e socioeconômicas. A seguir, o estudo passa pela investigação de *Chevron U.S.A., Inc. vs. Natural Resources Defense Council, Inc.* (1984), precedente da Suprema Corte norte-americana em que se firmaram os parâmetros para o controle judicial dos atos administrativos de regulação nos EUA. Esse julgamento é responsável pelo aprofundamento da discussão judicial e acadêmica sobre o papel adequado dos tribunais no Estado administrativo, além de acender a consciência em torno da necessidade de se considerar questões afetas à capacidade institucional dos atores envolvidos na regulação. Ao final, investiga-se em que sentido a doutrina e a jurisprudência norte-americanas podem contribuir para o aperfeiçoamento do controle judicial brasileiro. A metodologia envolve uma abordagem dialética, visto que utiliza procedimentos comparativos e a técnica de pesquisa bibliográfica, nacional e estrangeira, com consultas a livros, artigos científicos e sítios eletrônicos especializados.

Palavras-chave: Controle Judicial. Regulação Econômica. Chevron. Capacidades Institucionais.

ABSTRACT

The general objective of this work is to find solutions for the judicial control of economic regulation in Brazil based on the dialogue with the experience of the United States of America (USA). It seeks to analyze comparatively the North American and Brazilian regulation model, putting in perspective the historical development of regulation in both realities, their compatibilities and incompatibilities, notably in the face of institutional, political and socioeconomic issues. Next, the study is investigated by *Chevron U.S.A., Inc. vs. Natural Resources Defense Council, Inc.* (1984), precedent of the North American Supreme Court, in which the parameters for the judicial control of administrative regulatory acts in the USA were established. This judgment is responsible for deepening the judicial and academic discussion on the proper role of the courts in the administrative state, in addition to raising awareness about the need to consider issues related to the institutional capacity of the actors involved in regulation. In the end, it is investigated in what sense the North American doctrine and jurisprudence can contribute to the improvement of the Brazilian judicial control. The methodology involves a dialectical approach using comparative procedures and the technique of bibliographic research, national and foreign, with consultations to books, scientific articles and specialized electronic sites.

Keywords: Judicial Control. Economic Regulation. Chevron. Institutional Capacities.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 O MODELO REGULATÓRIO BRASILEIRO: UM ESTUDO COMPARADO COM O FENÔMENO NORTE-AMERICANO	12
1.1 A regulação econômica nos Estados Unidos da América	13
1.2 O modelo regulatório brasileiro implantado a partir da década de 1990.....	23
1.3 Processo de agencificação: uma análise comparativa entre o Brasil e os EUA	30
1.3.1 <i>Federalismo e Tradição Jurídica.....</i>	30
1.3.2 <i>A Posição das Agências no Ordenamento Jurídico de cada país.....</i>	32
1.3.3 <i>Autonomia, relação com os outros Poderes e Legitimidade Democrática....</i>	34
2 OS TRIBUNAIS E AGÊNCIAS REGULADORAS: UM ESTUDO PRAGMÁTICO DAS INSTITUIÇÕES	44
2.1 A Separação de Poderes: a evolução histórica do papel dos Tribunais	44
2.1.1 <i>Uma breve análise da evolução do princípio da separação dos poderes — de Aristóteles a Montesquieu</i>	45
2.1.2 <i>O Papel contemporâneo dos Tribunais: um verdadeiro poder político?</i>	48
2.2 Os Tribunais, as agências e a “Nova Separação de Poderes”	55
2.2.1 <i>O Papel dos Tribunais e a Teoria de Bruce Ackerman</i>	55
2.2.2 <i>Capacidades institucionais: um estudo pragmático das instituições</i>	60
2.2.3 <i>Interação entre Poder Judiciário e agências reguladoras: o paradigma norte-americano</i>	63
2.2.3.1 <i>Skidmore Et Al. versus Swift & Co. (1944)</i>	65
2.2.3.2 <i>Auer versus Robbins (1997).....</i>	66
2.2.3.3 <i>FDA versus Brown & Williamson Tobacco Corp. (2000)</i>	68
2.3 A Doutrina Chevron e sua evolução no âmbito do direito norte-americano .	69
2.3.1 <i>A doutrina Chevron: uma definição ante casum do intérprete preferido.....</i>	70
2.3.2 <i>Evolução de Chevron - Step Zero</i>	75
3 O CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS	80
3.1 O controle judicial dos atos regulatórios no Brasil	80
3.1.1 <i>Da legalidade à juridicidade</i>	81
3.1.2 <i>A autocontenção irrefletida: a necessidade de um controle finalístico da regulação econômica à luz do conceito de juridicidade</i>	85
3.2 Aplicação do caso Chevron ao contexto regulatório brasileiro	89

3.2.1 A qualidade regulatória no Brasil: o passo zero para se definir a aplicabilidade de Chevron	90
3.2.1.1 Da institucionalização das agências	91
3.2.1.2 Da procedimentalização do processo de tomada de decisão no âmbito das agências	97
3.2.1.3 O passo zero brasileiro: uma proposta de definição da aplicabilidade de Chevron com base na reputação da agência	101
3.3 Precedentes selecionados: argumentos em ação.....	109
3.3.1. Superior Tribunal de Justiça (STJ): Recurso Especial n. 1.803.137 – Rio de Janeiro.....	110
3.3.2 Supremo Tribunal Federal (STF): Análise prévia da decisão do Tribunal Regional da 1ª Região na Apelação/Reexame Necessário n. 2005.34.00.012752-0 — Distrito Federal.....	112
3.3.3 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.083.955 — Distrito Federal	114
3.3.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.543 (ADI 5.543) — Distrito Federal	116
3.3.4.1 Voto (vencido) do Ministro Alexandre de Moraes	117
3.3.4.2 Voto (vencedor) do Ministro Edson Fachin, relator do processo	120
CONCLUSÃO.....	122
REFERÊNCIAS	126

INTRODUÇÃO

Nos Estados Unidos da América (EUA), a regulação econômica por intermédio de agências regulatórias independentes (*independent regulatory commission*) surgiu em meados do século XIX, a partir dos problemas gerados pelos monopólios ferroviários (*railroad problem*). O parlamento mostrou-se incapaz de resolvê-los diretamente, momento em que começou a crescer a convicção de que a solução seria a criação de uma nova instrumentalidade do governo: um corpo técnico, permanente e afastado da área política; um órgão regulatório.

Tal conjuntura se consolidou por meio das medidas progressistas, que ocorreram a partir da implementação das reformas propostas pelo *New Deal* (1933). Este visava combater os efeitos causados pela Grande Depressão (1929-1939) e promovia questões de cunho social em um sistema desenvolvido sob a égide do livre mercado. Nesse cenário, as agências independentes marcaram uma nova forma de interação entre o Estado e o mercado, consubstanciada em um compromisso permanente de estabilização deste último.

No Brasil, a efetiva implantação do modelo de agencificação foi tardia em relação ao fenômeno norte-americano, mas neste buscou inspiração, mesmo diante de um contexto político e econômico oposto. Com efeito, as agências reguladoras no país surgiram em razão do afastamento estatal quanto à execução direta de uma série de atividades, ao passo que, em âmbito norte-americano, a difusão ocorreu em virtude do processo de regulação de um mercado que historicamente se encontrava desregulado.

Ao longo da história norte-americana, cada novo programa regulatório recém-estabelecido era acompanhado com desconfiança pelo Poder Judiciário, que logo demonstrava adaptabilidade à ideia de expansão administrativa, relaxando, por consequência, os padrões de revisão judicial. De maneira geral, pode-se dizer que, inicialmente, a preocupação judicial recaía sobre a legitimidade do poder regulador, pois havia o entendimento que competia aos Tribunais a proteção dos direitos de propriedade e, por conseguinte, da autonomia de mercado. Uma vez superado o compromisso deste Poder com a doutrina do *laissez-faire*, e acatada a constitucionalidade do novo mecanismo institucional de regulação, as preocupações judiciais se voltaram ao processo de controle da discricionariedade administrativa.

Nesse contexto, a doutrina *Chevron* (*Chevron doctrine*), consagrada a partir do julgamento *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.* (1984) pela Suprema Corte dos EUA (SCOTUS), representou — e ainda representa — a principal manifestação judicial sobre a divisão de autoridade entre as agências e tribunais na interpretação das leis. O precedente firmou, sumariamente, que os tribunais deveriam aceitar interpretações razoáveis das agências em relação aos estatutos que elas estariam encarregadas de administrar.

Ademais, a simplicidade de *Chevron* esconde sutis, mas relevantes, inovações, não só para o controle judicial da atividade regulatória, mas também para a posição da instância regulatória na ideia de separação de poderes. Duas emergem com maior importância: (i) o reconhecimento da legitimidade democrática das agências, especialmente por pertencerem a um ramo político do governo e terem seus procedimentos orientados por mecanismos de participação popular; e (ii) a introdução do tema acerca das capacidades institucionais (*institutional capacities*), a partir da percepção de que outras instituições podem ter uma vantagem comparativa em relação aos tribunais para interpretar questões que demandam especialização técnica.

Se, nos EUA, o sistema judicial foi determinante para os rumos da regulação, no Brasil, não se pode dizer o mesmo. Não é possível identificar na jurisprudência brasileira parâmetros claros de controle dos atos regulatórios. O que se verifica, ao contrário, é o uso das ferramentas clássicas de controle dos atos administrativos (*lato sensu*), sem nenhuma distinção em relação aos atos emanados pelas agências reguladoras.

Especificamente em relação aos atos regulatórios e seu grau de sindicabilidade pelo Poder Judiciário, não é possível concluir em que medida é possível aplicar a experiência norte-

americana, sem antes estabelecer um diálogo entre as duas realidades. Este é o objeto do presente trabalho.

Justifica-se, assim, o primeiro capítulo desta dissertação. Para compreender a regulação econômica — e também a social, que será analisada tangencialmente — por agências, faz-se necessária a análise de evolução histórica em ambas as realidades institucionais. Essa perspectiva é fundamental para entender as razões subjacentes ao fenômeno regulatório e a evolução da relação institucional entre as agências e os poderes constituídos. Nos EUA, a demarcação temporal se inicia ainda no século XIX, principalmente a partir da emergência da regulação à esfera federal. Já a análise nacional da disciplina acontece a partir da década de 1990, época na qual se comprova que a regulação, no Brasil, tem gênese diversa da norte-americana.

Mais que isso. Há distinções relevantes entre os dois países, tais como: a organização federativa, a tradição jurídica, a relação entre os poderes de Estado; até mesmo os projetos de Estado são distintos, seja sob o ponto de vista constitucional, seja pela mera observação da realidade socioeconômica, que demandam posturas estatais diferentes para cada uma das realidades. Com a visão global da história e das diferenças gerais, é possível estabelecer um diálogo mais pragmático entre as duas experiências.

Passa-se, com isso, a examinar o desenvolvimento do princípio da separação dos poderes, com enfoque na interação entre Poder Judiciário e as agências reguladoras. Para esse fim, o segundo capítulo, em um primeiro momento, analisa a evolução histórica do princípio da separação dos poderes, buscando demonstrar a ascensão do Poder Judiciário. A seguir, examina o papel dos Tribunais diante da teoria desenvolvida por Bruce Ackerman, que encara a separação de poderes como uma teoria de especialização funcional, complementando-a com a teoria das capacidades institucionais, conforme desenvolvido por Cass Sunstein e Adrian Vermeule, em sua obra seminal *Interpretation and Institutions* (2003). Por fim, estuda a doutrina *Chevron* como resultado do influxo dessas duas teorias.

Estabelecidos os parâmetros teóricos e os precedentes judiciais que forjaram o método de controle judicial da regulação econômica nos EUA, o terceiro capítulo pretende adequar as concepções desenvolvidas no capítulo precedente quanto à realidade regulatória formal e substantiva brasileira. Em específico, a intenção é estudar a aplicabilidade de *Chevron* e as concepções dela decorrentes no controle judicial brasileiro.

Para abordar esse assunto, analisa-se a evolução do controle jurisdicional dos atos administrativos no Brasil, tanto sob o ponto de vista doutrinário quanto judicial. Neste ponto, investiga-se, ainda, a hipótese de existência de uma autocontenção irrefletida do Poder Judiciário em relação às questões regulatórias. Por último, esta dissertação se dedica a analisar três decisões proferidas por tribunais superiores (duas decisões do Supremo Tribunal Federal e uma decisão do Superior Tribunal de Justiça), com o objetivo de encontrar referências explícitas ou implícitas às teorias apreendidas anteriormente.

1 O MODELO REGULATÓRIO BRASILEIRO: UM ESTUDO COMPARADO COM O FENÔMENO NORTE-AMERICANO

Nos Estados Unidos da América (EUA), a regulação econômica por intermédio de agências independentes surgiu, em meados do século XIX¹, a partir dos problemas gerados pelos monopólios ferroviários (*railroad problem*). O parlamento mostrou-se incapaz de resolvê-los diretamente, momento em que começou a crescer a convicção de que a solução seria criar uma nova instrumentalidade de governo: um corpo técnico, permanente e afastado da área política; um órgão regulatório.

Notadamente, um movimento progressista se consolidou a partir da implementação das reformas propostas pelo *New Deal* (1933), que visava promover questões de cunho social em um sistema desenvolvido sob a égide do livre mercado.

A efetiva implantação do modelo de agencificação no Brasil foi tardia em relação ao fenômeno norte-americano, mas neste buscou inspiração, apesar de ter surgido em um contexto político e econômico oposto. Com efeito, no Brasil, as agências reguladoras surgiram em virtude do afastamento estatal quanto à execução direta de uma série de atividades, ao passo que, em âmbito norte-americano, a difusão ocorreu em razão do processo de regulação de um mercado que historicamente se encontrava desregulado.

O presente capítulo tem por escopo analisar comparativamente o modelo de regulação norte-americano e o brasileiro, colocando em perspectiva o desenvolvimento histórico da regulação em ambas as realidades, suas compatibilidades e incompatibilidades, especialmente em face de questões institucionais, políticas e socioeconômicas.

¹Segundo McCraw (1986, p. 260), a primeira agência reguladora estadual (*independent regulatory commission*), criada para regular as ferrovias foi a *Rhode Island Commission de 1839*, com a finalidade de persuadir as ferrovias rivais a trabalharem juntas em horários e taxas ajustados. As ferrovias preferiram fazer seus próprios arranjos e, por isso, o tribunal de *Rhode Island*, precocemente, deixou de existir.

1.1 A regulação econômica nos Estados Unidos da América

Nos EUA, a Constituição Federal nunca dispôs sobre a estruturação das funções necessárias ao apoio do chefe do Poder Executivo. Ao longo do tempo, desenvolveu-se aquilo que se convencionou chamar de Estado Administrativo, cujo modelo de governança foi pautado na existência de agências executivas e reguladoras que compuseram a burocracia estatal norte-americana, sem pertencer, no entanto, ao âmbito de qualquer um dos três poderes da República (GUERRA, 2017, p. 128).

Aliás, inicialmente, não se sabia a qual poder competia desenvolver as atividades administrativas. A tendência inicial era atribuir tais funções ao Legislativo, tanto em âmbito estadual quanto em âmbito federal, o que impediu, durante parte do século XIX, o desenvolvimento de organizações públicas focadas e especializadas em questões das quais o parlamento não se mostrava adequado (GUERRA, 2017, p. 129).

A inaptidão legislativa para regulamentar conteúdos cujas complexidades técnicas fugiam às competências ordinárias dos seus membros não passou ao largo da crítica especializada da época. Esta via o Poder Legislativo como um foro incapaz de acompanhar a dinâmica de uma sociedade que passava por grandes mudanças, impulsionada pela intensificação da industrialização pós-Guerra Civil Americana (1861-1865), que foi resultado do aperfeiçoamento tecnológico da época.

Charles Francis Adams (1807-1886), que teve importante participação no desenvolvimento da regulação econômica oitocentista norte-americana, prescreveu que o Legislativo não poderia fazer um trabalho de regulamentação inteligente, pois “[...] o conhecimento não pode se infiltrar na legislatura, porque ninguém permanece na legislatura por tempo suficiente para aprender”² (MCCRAW, 1986, p. 230, tradução nossa).

Como resultado, foram criadas comissões reguladoras em âmbito estadual que tinham por fim operarem como braço forte do Legislativo. Surgiram, primeiramente, na esfera estadual e, logo após, ascenderam à seara federal. A indústria ferroviária foi a principal responsável pelo fenômeno regulatório emergir, mormente por ser um ramo tendente ao monopólio natural, seja pelas suas características econômico-estruturais, seja em razão do interesse público envolvido.

² No original: *knowledge cannot possibly creep into the legislature, because no one remains in the legislature long enough to learn.*

Na década de 1860, as ferrovias já detinham grande relevância econômica, empregando mais que toda a burocracia federal norte-americana e excedendo, em muito, o faturamento das maiores empresas manufatureiras do país. Para além desta relevância, a atividade ferroviária, em virtude da sua organização e regularidade, influenciava a sociedade de tal maneira que muitos ajustavam o ponteiro do relógio levando em consideração o apito do trem a vapor que passava por suas portas (MCCRAW, 1986, p. 7-30).

Para regulação econômica das ferrovias, adotou-se, principalmente, as chamadas *weak regulatory commissions*, frutos de um modelo menos interventivo e mais dialógico de intervenção do Estado no plano econômico. Alternativamente, surgiram, em quatro estados do centro-oeste americano — *Illinois, Wisconsin, Minnesota e Iowa* —, as *Granger Laws*³, que regulamentavam as tarifas das ferrovias dentro de cada estado. Essa regulamentação limitava as tarifas cobradas pelas companhias ferroviárias para o transporte de produtos e de pessoas, bem como em relação ao armazenamento em depósitos sob a responsabilidade dessas companhias. Além disso, em três dos quatro estados citados foram criadas as *strong commissions*, que tinham a liberalidade de fixar tarifas máximas para cada tipo de serviço (RABIN, 1986, p. 1197).

A questão tarifária, durante esse período, era o tema sobre o qual a regulação econômica mais dispensava atenção⁴. A literatura especializada defendia que os limites tarifários impostos pelo Legislativo — função que foi legalmente delegada às *strong commissions* em alguns estados — tiveram efeitos deletérios para o desenvolvimento econômico das ferrovias durante sua vigência, haja vista a séria repercussão sobre as receitas das companhias ferroviárias, o que

³ As leis de Granger (*Granger Laws*) decorreram de um forte movimento iniciado em 1867 por agricultores (*The Granger Movement*). Dentre os objetivos dos agricultores filiados, estava o de combater as altas tarifas cobradas para o transporte dos produtos agrícolas (GUERRA, 2017, p. 131). Das leis de Granger, a mais criticada foi a produzida pelo estado de *Wisconsin*, em 1874, intitulada Lei de Potter (*Potter Law*). Já no segundo ano de vigência da Lei de Potter, a crítica especializada da época verificou que nenhuma ferrovia de *Wisconsin* obteve lucro sobre suas operações, além de um relevante desinvestimento estrangeiro no estado. Por essa razão, e por recomendação do Governador William Robert Taylor (1820-1909), em 1876, os próprios homens que haviam aprovado a lei rapidamente a revogaram (DETRICK, 1903, p. 243).

⁴ A questão da segurança também era um tema que chamava a atenção regulatória. Os constantes acidentes, bem como a probabilidade de que eles voltassem a acontecer, foram objeto de preocupação para a regulação das ferrovias da época. Dados apresentados apontam para a média de 87 acidentes por ano, durante a década de 1860, 143 na década de 1870 e 209 na década de 1880. Analisando a situação, McCraw (1986, p. 371-384) verifica que: [...]“ as ferrovias trouxeram consigo algumas das condições mais perigosas que a humanidade já havia criado, fora da guerra. O carregamento de numerosos passageiros a bordo de carros de madeira e metal pesando centenas de toneladas, o movimento desses carros em grande velocidade, impulsionado por enormes fornos portáteis que geram vapor de alta pressão e a passagem rápida de todo o trem por trilhos não cruzados que cruzavam numerosos direitos de cavalo e pedestres - tudo isso resultou em uma gama espetacular de perigos”.

impedia investimentos na ampliação e no aperfeiçoamento da atividade (DETRICK, 1903, p. 237)⁵.

O crescimento das comunidades americanas era diretamente proporcional à expansão das estradas de ferro. Assim, as companhias defendiam a premissa de que as leis que se apresentassem hostis aos seus interesses também seriam nocivas ao interesse público. Por isso, muitos daqueles que defenderam, em um primeiro momento, leis mais rígidas sobre a política tarifária das ferrovias, depois, passaram a defender a revogação delas (DETRICK, 1903, p. 241).

Mesmo com intensa oposição da indústria ferroviária, o poder dos estados e, consequentemente, das *strong commissions*, quanto a regular o mercado, foi referendado pela Suprema Corte que entendeu pela constitucionalidade das Leis de *Granger*. A decisão foi proferida no caso *Munn versus Illinois*⁶, concluindo que compete ao estado regular atividades privadas afetadas ao interesse público em seu âmbito territorial.

Outro argumento analisado na decisão foi sobre a possibilidade de o estado regular diretamente atividades econômicas que transbordassem as fronteiras territoriais, como no caso da atividade ferroviária. Para Justice Morrison Waite (1816-1888), que se pronunciou pela maioria no julgamento em questão, embora o Congresso fosse o competente para dispor sobre o comércio interestadual, o governo estadual, ante à inexistência de um provimento federal, poderia regulamentar atividades desta natureza, mesmo que potencialmente repercutisse sobre o comércio fora do seu território⁷.

No entanto, o aval jurisdicional para a regulação mais interventiva não alcançou o sucesso esperado, pois incidia sobre proeminentes corporações interestaduais. As atividades destas se estendiam para além da circunscrição estadual de cada comissão, o que dificultava a

⁵ Detrick (1903, p. 256) não atribui ao movimento dos agricultores a responsabilidade pela crise que atingiu as ferrovias a partir de 1874. Para ele, a crise decorreu do chamado “Pânico de 1873”, uma grave depressão econômica que afetou os Estados Unidos da América até 1879.

⁶ *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/94/113/>. Acesso em: 01 jun. 2020.

⁷ O Justice Waite assim se posicionou: “[...] Their regulation is a thing of domestic concern, and, certainly, until Congress acts in reference to their interstate relations, the State may exercise all the powers of government over them, even though in so doing it may indirectly operate upon commerce outside its immediate jurisdiction. We do not say that a case may not arise in which it will be found that a State, under the form of regulating its own affairs, has encroached upon the exclusive domain of Congress in respect to inter-state commerce, but we do say that, upon the facts as they are represented to us in this record, that has not been done”. Trecho extraído de *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 135 (1876).

fiscalização, seja pela exígua estrutura, seja pela ausência de autoexecutoriedade das decisões proferidas (MCCRAW, 1986, p. 793).

Além da não implementação prática das políticas regulatórias, Rabin (1986, p. 1197) pontua que o fracasso do movimento de *Granger* se deu por outros fatores, tais quais: (i) o crescimento exponencial e desordenado do movimento⁸; (ii) perda de coesão entre os seus membros, o que afastou membros marginais, insatisfeitos com a não obtenção de benefícios tangíveis imediatos; e (iii) a não realização de reformas estruturais no mercado que seriam mais cruciais do que a própria regulamentação tarifária.

Nesse contexto, relevante citar um caso decidido pela Suprema Corte, essencial para o surgimento da primeira agência reguladora em âmbito federal, além de federalizar a regulação das ferrovias. O julgado, conhecido como *Wabash Case*⁹, analisou a validade de uma lei estadual que proibia a discriminação de tarifas ferroviárias em relação ao transporte de passageiros e mercadorias da mesma classe.

No caso, para o transporte de carga de Peoria, em Illinois, até Nova York, determinou-se uma tarifa ferroviária, e para o transporte que saía de Gilman, em Illinois, para Nova York, estipulou-se outra tarifa. A diferença ocorreu porque o primeiro percurso era 138 km (cento e trinta e oito quilômetros) mais próximo de Nova York. O Tribunal entendeu que a Lei de Illinois não poderia dispor sobre contratos incidentes no “comércio entre estados” (*commerce among the states*), conquanto restasse a possibilidade de os estados disporem sobre as operações que se iniciassem e terminassem dentro dos seus próprios limites territoriais.

Wabash Case contrariou a decisão proferida em *Munn versus Illinois*, em que se garantiu a competência do estado para regulamentar a “parte doméstica” do transporte interestadual. Para Rabin (1986, p. 1.202-1.203, tradução nossa), “[...] ao demolir os esforços estatais para regular o tráfego local que passava além de suas fronteiras, a Corte deu o impulso final para uma resposta federal — a promulgação, um ano depois, da Lei do Comércio”¹⁰.

⁸ O movimento de *Granger* atingiu envergadura nacional a partir do início da década de 1870, com aspirações mais amplas do que simplesmente a regulação tarifária. Em 1875, a associação nacional alcançou mais de 800.000 membros (GUERRA, 2017, p. 131).

⁹ *Louis & Pacific Railway Company v. Illinois*, 118 U.S. 557 (1886). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/118/557/>. Acesso em: 01 jun. 2020

¹⁰ No original: *by demolishing state efforts to regulate local traffic that passed beyond its borders, the Court provided the final impulse for a federal response—the enactment, a year later, of the Commerce Act.*

Além disso, cada grupo envolvido na atividade ferroviária — gestores ferroviários, agricultores, comerciantes, operadores de armazém e diversos outros intermediários — tinha interesse na regulação econômica da atividade. A ideia de um mercado desregulado não os agradava e havia consenso de que uma intervenção governamental federal seria mais benéfica que qualquer outra forma tentada até então (RABIN, 1986, p. 1.196).

Diante da vontade dos grupos ligados à atividade regulatória coincidir com a nova posição da Suprema Corte, aprovou-se um projeto de lei (*Cullom's Bill*) — que tramitava no Congresso desde 1883 — criando-se, em 1887, a Comissão Interestadual de Comércio (*Interstate Commerce Commission — ICC*)¹¹, com o fim de administrar “[...] um conjunto de diretrizes gerais e flexíveis para a governança da indústria ferroviária”¹² (MCCRAW, 1986, p. 841, tradução nossa).

McCraw (1986, p. 848) aduz que a ICC inaugurou uma nova forma de o governo lidar com as relações econômicas e serviu como referência para a criação da maior parte das agências federais que a sucederam, especialmente no que tange à fixação de regras de nomeação e posse dos seus membros e à forma de interação com o Legislativo, Executivo e Judiciário, mesmo que, inicialmente, as suas funções institucionais tivessem sido restringidas pelo Judiciário.

A administração do estado, por meio de agências dotadas de extensas funções, se deu, justamente, pela incapacidade dos tradicionais Poderes de lidarem com os complexos problemas modernos que atingiam os negócios. Estes últimos extrapolavam as questões tarifárias e tinham uma origem em comum: o poderio econômico do oligopólio das grandes ferrovias (GUERRA, 2017, p. 35-36)¹³.

A ascensão regulatória à esfera federal não foi um movimento que substituiu a regulação pelo estado, que subsiste até hoje na realidade norte-americana. Nas palavras de McCraw (1986, p. 827, tradução nossa), [...]“em muitos setores, a regulamentação estadual continuou, sem redução de importância, até os dias atuais. A maioria dos serviços públicos, por exemplo, continua a ser regulada principalmente por comissões estaduais”¹⁴. Entretanto, a regulação

¹¹ A ICC foi substituída, em 1995, pelo *Surface Transportation Board (STB)*.

¹² No original: *a set of general and flexible guidelines for the governance of the railroad industry*.

¹³ Guerra (2017, p. 136) pontua que, embora não haja previsão expressa na Constituição dos EUA acerca da possibilidade de criação das agências, há no artigo I, seção 8 (*the necessary-and-proper clause*), uma autorização genérica para criação de órgãos administrativos detentores das funções típicas de Estado (administrar, legislar, fiscalizar e julgar).

¹⁴ No original: *In many industries, state regulation has continued, with no abatement of importance, down to present day. Most public utilities, for example, continue to be regulated primarily by state commissions*.

federal mostrou-se mais adequada àqueles setores cujas atividades se espalhavam por toda a federação.

As soluções regulatórias para o problema ferroviário (*railroad problem*) não eram homogêneas para todos os estados da federação. No Leste dos EUA, a problemática se ligava, principalmente, à excessiva concorrência, na qual os preços de transporte ficavam abaixo da linha de subsistência das companhias. Ao contrário, no Oeste e no Sul, o problema era o monopólio, com comunidades inteiras dependentes de corporações ferroviárias únicas, o que subvertia a lógica democrática pois entregava nas mãos de corporações privadas o destino da sociedade (MCCRAW, 1986, p. 828).

As discussões acerca da política tarifária das ferrovias não se apaziguaram sob a ordenação regulatória da ICC. Merece destaque um caso julgado pela Suprema Corte, em 1898, conhecido como *Smyth versus Ames*¹⁵, em que a *Union Pacific Railroad* questionou uma lei de Nebraska que dispôs sobre as tarifas máximas que a companhia poderia cobrar pelo transporte de cargas.

O Tribunal decidiu que a ferrovia tinha direito a um retorno “razoável” sobre o “valor justo dos bens que estão sendo usados para a conveniência do público”. O conceito de “valor justo”, na forma disposta pela Suprema Corte, criou uma celeuma que se arrastou durante anos no debate regulatório. Segundo McCraw (1986, p. 827, tradução nossa)¹⁶:

Na prática, esses problemas promoveram o surgimento de métodos contábeis engenhosos por parte das empresas, todos calculados para maximizar as receitas diante dos limites regulatórios das taxas de retorno percentuais. Na pior das hipóteses, eles fizeram do processo de regulação de tarifas uma charada ritualística, representada na forma de casos de taxas em larga escala como parte das operações rotineiras das comissões. Tais casos, conduzidos sob regras processuais elaboradas, frequentemente se transformavam em audiências extremamente trabalhosas, dominadas por advogados e engenheiros, incompreensíveis para os cidadãos comuns.

O controle judicial da atividade regulatória, nesse caso, trouxe mais controvérsias que soluções. A fixação de um valor justo nos termos da decisão levou a condutas contrárias ao interesse público, tais quais: o investimento em capital em detrimento da contratação de mão

¹⁵ *Smyth v. Ames*, 171 U.S. 361 (1898). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/171/361/>. Acesso em: 30 maio 2020.

¹⁶ No original: *In practice, these problems promoted the rise of ingenious accounting methods by corporations, all calculated to maximize revenues in the face of regulatory limits on percentage rates of return. At worst, they made the process of rate regulation a ritualistic charade, played out in the form of full-scale “rate cases” as part of the routine operations of commissions. Such cases, conducted under elaborate procedural rules, often turned into extremely laborious hearings dominated by lawyers and engineers, incomprehensible to ordinary citizens.*

de obra; o desincentivo ao corte de gastos estruturais, o que, quase sempre, ocasiona perda de eficiência; a questão tratada como “*regulatory lag*”, em que se desperdiça mais tempo com os procedimentos levados a cabo pelas agências que com a regulação propriamente dita (MCCRAW, 1986, p. 820).

Não obstante, essa decisão representa um exemplo da mudança de abordagem da questão regulatória decorrente de *Wabash*. Ao tempo que lançou luz sobre a definição da competência federativa para dispor sobre a regulação, *Wabash* também consistiu em uma auto-proclamação do Poder Judiciário como curador da política regulatória, conforme se verifica em *Smyth versus Ames*.

Assim, a clara deferência ao Parlamento para enunciação da política regulatória prevista em *Munn versus Illinois* passou a não mais existir. O Judiciário, com o objetivo de garantir a não intervenção arbitrária na esfera privada, arrogou-se no poder de averiguar a razoabilidade das medidas regulatórias, tomando tal atividade como inerente à sua função. Em suma, manteve-se o entendimento de que a prescrição destas seria um múnus legislativo, mas, por outro lado, inaugurou-se uma concepção ritualística de confirmação judicial das prescrições legislativas regulatórias (RABIN, 1986, p. 1.203).

Essa aparente desconfiança do Judiciário na regulamentação econômica se intensificou com a maior delegação dos órgãos legislativos às comissões reguladoras, cujas funções, em tese, abrangiam aquelas que são inerentes aos três poderes republicanos. Desse modo, “[...] o mandado judicial parecia claro: apenas o judiciário era um baluarte entre a tirania popular e o tradicional respeito pelos direitos de propriedade¹⁷” (RABIN, 1986, p. 1.204, tradução nossa).

A justificativa da criação da ICC e da própria regulação econômica do século XIX foi complementada pelo agravamento das questões sociais — ou de sua maior percepção — a partir da Grande Depressão de 1929.

Aqueles fatores que permitiam o abuso tarifário por partes das ferrovias, por exemplo, foram mitigados com o surgimento do transporte rodoviário e, mais à frente, do transporte aéreo, o que sugere, para alguns, uma capacidade de autorregulação do mercado, mesmo em

¹⁷ No original: *the judicial mandate seemed clear: Only the judiciary stood as a bulwark between popular tyranny and traditional respect for property rights.*

situações mais sensíveis (FRIEDMAN, 2014, p. 31)¹⁸. No entanto, não foi essa a lógica subjacente ao estágio regulatório que durou de 1930 a 1945.

Nesse período, a questão emergente passou a ser a da implementação dos programas governamentais, de nítido viés social e intervencionista, previstos no plano de recuperação econômico-social conhecido como *New Deal*¹⁹, idealizado pelo então presidente Franklin Delano Roosevelt (1882-1945).

O *New Deal* foi produto da crise do Estado Liberal e, nesse contexto, as agências reguladoras foram eleitas como importantes instrumentos para criar o ambiente propício ao desenvolvimento econômico, sem descuidar das questões sociais relegadas pelas regras gerais primitivas do *laissez-faire*. A convicção era de que a tecnicidade e o insulamento político das agências permitiriam uma resposta rápida e flexível às demandas sociais presentes no período, além de “[...] driblar os entraves à regulação opostos por um Judiciário predominantemente conservador” (BINENBOJM, 2005a, p. 150).

Em meio à ressignificação do papel do Estado, proposta pelos *New Dealers*, é que se assenta o fenômeno regulatório por intermédio de agências, como elemento distintivo da Administração Pública dos EUA²⁰. A criação de um modelo regulatório de agencificação, capaz de mitigar a rígida concepção da separação dos poderes, foi essencial para realizar o conjunto de reformas propostas pelo *New Deal*, que relativizaram diversas garantias liberais antes tidas como intocáveis (SUNSTEIN, 2017, p. 150).

Esse novo estágio da regulação impôs, em razão da transformação social que se pretendia alcançar, uma maior autonomia das agências reguladoras para a ação imediata, qualidade que

¹⁸ Milton Friedman (2014, p. 31) afirma que “[...] se as ferrovias nunca tivessem sido sujeitas à regulação nos Estados Unidos, é quase certo que, hoje, o setor de transportes, inclusive ferrovias, seria altamente competitivo, com pouco ou nenhum remanescente monopolista”.

¹⁹ O Presidente Franklin D. Roosevelt descreveu a origem da palavra *New Deal* da seguinte forma: “[...] *The word ‘Deal’ implied that the Government itself was going to use affirmative action to bring about its vowed objectives rather than stand by and hope that general economic laws alone would attain them. The word ‘New’ implied that a new order of things designed to benefit the great mass of our farmers, workers and business men would replace the old order of special privilege in a Nation with was completely and thoroughly disgusted with the existing dispensation*”. (ROOSEVELT, Franklin D. **The public papers and addresses of Franklin D. Roosevelt: The year of crisis, 1933.** p. 5. Disponível em: <https://quod.lib.umich.edu/p/ppotpus/4925381.1933.001/33?rgn=full+text;view=image>. Acesso em: 08 jun. 2020).

²⁰ Segundo Sunstein (2017, p. 132), “[...] onze agências foram criadas entre a elaboração da Constituição e o fim da Guerra Civil; seis foram criadas entre 1865 e a virada do século; nove foram constituídas entre 1900 e a Primeira Guerra; outras nove apareceram entre 1918 e a Grande Depressão de 1929; enquanto nada menos que dezessete foram erigidas entre 1930 e 1940”.

nenhum dos três poderes do Estado detinha. Assim, sob a égide do *New Deal*, o papel do Judiciário foi limitado, o processo legislativo passou a ser visto como um obstáculo às mudanças sociais e o Executivo, apesar do aumento de poder do presidente, não tinha competência para controlar diretamente algumas agências (SUNSTEIN, 2017, p. 153-155).

Tal ideário progressista encontrou frontal resistência dos atores políticos e econômicos, muito em razão das disfuncionalidades demonstradas na implantação do modelo regulatório. É que as agências se mostraram permeáveis à política e a propalada *expertise* não se verificou na realidade, o que “[...] levou a um crescimento explosivo do número de litígios em que as empresas desafiaram sua regulamentação” (SILVEIRA, 2017, 129-130).

Um exemplo paradigmático dessa contestação pode ser observado no caso *Schechter Poultry Corp vs United States*²¹. O julgamento teve como objeto a Seção 3 (três), da Lei Nacional de Recuperação Industrial de 1933²² (*National Industrial Recovery Act of 1933 — NIRA*), que concedia amplos poderes ao presidente para aprovar “padrões de concorrência leal” enviados por associações representativas dos setores industriais ou comerciais interessados.

A Suprema Corte entendeu pela inconstitucionalidade de qualquer ato do Congresso tendente a abdicar ou transferir para outros órgãos as funções legislativas essenciais das quais era investido. O que se percebeu em *Schechter Poultry Corp vs United States* foi que os *standards* não estavam devidamente previstos, o que, para a Corte, significou a criação de um poder à mingua da permissão constitucional.

Esse posicionamento conflitava com as bases em que se pretendia erigir o programa de recuperação de Roosevelt. Com a doutrina da não-delegação (*non-delegation*)²³, a Corte indicou claramente a divergência substancial entre os limites do poder regulador federal e a dos *New Dealers* (RABIN, 1986, p. 1.231)²⁴.

²¹ *ALA Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/295/495/>. Acesso em: 27 abr. 2020.

²² A *NIRA* era um programa central da estratégia inicial de Roosevelt para reverter o colapso econômico da Grande Depressão. Dentre suas disposições, encontravam-se matérias afetas ao direito concorrencial, trabalhista e do consumidor.

²³ Em 1928, na decisão prolatada no julgamento de *JW Hampton v. United States*, 276 US 394, a Suprema Corte esclareceu que, quando o Congresso dá a uma agência a capacidade de regular, deve dotar as agências de um princípio inteligível (*intelligible principle*) sobre o qual baseará seus regulamentos.

²⁴ Essa oposição da Suprema Corte ao *New Deal* manifestou-se em outras ocasiões, como em: *Railroad Retirement Board v. Alton Railroad* (1935) e *Carter v. Carter Coal Co.* (1936), onde foram invalidadas leis federais (*Railroad Retirement Act of 1934* e *Bituminous Coal Conservation Act of 1935*, respectivamente) por usurpação da competência dos estados; e *Morehead v. Nova York ex rel. Tipaldo* (1936), julgado no qual a Corte entendeu que uma comissão estadual do trabalho não poderia aprovar leis de salário mínimo.

Sendo as agências reguladoras independentes importantes instrumentos para o *New Deal*, as dúvidas e contestações também incidiram sobre o seu funcionamento. Nesse contexto, Binenbojm (2005, p. 151) afirma que diante da (i) crescente intervenção das agências nos setores econômicos, (ii) da duvidosa capacidade institucional para gerir os diversos setores regulados, e (iii) do seu aparente déficit democrático, as agências independentes passaram a ser questionadas e a preocupação passou a ser a do seu “[...] controle político, responsividade social e legitimidade democrática”.

Sem olvidar esses aspectos, o Poder Judiciário, paulatinamente, foi admitindo a delegação de maiores poderes legislativos às agências e também ampliando as suas hipóteses de cabimento, sob o argumento prático de que elas pudessem responder adequadamente à dinâmica e à especificidade do respectivo mercado regulado (CUÉLLAR, 2002, p. 162).

O abandono da doutrina da não-delegação ocorreu a partir da decisão proferida no caso *United States vs Curtiss-Wright Export Co.* (1936), ocasião em que se estipulou sobre os poderes legislativos do Congresso norte-americano serem delegados, desde que a lei delegante possuísse padrões claros e adequados (*meaningful standards*) para orientar o exercício do poder delegado (CUÉLLAR, 2002, p. 162).

Assim, passou-se a entender pela possibilidade de delegação de poderes legislativos a outros órgãos, contanto que tal exercício obedecesse aos limites prescritos e à determinação dos fatos (*standards*) nos quais a política, na forma disposta pelo Congresso, devesse ser aplicada.

Em 1946, visando procedimentalizar as ações das agências reguladoras, bem como estabelecer critérios uniformes para o seu controle, foi editado o *Administrative Procedure Act* (APA)²⁵, que, dentre outros fatores, conferiu ao Judiciário a responsabilidade de atuar no controle das agências reguladoras, especialmente para garantir a fidelidade do processo regulatório e do direito de invalidar decisões “arbitrárias” e “caprichosas” (SUNSTEIN, 2017, p. 177).

Quanto ao *Administrative Procedure Act* (APA), o Judiciário atuava em duas frentes principais: o controle das ações da agência em face do direito positivo e o controle de arbitrariedade. No primeiro caso, o controle judicial consistia em um exame de conformidade

²⁵ A APA é a Lei de Procedimentos Administrativos dos EUA. De maneira geral, fornece parâmetros para a revisão judicial, dispõe sobre o processo pelo qual as agências federais desenvolvem e emitem regulamentos, estabelece procedimentos de elaboração de regras e aborda outras ações da agência, como emissão de declarações de políticas, licenças e permissões.

entre o ato concreto exteriorizado pela agência e o modelo contido na norma jurídica de regência; no segundo, o exame se dava sobre o mérito da decisão da agência, a fim de evitar decisões capazes de subverter os objetivos da lei²⁶ (SUNSTEIN, 2017, p. 177-183).

A partir daí, desenvolveu-se a chamada doutrina *hard-look*, que conferia ao Judiciário um *status* de “curador da racionalidade dos processos regulatórios”, na medida em que facultava ele a exigir às agências a demonstração dos benefícios, custos e efeitos das alternativas regulatórias, “[...] ora para invalidar ou devolver para a agência medidas regulatórias que não atendam aos objetivos da lei, ora para exigir melhores explicações da agência acerca de críticas ou comentários feitos por partícipes do processo de consulta pública” (BINENBOJM, 2005a, p. 151).

No entanto, a grande virada no tratamento dispensado ao controle das agências reguladoras aconteceu em 1984, com o julgamento do caso *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837. A doutrina *Chevron*, forjada a partir de tal julgamento, consiste em um dos casos mais emblemáticos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Trata-se de uma decisão na qual se firmaram os parâmetros para o controle judicial dos atos administrativos de regulação naquele país.

A doutrina *Chevron* — bem como sua repercussão no âmbito do direito regulatório norte-americano a partir da década de 1980 — será analisada detidamente no capítulo 2 (item 2.3) da presente dissertação. O que se apresentou neste capítulo foi a evolução da regulação norte-americana em face da relação com os Poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário, principalmente deste último) e das contingências socioeconômicas de cada período, sem olvidar dos períodos subsequentes à edição da *APA*, que serão analisados mais à frente sob a ótica de *Chevron*.

1.2 O modelo regulatório brasileiro implantado a partir da década de 1990

Durante toda a Era Desenvolvimentista (1929-80), a economia brasileira vivenciou a expansão da sua atividade com uma taxa média de crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) total e *per capita* em 5,7% (cinco vírgula sete por cento) e 3,3% (três vírgula três por cento) anuais, respectivamente. Na década de 80, no entanto, esse crescimento foi refreado e o PIB

²⁶ Os critérios para a revisão judicial das ações das agências norte-americanas podem ser encontrados em: *UNITED STATES CODE. Judicial Review*, 5 U.S.C. §§ 701-706. 1964. Disponível em: www.loc.gov/item/uscode1964-018005007. Acesso em: 14 jul. 2020.

médio *per capita* chegou a 0,5% (zero vírgula cinco por cento) negativo (MADDISON, 2001, p. 74 e 153).

A esta altura, o endividamento externo foi o ponto de maior preocupação do derradeiro governo militar. Sérgio Fausto (FAUSTO, 2015, p. 469) relata as dificuldades do período:

A economia se fechara mais ainda, no início dos anos de 1980, na esteira da chamada “crise da dívida externa”. A necessidade de gerar superávits comerciais crescentes levou o último governo militar a desvalorizar a moeda e acirrar os controles administrativos sobre as importações. Fez-se o ajuste externo com sucesso, mas o custo econômico e social foi enorme. A economia praticamente não cresceu ao longo da década e a produtividade apresentou variação negativa. Sob os efeitos fiscais da crise da dívida externa — a maior parte da dívida brasileira com credores externos era pública — e das desvalorizações cambiais, a inflação se acelerou, os mecanismos de indexação da economia passaram a operar em intervalos cada vez mais curtos, reforçando o componente inercial da inflação. A tentativa de debelar o processo inflacionário com terapias de choque fracassaram e empurraram a inflação para patamares cada vez maiores.

As intervenções governamentais, levadas a cabo nessa época, conduziram o país à hiperinflação, o que fortaleceu a crença liberal de que a interferência governamental seria capaz de causar mais males que a inação.

Os EUA também experimentaram tal descrença em relação à intervenção estatal. A eleição de Jimmy Carter, em 1976, sucedida das administrações de Ronald Reagan e George H. W. Bush, foram a prova de que os “ventos políticos” começavam a se direcionar no sentido da eficiência econômica e do livre mercado (PELTZMAN, 2017, p. 86).

No Brasil, o diagnóstico de forte intervenção estatal na política econômica, que marcou a Era Desenvolvimentista, estava esgotado, o que demandava uma solução no sentido de reformar o Estado, tornando-o menor e menos interventivo. Crescia a convicção de que o mecanismo anônimo e impessoal do mercado, mesmo diante da sua falibilidade, deveria ser o eleito para revitalização econômica.

Dessa forma, o caminho a ser seguido materializou-se em 1989, em um conjunto de recomendações propostas pelo Tesouro norte-americano, por economistas de instituições financeiras multilaterais — como o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) — e por outros importantes centros de pensamento econômico (os *think tanks*), conhecidos como “Consenso de Washington” (MONTEIRO NETO, 2005, p. 61).

Segundo John Williamson (1990, p. 8 e ss.), o “Consenso de Washington” era constituído por dez reformas para a América Latina. São elas: 1) disciplina fiscal, que implica na necessidade de um orçamento público equilibrado; 2) redirecionamento das prioridades da despesa pública prioritariamente para campos de alto retorno econômico e de potencial redistributivo, como atenção primária à saúde, à educação primária e à infraestrutura; 3) reforma tributária, incluindo a possibilidade de aumento da carga tributária, desde que fosse no sentido de “reduzir as taxas marginais e ampliar a base tributária”; 4) taxas de juros determinadas pelo mercado; 5) taxa de câmbio competitiva e, preferencialmente, determinada pelo mercado; 6) liberalização do comércio com o exterior; 7) liberalização da entrada de investimentos estrangeiros; 8) privatização das empresas públicas; 9) desregulação da economia, notadamente no sentido de abolir barreiras de entrada e saída de mercadorias; e 10) aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção dos direitos de propriedade.

Para Bresser Pereira (1991, p. 6), os dez instrumentos de política econômica previstos no documento eram resumidos em dois blocos principais: (i) um primeiro, composto dos cinco primeiros instrumentos, que visava a estabilização da economia por intermédio do ajuste fiscal e de medidas ortodoxas em que o mercado era o protagonista da reforma; (ii) e um segundo, formado pelos demais instrumentos, que consistia basicamente na ideia de um Estado Mínimo²⁷.

Em paralelo à necessidade de implementação de políticas econômicas pró-mercado e de redução de gastos públicos, o Brasil vivia um importante momento político-institucional: a redemocratização. A consolidação desse processo se deu a partir da Constituição de 1988 (CRFB/88), que, ao renovar os anseios da sociedade, iniciou a ressignificação do Estado, das suas instituições e da relação entre estas e os particulares.

Esse novo constitucionalismo foi insculpido no artigo 1º da Constituição Federal, o qual dispõe que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito. O adjetivo “democrático” qualifica esse novo Estado, plasmando-se como símbolo da passagem de um Estado sectário e violento para um Estado sensível à vontade popular, no qual as regras do jogo são produzidas com o consentimento dos cidadãos, conforme os valores constitucionalmente previstos.

²⁷ Para o autor, conquanto as medidas tenham tido resultados positivos nos países que as aderiram, a exemplo do saneamento relativo das dívidas, da queda das taxas de inflação e do ganho de alguma credibilidade no mercado, não se verificou, na prática, a retomada do crescimento.

Bresser Pereira (2006, p. 437) ressalta que esse novo papel estatal é reduzido no que diz respeito às funções de produção de bens e serviços e, em menor extensão, de ente regulador, mas também ampliou estas funções “[...] no financiamento de atividades que envolvam externalidades ou direitos humanos básicos e na promoção da competitividade internacional das indústrias locais”.

Estava-se diante, à primeira vista, de um paradoxo na atuação do Estado. Enquanto por um lado impôs-se a retirada do Estado da intervenção direta sobre a economia²⁸ e do saneamento fiscal, por outro, ele deveria atuar incisivamente para a concretização do vasto rol de direitos constitucionalmente previstos.

No entanto, sobre essa aparente dicotomia entre mercado e sociedade, vale trazer à baila a lição de Amartya Sen, quando aduz que o estágio socioeconômico contemporâneo não mais concebe o mercado como um ente infalível — e, se reconhecidamente falível, impermeável à intervenção estatal²⁹ —; também não se entendecomo uma instituição que deva ser extinta. “A busca de uma solução única e multiuso influenciou acentuadamente o pensamento dos economistas no passado. Em vez dessa espécie de solução, é preciso haver uma abordagem integrada e multifacetada”, em que as diferentes instituições devam contribuir para a expansão e a garantia da liberdade substantiva dos indivíduos (SEN, 2010, p. 168-169).

Seguindo essa lógica, a Constituição de 1988 (CRFB/88) buscou conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor, da redução das desigualdades sociais e regionais e da valorização do trabalho³⁰.

²⁸ No Brasil, a intervenção direta na economia se dá de maneira excepcional. É o que prescreve a CRFB/88. “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”.

²⁹ Friedman (2014, p. 36) alerta que “o liberal coerente não é anarquista”. O autor destaca que a existência de um mercado livre não significa a inutilidade do governo. Ao contrário, o governo é o ente que prepara e zela pelo ambiente econômico, notadamente ao determinar as “regras do jogo” e também interpretar e aplicar as regras aprovadas. O mercado livre diminui significativamente a necessidade de intervenção estatal, pois muitas das questões do dia a dia são decididas por ele. Assim, o mercado acaba por reduzir, em muito, a variedade de questões a serem decididas por meios políticos e, assim, minimiza a necessidade de participação do governo na economia. Segundo o autor (2014, p. 16), o “[...] atributo característico da ação por meio de canais políticos é a tendência de impor ou aplicar grande uniformidade. A grande vantagem do mercado, por outro lado, é incentivar ampla diversidade. Trata-se, em termos políticos, de um sistema de representação proporcional. Cada pessoa pode eleger a própria roupa, e efetivamente usá-la; ela não precisa verificar a cor preferida pela maioria e, então, se for minoria, submeter-se à opção majoritária”.

³⁰ Conforme art. 170 da CRFB/88.

Com esses limites, este diploma previu três formas de atuação estatal sobre a economia: (i) fiscalização, destinada a verificar se os setores econômicos estão agindo conforme as normas setoriais criadas pelo Estado; (ii) fomento, que representa o estímulo à adoção de condutas socialmente desejáveis; e (iii) planejamento, que visa estabelecer diretrizes para alcançar metas pré-estabelecidas na política econômica do país em determinado período³¹.

Assim, o Estado passou de empresário a regulador da atividade econômica (*rectius*: Estado Normativo-Regulador). Em outros termos, evoluiu de uma governança econômica desenvolvimentista, em que a intervenção econômica se assentava “[...] na alocação de recursos pelo Estado, seja por meio de regras especiais de captação e de direcionamento do crédito, seja pela atuação de bancos públicos e empresas estatais”, para uma governança regulatória, protetiva ao direito dos investidores, atrativa ao ingresso de capital estrangeiro para o fomento daqueles mercados antes titularizados pelo Estado e permeáveis à participação dos grupos de interesse (SCHAPIRO, 2018, p. 574)³².

Manter-se-ia o controle direto do Estado apenas sobre as atividades econômicas monopolizadas (petróleo e gás, nos termos do art. 177 da CRFB/88) e quando os imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo assim o exigisse (art. 173 da CRFB/88).

Guerra (2014, p. 368-369) sustenta, entretanto, que essa deferência estatal ao protagonismo do mercado, no tocante à organização da economia, não qualifica o Estado brasileiro como liberal:

Se, de um lado, a Constituição Federal assegurou a livre iniciativa como um dos pilares dessa nova era, de outro, o texto constitucional valorizou, como eixo principal, a dignidade da pessoa humana e outros princípios a serem observados e sopesados no caso concreto. Para a atuação executiva estatal por esse novo enfoque, destaque-se a função regulatória, disposta no art. 174 da Constituição Federal de 1988 [...] Essa previsão constitucional foi edificada a partir da ideia de que as modernas formas de administração do interesse público – em evolução para não mais serem encaradas como poder supremo – devem ordenar e implementar políticas estratégicas para suas respectivas sociedades de forma sistêmica; isto é, tanto no sistema social como no campo científico e tecnológico, ambos umbilicalmente atados ao sistema econômico.

³¹ Conforme CRFB/88. “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

³² Schapiro (2018, p. 574-614) adverte que o Estado Regulador não afastou a existência da composição desenvolvimentista, que se manteve presente no arranjo institucional estatal. Para ele: “as empresas estatais, os bancos públicos, a regulação direcionada do crédito e os mecanismos de poupança compulsória seguiram em atividade no país, ladeados agora por novos marcos regulatórios e arranjos institucionais”.

Há quem sustente, sob outra perspectiva, que esse movimento neoliberal promoveu uma contenção da atuação estatal, que privilegiou a política conjuntural (política fiscal e orçamentaria, política de moeda e crédito, política de preço e a política externa) em detrimento das políticas econômicas de médio prazo (política de concorrência, de emprego e de rendimento) e das estruturais (investimento), o que promoveu a criação de oligopólios privados (dos antigos serviços estatais), o desrespeito aos consumidores e o desprestígio das camadas mais pobres (CLARK, 2009, p. 27)³³.

De qualquer forma, a situação desenhada ao longo da década de 1980 parecia ser, aos olhos da maioria dos observadores, insustentável. O desenvolvimento econômico do país dependia da criação de um ambiente favorável à realização das trocas econômicas. As normas e as instituições estatais relativas ao mercado deveriam assegurar juridicamente as operações econômicas, fomentar e promover a eficiência dos mercados competitivos, sem olvidar dos outros valores institucionais previstos na Constituição de 1988 (SUNDFELD, 2014, p. 100).

Diante desse contexto econômico, político e institucional, o Brasil iniciou um processo de transição de uma administração pública burocrática, marcada pela morosidade, controle de processos e pela centralização, para uma administração gerencial, orientada para o cidadão e para a obtenção de resultados e descentralizada (BRESSER PEREIRA, 2006, p. 533)³⁴.

A primeira mobilização institucional para a reforma do Estado, no plano infraconstitucional, deu-se com a criação do Programa Nacional de Desestatização (Lei. n. 8.031/1990). Tal programa buscou viabilizar a transferência das atividades indevidamente exploradas pelo setor público à iniciativa privada, como forma de contribuir para o financiamento do déficit fiscal e, por consequência, para a retomada da capacidade de investimento e de realização de gastos da administração pública (COUTINHO, 2002, p. 70).

³³ Giovani Clark (2009) defende que as privatizações, o plano real e a criação das agências reguladoras inauguraram no Brasil aquilo que ele denomina de “neoliberalismo de regulação”. Outrossim, dispõe que tal técnica de intervenção do Estado não se revelou compatível com os anseios do texto constitucional de 1988. Segundo o autor, as aspirações de retirada do Estado da economia, influenciadas pela Escola de Chicago, mostraram-se utópicas e o aparato estatal que, outrora, era “incompetente, caro e rechaçado da vida econômica”, hoje, é constantemente chamado para “estancar” os efeitos de eventual crise econômica. Assim, conclui o autor, que o Estado tem o poder/dever de agir no domínio econômico social, por força dos ditames constitucionais e da própria realidade social brasileira. No mesmo sentido, José Vicente Santos de Mendonça e Cláudio Pereira de Souza Neto (2007) defendem que essa primazia à livre iniciativa em detrimento da atuação estatal não é compatível com o contexto republicano, democrático e pluralista imposto pela Constituição brasileira de 1988.

³⁴ Essa novo papel do Estado frequentemente é identificado como próximo das ideias neoliberais, justamente por emergir, quase sempre, em contextos socioeconômicos dos quais o Estado necessita proceder com reformas estruturais, visando o enfrentamento de uma crise fiscal (BRESSER PEREIRA, 2006, p. 598).

No entanto, a pretendida reforma administrativa das estruturas estatais só começou a ser realizada, efetivamente, em 1995, a partir da edição do Plano Diretor de Reforma do Estado³⁵, marco institucional da tentativa de substituição de uma administração pública burocrática por uma administração gerencial (GUERRA, 2014, p. 370).

Esse Plano serviu de base para a aprovação das Emendas Constitucionais nºs 8 e 9 de 1995, que autorizaram a criação de agências reguladoras para os setores de telecomunicações (artigo 21, inc. XI) e do petróleo (art. 177, § 2º, inc. III). Estas foram instituídas pelas Leis n. 9.472/1997 (BRASIL, 1997b) e n. 9.478/1997 (BRASIL, 1997c), que criaram, respectivamente, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis (ANP).

No cerne desse processo, mas sem contar com a autorização expressa do texto constitucional, outras agências reguladoras foram concebidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, todas compondo a Administração Indireta e detentoras da função normativa, executiva e judicante, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos da América (GUERRA, 2014 p. 15).

Tais funções são baseadas em diretrizes gerais fixadas nas leis de regência e conferem às agências um amplo grau de liberdade e independência em relação aos agentes políticos e ao Poder Judiciário, o que motivou a criação delas, no Brasil, como autarquias de regime especial (ARAGÃO, 2000, p. 280).

A maior liberdade e independência das agências são garantidas por intermédio da: (i) independência política dos dirigentes, indicados pelo Chefe do Poder Executivo, após sabatina do Poder Legislativo, com a impossibilidade de exoneração *ad nutum*; (ii) independência técnica de decisão, com o predomínio de motivações técnicas não sindicáveis (ausência de subordinação hierárquica) pelos Ministérios ou mesmo pelo Presidente; (iii) independência normativa na disciplina dos serviços públicos e atividades econômicas submetidas a seu controle; e (iv) independência financeira e orçamentária³⁶ (BINENBOJM, 2005a, p. 153).

³⁵ Para melhor compreensão dessa mudança, ver Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em: 05 maio de 2020.

³⁶ Segundo Guerra (2014, p. 378), mesmo em face da garantia de autonomia financeira prevista para as agências reguladoras por cada lei instituidora, verifica-se, na prática, o retardamento ou inexecução de parte da programação de despesa prevista na lei orçamentária.

1.3 Processo de agencificação: uma análise comparativa entre o Brasil e os EUA

A inspiração em fórmulas e princípios estrangeiros deve passar pelo filtro da institucionalidade e da sociedade brasileira, a fim de adaptá-los às condições reais e orgânicas deste país. O processo de agencificação norte-americano, como visto, é produto do modelo de organização da nacionalidade dos Estados Unidos, além de ser criado em um ambiente histórico e sociopolítico profundamente diferente do encontrado no Brasil. Por isso, necessário se fazer um estudo comparativo entre as duas realidades para a fim de se realizar uma leitura crítica — e também pragmática — do processo de agencificação brasileiro.

1.3.1 *Federalismo e Tradição Jurídica*

A solidificação do processo regulatório de agencificação brasileiro ocorreu em um contexto político e econômico distinto do caso norte-americano. Enquanto no Brasil buscava-se abrandar a intervenção estatal no processo econômico, nos EUA, pretendia-se sanar os excessos do capitalismo. Binenbojm (2005a, p. 152-153) faz essa análise:

O contexto político, ideológico e econômico em que se deu a implantação das agências reguladoras no Brasil, durante os anos 1990, foi diametralmente oposto ao norte-americano, pois, embora o modelo da agência reguladora independente norte-americana tenha servido de inspiração ao legislador brasileiro, a sua introdução no Brasil serviu a propósitos substancialmente distintos [...] De fato, enquanto nos Estados Unidos as agências foram concebidas para propulsionar a mudança, aqui foram elas criadas para garantir a preservação do *status quo*: enquanto lá buscavam elas a *relativização* das liberdades econômicas básicas, como o direito de propriedade e a autonomia da vontade. Aqui sua missão era a de assegurá-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros.

Nos EUA, a escalada da intervenção estatal por intermédio do fortalecimento das agências reguladoras tem relação com a própria organização federativa do país. Enquanto no Brasil a descentralização administrativa serviu ao propósito de liberalizar a economia, diminuindo o poder do governo central, nos EUA, as agências federais surgiram como um instrumento de aumento do controle central sobre os entes federativos e sobre os particulares; além de conciliar os interesses de cada um dos estados, que contavam — e ainda contam —

com uma autonomia muito mais ampla que a verificada nos estados brasileiros (SHECAIRA, 2017, *online*)³⁷.

Além disso, entre o Brasil e os EUA há uma forte dissonância no que concerne à tradição jurídica. Os EUA são filiados ao sistema conhecido como *common law*, um direito de natureza tipicamente jurisprudencial (*case law*) que trata a lei (*lato sensu*) como uma fonte secundária do direito. A lei, nesta tradição, tem o papel de apenas de “[...] introduzir uma série de *errata* e de *addenda* no corpo principal do direito” (DAVID, 2002, p. 433), constituindo-se por princípios extraídos do direito jurisprudencial.

Nesta concepção, não é na lei que se busca os próprios princípios do direito, “[...] mas somente soluções que precisem ou retifiquem os princípios estabelecidos pela jurisprudência” (DAVID, 2002, p. 433). Essa é a razão de não existir, no *common law*, a ideia de que o judiciário não pode se imiscuir no mérito administrativo. Por isso, o judiciário norte-americano, em tese, não deve se adstringir ao mero confronto entre o ato e a lei, podendo perscrutar, de modo irrestrito, a atuação do administrador (MAGALHÃES, 2019, p. 67).

Como visto, essa ampla atuação do judiciário norte-americano foi restringida pelo *New Deal*. Entretanto, a partir do APA (1946), sob advento da *hard-look doctrine*, a supervisão externa da elaboração de regras nas agências se tornou cada vez mais incisiva, muito em razão da busca por legitimidade da atividade normativa. A validade de uma regra elaborada pelas agências passou a contar com um exame bastante minucioso de revisão judicial, com vistas a assegurar o cumprimento dos procedimentos legalmente prescritos para a elaboração de regras (STRAUSS, 1996, p. 748).

Por outro lado, a tradição jurídica brasileira filia-se ao *civil law*, sistema romano-germânico alicerçado na norma escrita, que entende que o direito deveria caminhar em direção à estabilidade, à positivação e à codificação. Com efeito, seguindo essa tradição, os enunciados

³⁷ Alexis de Tocqueville (1805-1859) advertiu que “[...] os grandes princípios políticos que regem a sociedade americana nasceram e se desenvolveram nos estados. É o estado, portanto, que precisa ser conhecido para se ter a chave de todo o resto”.

normativos deveriam se apresentar como conceitualmente abstratos, exatos, unívocos e a sua aplicação deveria ocorrer mediante um raciocínio lógico-dedutivo³⁸ (GRECO, 2015, p. 1 e ss.).

No Brasil, classicamente, conservava-se a ideia de que o Judiciário não poderia examinar o mérito administrativo. Atualmente, diante da aproximação entre as duas tradições jurídicas e, sobretudo, dos imperativos constitucionais inaugurados a partir da Constituição de 1988 (CRFB/88), reconhece-se a possibilidade de o Judiciário adentrar ao juízo político do administrador para aferir a compatibilidade com o ordenamento jurídico como um todo, notadamente com os princípios e valores constitucionalmente tutelados. No entanto, parte da doutrina nacional resiste a essa ideia. Magalhães (2019, p. 68), por exemplo, ao fazer o cotejo entre os dois sistemas, observa que:

Nesse sentido, uma opção discricionária, sem qualquer vício ou arbitrariedade, é impossível de ser revista pelo Poder Judiciário brasileiro, mas pode, em situações excepcionais, ser revista pelos americanos, desde que não recaia sobre (ou respeite) a interpretação presidencial em matéria de regulação e, no caso dos demais agentes, se destine a corrigir erros graves e assim garantir a eficiência e a finalidade das decisões das agências.

Nesse sentido, estes aspectos são relevantes pois a importação de qualquer instituto estrangeiro e o tratamento a ele dispensado não pode descurar da adequação à tradição jurídica, com os princípios e regras que estruturam o ordenamento jurídico do país de destino e, tampouco, à realidade socioeconômica subjacente ao fenômeno.

1.3.2 A Posição das Agências no Ordenamento Jurídico de cada país

Sobre a posição que as agências ocupam no direito administrativo de cada um dos países, há que se fazer algumas pontuações. O termo agência no direito norte-americano não equivale ao conceito brasileiro de agência reguladora. O conceito é mais amplo e inclui qualquer departamento executivo, departamento militar, corporação governamental, empresa controlada pelo governo ou outro estabelecimento no ramo executivo do governo, incluindo o Gabinete

³⁸ Agência Reguladora – Princípio Da Legalidade. As agências reguladoras estão submetidas, como órgãos administrativos, ao princípio da legalidade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.954**. Relator: Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em Brasília, 20 ago. 2014. Publicado em: Brasília, 29 out. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081133>. Acesso em: 12 abr. 2020).

Executivo do Presidente (*Executive Office of the President — EOP*), ou qualquer agência reguladora independente³⁹.

Assim, “[...] além da categorização como agência, as entidades governamentais norte-americanas são estruturadas sob a forma de comissões, empresas, conselhos, departamentos ou divisões”, sendo, contudo, tomadas como agências para efeito do estudo do direito administrativo e para a incidência da APA (GUERRA, 2014, p. 31).

Nos EUA, as agências administrativas podem ser executivas ou reguladoras independentes. No que tange às agências executivas, elas podem ser subordinadas ou independentes. As subordinadas estão submetidas ao *EOP* e seus dirigentes são nomeados e exonerados de acordo com o *nutum* do presidente as independentes têm seus dirigentes nomeados pelo presidente e confirmados pelo Senado dos EUA, não estando submetidas ao poder de exoneração do Presidente. Já as agências reguladoras, que regulam um subsistema específico, não se encontram sob a supervisão presidencial e detêm as características já analisadas nos itens 1.1 e 1.2 (LEWIS; SELIN, 2012, p. 55-59).

No Brasil, além das agências reguladoras, a Lei n. 9.649 de 1998 previu a possibilidade de o Poder Executivo qualificar como agências, as autarquias ou fundações que apresentassem um plano estratégico para o desempenho de determinada atividade administrativa ou de um serviço público e que firmassem com o poder público um contrato de gestão. São denominadas de “agências executivas”.

Apesar de ser um modelo próximo ao que se verifica nos EUA, e de conferir maior autonomia e flexibilidade de gestão às autarquias (ou fundações) qualificadas como tal, as agências executivas brasileiras não são muito utilizadas pela Administração Pública brasileira (GUERRA, 2014, p. 84).

³⁹ Conforme *United States Code: Administrative Procedure*, 5 U.S.C. § 552 (e) Nota 1: “[...] ‘agency’ as defined in section 551(1) of this title includes any executive department, military department, Government corporation, Government controlled corporation, or other establishment in the executive branch of the Government (including the Executive Office of the President), or any independent regulatory agency”. *THE U.S. NATIONAL ARCHIVES AND RECORDS ADMINISTRATION. Administrative Procedure Act. 1964.* Disponível em: <https://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/552.html#f>. Acesso em: 15 jul. 2020. Mesmo nos EUA, a determinação do que seja uma agência não é tarefa fácil. Embora esteja claro que existem agências sob a supervisão do *EOP*, dentro dos departamentos executivos e fora dos departamentos executivos, a catalogação das agências administrativas é difícil, pois existem definições variadas. Até mesmo os tribunais reconheceram que o conceito trazido pelo APA não é inteiramente claro. Veja-se, por exemplo, *Soucie v. David*, U.S. 448F.2d 1067, 1073 (1971) (LEWIS; SELIN, 2012, p. 13).

1.3.3 Autonomia, relação com os outros Poderes e Legitimidade Democrática

A competência administrativa regulatória norte-americana é quase exclusiva das agências, ao passo que, no Brasil, a Administração central preserva para si um espaço para a regulação direta da economia. Basta verificar que neste último cada uma das agências reguladoras é vinculada a algum Ministério, o qual também conserva certa competência para regular o respectivo setor.

Não obstante, em ambos, a legitimidade das agências se baseia não apenas na capacidade técnica, mas também na responsabilidade perante os ramos políticos do governo, ou por meio de supervisão/controle político do Legislativo e do Executivo, ou por intermédio da revisão judicial. Sunstein (2017, p. 136) faz este diagnóstico:

As controvérsias sobre o estabelecimento de instruções claras pelo Congresso para as agências frequentemente acendem disputas similares sobre a relação entre as características política e tecnocrática da regulação. Defensores da especificidade do Congresso apontam o risco de falha regulatória e as vantagens do processo legislativo em termos de visibilidade e responsabilização. Os críticos sustentam que o próprio Congresso é sitiado pelas facções e que certo grau de autonomia da agência é necessário para garantir a flexibilidade e especialização na matéria tratada. Em todas as áreas, o debate sobre o processo regulatório trouxe de volta para o centro a natureza da tripartição dos poderes numa era de regulação positiva.

Nos EUA, as discussões iniciais averiguavam a possibilidade de atribuir a elas, infraconstitucionalmente, as funções típicas dos três poderes do Estado, pois parecia ser um paradoxo a Constituição determinar, expressamente, a separação de poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, como forma de evitar a tirania e, logo após, o Poder Legislativo criar uma entidade dotada dessas mesmas três funções (GUERRA, 2014, p. 56).

Contudo, em *Humphrey's Executor versus United States*⁴⁰, a Suprema Corte decidiu a favor da possibilidade de o Congresso criar agências independentes do presidente⁴¹ para desempenhar funções quase legislativas e judiciais.

Tal questão transcende as fronteiras norte-americanas e encontram no Brasil terreno fértil, especificamente quanto à atribuição da função normativa diante da tese da delegificação (ou

⁴⁰ *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935). O caso tratou da possibilidade de o presidente exonerar, por questões políticas, agentes pertencentes a uma agência criada pelo Congresso.

⁴¹ Nesse julgamento, a Corte também estabeleceu que a Constituição nunca havia dado "poder ilimitado de remoção" ao presidente. Nesse caso, a Corte confirmou o direito do presidente de remover membros apenas de "unidades do departamento executivo". No caso de agências independentes era diferente, pois se tratava de um órgão criado pelo Congresso para desempenhar funções quase legislativas e judiciais.

subdelegação) defendida por parte da doutrina. Este fenômeno ocorre quando o legislador atribui à Administração a possibilidade de dispor sobre certas matérias, antes reservadas ao “[...] domínio da lei (*domaine de la loi*) passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l’ordonnance*)” (ARAGÃO, 2000, p. 289).

No Brasil, a própria Constituição Federal de 1988 (CRFB/88), em diversos casos, delegifica matérias a favor de entidades estatais e não estatais. Toma-se como exemplos os já citados órgãos reguladores para os setores de telecomunicações (art. 21, XI) e do petróleo (art. 177, § 2º, III), além das entidades desportivas privadas (art. 217, I) e das universidades em geral (art. 207) (ARAGÃO, 2000, p. 291)⁴².

A grande discussão, no entanto, gira em torno do exercício do poder regulatório pelas agências — que também é normativo — oriundo da delegificação legislativa, à mingua de expressa previsão constitucional, como ocorre com a maior parte das leis instituidoras de agências reguladoras brasileiras e com todas as leis (*statutes*) dos EUA.

Essa discussão não pode ignorar o fato de que o poder regulatório é qualitativamente distinto do poder regulamentar, que, no Brasil, encontra previsão no artigo 84, inc. IV, da CRFB/88. Conquanto haja um ponto de contato entre o poder regulamentar e o poder regulatório — que se resume no detalhamento de previsões abstratas e gerais —, aquele apenas se cinge a tal função, enquanto este também detém uma ampla gama de poderes: adjudicatórios (dirimir conflitos entre os outros por si regulados); investigativos; fomentadores; e de fiscalização (poder de polícia) (ARAGÃO, 2000, p. 280).

Sob esse viés, Aragão (2000, p. 279) entende que a reflexão e o debate das questões atinentes às agências reguladoras devem ser desgarrados das concepções jurídicas que não mais se coadunam com o atual estágio da sociedade. Com efeito, “[...] limitar as formas de atuação e organização estatal àquelas do século XVIII, ao invés de proteger a sociedade, retira-lhe a possibilidade de regulamentação e atuação efetiva dos seus interesses”.

⁴² Moreira Neto (2014, p. 767) defende que a tese da delegificação tem sede constitucional. Segundo o autor, esse método “[...] opera ampliação e flexibilização decisórias, de modo mais extenso do que o fazem as técnicas clássicas congêneres, como a do conceito jurídico indeterminado e a da discricionariedade, ou seja, promovem a abertura de um espaço de amplas opções autônomas de administração, no qual podem definir um mérito regulatório, que, em razão dessa modalidade de delegação, não poderá ser objeto de reapreciação pelos tribunais para efeito de substituir as decisões administrativas, que lhes são próprias, embora plenamente sujeitos a controle de juridicidade quanto à sua validade”.

Binenbojm (2005a, p. 156-157) adverte, entretanto, que a reforçada autonomia atribuída às agências reguladoras “[...] não tem o condão de subverter a clássica hierarquia existente entre os atos legislativos e atos administrativos”, sob pena de se admitir a possibilidade de alteração ou revogação da legislação anterior por atos normativos editados pelas agências reguladoras. Segundo o autor, a edição de atos normativos pelas agências decorre do poder discricionário, sendo sua exteriorização um ato “[...] imanentemente infralegal, salvo onde a própria Constituição de forma expressa o excepciona”.

Seguindo a mesma perspectiva de Binenbojm, Strauss (1996, p. 748), em importante estudo sobre o desenvolvimento do caráter político da criação de regras sob o esteio da APA, observa que as regras emitidas pelas agências são manifestações indiretas da própria legislatura, tendo a mesma força e efeito das leis, embora sua legitimidade seja sempre aferida em face destas. As considerações de Strauss (1996, p. 746-747, tradução nossa), nesse sentido, são muito esclarecedoras:

Uma função dos documentos constitucionais é estabelecer órgãos legislativos com poderes para adotar legislação ordinária e definir as esferas em que estão autorizados a fazê-lo. Normalmente, os órgãos assim autorizados são compostos de funcionários eleitos para esse fim, agentes do povo que periodicamente devem ter seu mandato renovado por meio do processo político. As legislaturas nacionais e estaduais e os conselhos locais são compostos de pessoas eleitas das sub-unidades geográficas da jurisdição legislativa pela responsabilidade de adotar a legislação comum. Essas são instituições generalistas e seu produto de trabalho é tipicamente de caráter transitivo e intransitivo. Ou seja, em alguns casos — como a promulgação de uma lei criminal ou de um código comercial — sua legislação resolve diretamente as questões substantivas que dão origem à necessidade de legislar; em outros, o legislador cria uma estrutura frouxa de políticas e estabelece órgãos (agências) especializados para lidar com questões que podem parecer imprevisíveis, complexas ou especializadas demais para a solução legislativa direta. Embora algumas vezes se argumente que a subdelegação de autoridade para fixar regras de conduta é ilegítima, a prática é universal na América, como suspeito que seja na maioria, se não em todas as sociedades complexas⁴³.

⁴³ No original: *One function of the constitutional documents is to establish legislative bodies empowered to adopt ordinary legislation and to define the spheres within which they are authorized to do so. Typically the bodies thus authorized are composed of officials elected for that purpose, agents of the people who periodically must have their agency renewed through the political process. National and state legislatures, and local councils, are composed of persons elected from geographical subunits of the legislating jurisdiction for the responsibility of adopting ordinary legislation. These are generalist institutions, and their work product is typically both transitive and intransitive in character. That is, in some instances — as in enacting a criminal statute or a commercial code — their legislation directly resolves the substantive issues that give rise to the need to legislate; in others, the legislature instead creates a loose framework of policy and establishes expert bodies (agencies) to deal with issues that may appear too unpredictable, complex or specialized for direct legislative resolution. While it is sometimes argued that the subdelegation of authority to fix rules of conduct is illegitimate,³ the practice is universal in America, as I suspect it is in most if not all complex societies.*

Em outros termos, às agências reguladoras deve se conceder os meios necessários para alcançar o interesse público subjacente à sua existência⁴⁴. O atendimento deste interesse pressupõe a existência de uma lei (*statute*) de baixa densidade semântica, capaz de atribuir o poder regulatório (também normativo) a tais entidades, a fim de evitar que as decisões técnicas fiquem estratificadas em um texto legal, refratárias à realidade socioeconômica que se pretende regular (STRAUSS, 1996, p. 747).

Essa discricionariedade técnica atribuída às agências reguladoras se fundamenta na necessidade de predomínio, em determinadas áreas, de escolhas técnicas em detrimento das escolhas políticas. Por isso é que há o reconhecimento de Strauss sobre a delegificação ser inevitável em uma sociedade dinâmica e complexa, cujas diversas demandas exigem, em muitos casos, soluções técnicas e céleres, que extrapolam a capacidade institucional do parlamento, que é generalista por essência.

Enquanto produto de uma delegificação, a discricionariedade técnica deve ser orientada pelos parâmetros contidos na lei delegificadora. Nessa perspectiva, Moreira Neto (2014, p. 768), trilhando as lições de Hartmut Maurer, chama de “quadro missão” a prerrogativa atribuída por lei ao ente regulador, para administrar, autonomamente, determinado setor da economia, “[...] desempenhando uma vasta gama de decisões para o cumprimento da missão legislativa”.

Na prática, o cumprimento da missão legislativa de uma agência não se cinge à materialização de opções eminentemente técnicas, sem qualquer elemento volitivo. A lei confere às agências a autoridade para tratar diversos interesses, públicos e privados, bem como a “persecução de uma série de finalidades”, o que as autoriza a atuarem em um largo campo discricionário. Cada vez mais, o exercício do poder discricionário imputado às agências é encarado como “[...] uma profícua ponderação entre os diversos interesses públicos e privados envolvidos buscando, dentro de metodologia própria, realizar a maior efetividade possível de todos eles” (ARAGÃO, 2009, p. 434).

Inserido nesse campo discricionário, há o que se chama de política regulatória, que subjaz a função normativa das agências e que é essencial para perseguir as finalidades da regulação,

⁴⁴ O que se coaduna com a doutrina dos poderes implícitos (*implied powers*), assim concebida por Marshall: “Legítimo o fim e, dentro da esfera da Constituição, todos os meios que sejam convenientes, que plenamente se adaptem a este fim e que não estejam proibidos, mas que sejam compatíveis com a letra e o espírito da Constituição, são constitucionais” (ARAGÃO, 2000, p. 288).

notadamente a execução das políticas públicas necessárias e a otimização da realidade socioeconômica que se regula (TIBÚRCIO, 2010, p. 10).

Assim, pode-se extrair que a delegificação, embora seja uma decisão política do Poder Legislativo, à medida que dele nascem os parâmetros genéricos para atuação particularizada das agências reguladoras, autoriza as agências a atuarem sobre um vasto campo normativo. E, como adverte Strauss (1996), a elaboração das regras regulatórias emanadas das agências envolve não apenas julgamento de especialistas, mas também escolhas políticas⁴⁵.

Em relação a esse campo de atuação, pode-se observar algumas diferenças entre os dois países. As agências reguladoras norte-americanas gozam de ampla autonomia em face dos outros Poderes. Yackee (2019, p. 38-39) constata que os órgãos reguladores são hoje os principais formuladores de política, sendo eles os responsáveis por emitirem mais de 90% (noventa por cento) das leis. Para a autora, a delegificação mais parece uma abdicação dos poderes congressuais (*delegation as abdication*)⁴⁶.

No Brasil, Binenbojm (2005a, p. 158) observa que o Congresso Nacional conserva para si a competência de fiscalização dos atos das agências reguladoras⁴⁷, podendo valer-se do veto legislativo (art. 49, inc. V, da CRFB/88) para sustar os atos normativos que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Justen Filho (2002, p. 588), no mesmo sentido, entende que essa fiscalização parlamentar opera de forma bem ampla, incidindo desde a gestão interna das agências, passando pelas etapas preliminares da tomada de decisão regulatória (processo administrativo) — sindicando, inclusive, as justificativas técnico-científicas da decisão — e chegando ao controle do ato regulatório em si.

Além disso, por mais técnica que se apresente a regulação de determinado setor, não se pode dizer que a competência das agências reguladoras afasta a do parlamento relativa à regulação direta. Tal debate foi aprofundado no julgamento de uma medida cautelar, na Ação

⁴⁵ Charles Francis Adams já havia vaticinado no século XIX que “[...] *regulation, with or without commission, would always be an inescapably political activity*” (MCCRAW, 1986, p. 308).

⁴⁶ Strauss (1996, p. 51) cita dois precedentes — *United States v. Grimaud*, 220 U.S. 506, 509 (1911) e *Pacific States Box & Basket Co. v. White*, 296 U.S. 176, 185-86 (1935) — em que, mesmo antes da APA, o Judiciário reconhecia o direito das autoridades administrativas de prescreverem regras de condutas específicas, inclusive com a prescrição de punições, por intermédio de entidades administrativas como as agências reguladoras.

⁴⁷ Conforme a CRFB/88: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”.

Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.501, na qual se analisou a constitucionalidade da Lei n. 13.269 de 2016, que permitia o uso da fosfoetanolamina sintética, conhecida como “pílula do câncer”.

Apesar do entendimento da maioria dos Ministros pela suspensão da eficácia da lei, a divergência — capitaneada pelo Ministro Edson Fachin e seguida pelos Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Rosa Weber — manteve a questão aberta ao entender que a competência atribuída à agência não é privativa, pois exercida nos termos da lei. Nas palavras do Ministro Fachin, “[...] a constituição de agência própria para realizar as atribuições de controle é, nessa perspectiva, faculdade do legislador, ou, como prefere parcela expressiva da doutrina nacional, a legitimidade da atuação regulatória deve ser exercida *intra legem*” (BRASIL, 2020, p. 28).

O Congresso americano, ao contrário do brasileiro, tem pouca ingerência sobre a elaboração de regras por órgãos do Executivo. Uma importante decisão da Suprema Corte (*Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919 — 1983)⁴⁸ concluiu que o veto legislativo é constitucionalmente inválido e que a saída para se anular uma regra adotada por uma agência seria por intermédio do processo legislativo ordinário, sujeito à possibilidade de veto presidencial (STRAUSS, 1996, p. 764).

Em contrapartida, no Brasil, quanto à relação com o Poder Executivo, as agências reguladoras são autônomas; não se sujeitam ao controle de autoridade administrativa vinculada à Administração direta. Tal autonomia, nas palavras de Binenbojm (2005a, p. 157), não afasta a necessidade de que “[...] a lei discipline a adequação das políticas setoriais propostas pelas agências a um planejamento macroeconômico global do governo, de modo a evitar a chamada ‘visão de túnel’ em determinados mercados”.

Adicionalmente, Binenbojm (2005a, p. 157) entende que é possível a lei dispor sobre o cabimento de recurso administrativo hierárquico impróprio contra um ato regulatório editado pela agência, nos casos em que ela se afasta das finalidades das quais foi instituída ou em casos de grande relevância social⁴⁹.

A participação do Poder Executivo na regulação econômica norte-americana tornou-se mais relevante a partir da criação do Gabinete de Informação e Assuntos Regulatórios (*Office of Information and Regulatory Affairs* — OIRA), em 1980, sob o governo Carter. O órgão, que

⁴⁸ Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/462/919/>. Acesso em: 21 abr. 2020.

⁴⁹ A análise sobre a (im)possibilidade de recurso hierárquico será analisado no subitem 3.2.1

está subordinado ao *EOP*, participa ativamente de toda a fase preliminar de criação de regras regulatórias, orientando as agências a seguirem certos princípios e procedendo com análises de custo-benefício acerca de regras economicamente significativas⁵⁰ (YACKEE, 2019, p. 42).

A intervenção do *OIRA* resultou na maior influência do Executivo sobre a elaboração de regras e levou as agências a discussões muito detalhadas e técnicas de seus atos com a Casa Branca (STRAUSS, 1996, p. 763). Sunstein (2017, p. 167-168) aduz que o papel do *OIRA* é contraditório em relação às aspirações de especialização técnica das agências, pois a agenda política do Chefe do Executivo acaba se sobrepondo aos *standards* fixados pelo Congresso e à aplicação de saberes técnicos sobre determinada questão⁵¹.

Segundo Sunstein (2017, p. 135-136), existiam importantes desacordos entre os partidários do controle judicial e os que defendiam o controle presidencial sobre os atos regulatórios, especialmente no que concerne o papel da política, do direito e da especialização técnica no processo regulatório.

Os defensores do controle judicial argumentavam que apenas o Judiciário seria institucionalmente capaz de garantir a legalidade e afastar a interferência político-partidária da regulação. Para estes, a análise do direito e dos fatos que orbitam em torno de uma questão regulatória conduz, se não a uma única decisão correta, a uma gama muito limitada de decisões possíveis, perfeitamente sindicável pelo Judiciário⁵².

De outro lado, encontravam-se os defensores do controle presidencial, para quem as questões regulatórias detinham forte conteúdo axiológico, na medida em que serviam de instrumento para alcance dos valores constitucionais vigentes. A implementação destes passaria por agentes responsabilizáveis perante o cidadão, o que reforça a legitimidade democrática das agências, sem deixar de promover a racionalidade tecnocrática (SUNSTEIN, 2017, p. 199).

Em ato contínuo, acerca do perfil institucional, as agências reguladoras brasileiras foram incorporadas ao ordenamento jurídico com as mesmas características gerais do fenômeno

⁵⁰ A ordem executiva 12866/93 estabeleceu que a revisão do *OIRA* deveria incidir sobre regras cujo efeito econômico fosse superior a US\$100 milhões ou com efeitos adversos sobre setores da economia, saúde pública, segurança ou comunidades.

⁵¹ No entanto, Sunstein (2017, p. 171-173) entende que o modelo de supervisão presidencial por intermédio de um órgão específico, com as devidas correções, pode ser positivo, notadamente para [...]“diminuir o risco da política facciosa e promover decisões que tendem a convergir com a vontade do público”.

⁵² A evolução e a relação do Poder Judiciário de ambos os países com as questões atinentes à regulação econômica serão aprofundadas nos capítulos 2 e 3.

secular norte-americano, quais sejam: a especificidade⁵³, a discricionariedade e a neutralidade. A especificidade está ligada ao fato de serem criadas por lei para a regulação de um setor econômico específico; a discricionariedade cinge-se ao aspecto técnico, no sentido de atribuir às agências o *status* de curadora das questões distintivas de determinado setor do mercado; a neutralidade, por sua vez, é decorrência das duas primeiras características, porquanto a sua configuração ideal visa o insulamento dos grupos de pressão, tanto políticos quanto econômicos (CARVALHO, 2017, *online*).

A experiência norte-americana também legou ao sistema brasileiro alguns princípios gerais que orientam a atuação das agências. São eles: (i) *fairness* (justiça ou justeza), decorrente do *due process*, que consiste na oportunidade de manifestação do particular nas etapas preliminares da adoção de medidas regulatórias⁵⁴; (ii) *accuracy* (certeza), que é a necessidade de diminuir os riscos da tomada de medidas regulatórias equivocadas; (iii) *efficiency* (eficiência), que se resume à busca dos melhores resultados, com o menor custo de observância regulatória⁵⁵; (iv) *acceptability* (aceitação), significando que, além dos efeitos gerados pelas suas decisões, as agências devem levar em consideração a percepção que gerarão nos grupos de interesse afetados (SILVA NETO, 2017, *online*).

Esses princípios, em ambas as realidades, servem como mecanismo para legitimação democrática das entidades reguladoras. Nesse sentido é que Ackerman (2000, p. 694)⁵⁶ entende

⁵³ Silva Neto (2017, *online*) alerta que, no Brasil, há agências reguladoras estaduais que detêm competências amplas e multidisciplinares, a exemplo do que ocorre com a Agência Catarinense de Regulação e Controle — SC/ARCO, e com Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará — ARCE, ambas instituídas para regular todos os serviços públicos delegados de suas competências.

⁵⁴ Conforme previsto *United States Code: Rule making*. 5 U.S. Code § 553 — (b) *General notice of proposed rulemaking shall be published in the Federal Register, unless persons subject thereto are named and either personally served or otherwise have actual notice thereof in accordance with law (...)* (c) *After notice required by this section, the agency shall give interested persons an opportunity to participate in the rule making through submission of written data, views, or arguments with or without opportunity for oral presentation. After consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose (...)*.

⁵⁵ Nesse sentido, a Comissão de Valores Mobiliários — CVM, em 2017, iniciou o Projeto Estratégico de Redução de Custo de Observância Regulatória. O objetivo da iniciativa foi o de incrementar a eficiência da regulação. O projeto foi dividido em 2 (duas) fases: (i) Projeto Piloto de eliminação de redundâncias, que resultou em alterações pontuais de 16 (dezesesseis) instruções da CVM e 5 (cinco) revogações integrais; (ii) e a Carteira de Projetos e priorização de ações, que, dentre outras medidas, está a edição de Instrução envolvendo alterações nos procedimentos de processos sancionadores (PAS) e a audiência pública para revisar a estrutura regulatória de ofertas públicas integram a lista. (BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Custo de Observância Regulatória**. 2020. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/legislacao/custo_observancia.html. Acesso em: 03 ago. 2020).

⁵⁶ Bruce Ackerman (2000, p. 695) propõe uma releitura da separação dos poderes. O autor sugere que a separação dos poderes deve ser tratada como uma “doutrina de especialização funcional” (*doctrine of functional specialization*) — em que as agências detêm, junto aos tribunais, um papel crucial — e não conforme o pensamento tradicional.

uma relevante qualidade do *Administrative Procedure Act (APA)*, qual seja, reconhecer que a tomada de decisões regulatórias pelas agências precisa de formas especiais de legitimação capazes de aumentar a participação popular e fornecer contínuos testes para reivindicações burocráticas de conhecimento e incentivar sérias reflexões normativas sobre as escolhas políticas que inevitavelmente estariam ocultas em leis generalistas⁵⁷.

No Brasil, inicialmente, tanto o processo decisório relativo à regulação econômica, quanto as previsões acerca da participação popular, estavam previstos na lei de regência de cada uma das agências. Binenbojm (2005a, p. 160) dispõe que os principais mecanismos de legitimação por meio do controle social são as audiências públicas, as consultas públicas e os conselhos consultivos.

Recentemente, com a edição da Lei Geral das Agências Reguladoras, Lei n. 13.848/2019 (BRASIL, 2019a), e da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, Lei n. 13.874/2019 (BRASIL, 2019b), a regulamentação geral acerca do processo decisório das agências passou a ser prevista nestas leis, constando, em ambas, dispositivos tratando da Análise de Impacto Regulatório (AIR)⁵⁸.

A Lei Geral, entre outras disposições, traz a exigência de que as agências indiquem os pressupostos de fato e de direito determinantes para seus atos, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos. Também prevê a necessidade de implementação de um plano de comunicação anual “[...] voltado à divulgação, com caráter informativo e educativo, de suas atividades e dos direitos dos usuários perante a agência reguladora e as empresas que compõem o setor regulado” (artigos 5º e 16).

Por outro lado, na dicção da *APA*, as regras devem ser acompanhadas de uma “[...] declaração geral concisa de sua base e de sua finalidade” (§ 553, c), não podendo ser “[...] arbitrárias, caprichosas, ou constituir abuso do poder discricionário” (§ 706, [2] [A]). A Lei Geral brasileira determina que a “[...] agência reguladora deverá observar, em suas atividades,

⁵⁷ Tradução nossa extraída do original: “*Whatever the weaknesses of the American Administrative Procedure Act — and they are serious — the statute recognizes that regulatory decisionmaking needs special forms of legitimation that enhance popular participation, provide ongoing tests for bureaucratic claims of knowledge, and encourage serious normative reflection upon the policy choices inevitably concealed in abstract statutory guidelines*”.

⁵⁸ Finalmente, em 30 de junho de 2020, a AIR foi regulamentada pelo Decreto n. 10.411, dispondo sobre o seu conteúdo, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória e as hipóteses em que poderá ser dispensada.

a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público”.

Assim, observa-se que, tanto nos EUA quanto no Brasil, é crescente a preocupação de dotar as agências de instrumentos de responsividade democrática, principalmente diante da constatação de que, diante da complexidade das sociedades modernas, não se pode escapar da delegação as funções que tradicionalmente se concentravam nos ramos políticos do governo. A saída, conforme defende Strauss (1996, p. 776), é a procedimentalização da tomada de decisões e da produção de regras regulatórias, de forma a possibilitar o controle e a responsabilização dos reguladores, e a submissão de todos os atos à desaprovação pública.

2 OS TRIBUNAIS E AGÊNCIAS REGULADORAS: UM ESTUDO PRAGMÁTICO DAS INSTITUIÇÕES

Classicamente, entendia-se que os juízes estavam sempre vinculados à lei na determinação do conteúdo das normas legais. Dworkin (2017, p. 128-132), por exemplo, faz uma distinção entre argumentos de princípios e argumentos de política (*policy*) — em que aqueles determinam direitos individuais e estes consistem em argumentos sustentados no interesse do bem comum ou de objetivos coletivos — e pede que os tribunais se limitem estritamente a argumentos de princípio, mesmo quando decidem casos difíceis, porque argumentos baseados em objetivos políticos são destinados ao legislador. Caso contrário, segundo Dworkin, o juiz estará pisando em terreno proibido, reservado à legislação eleita.

No entanto, o parlamento não é capaz de responder à dinâmica de uma sociedade que passa por grandes mudanças, impulsionadas pelas evoluções tecnológicas, mas, sobretudo, pelas contingências sociais presentes — e não mais admitidas — na sociedade. Isso porque os parlamentares não são escolhidos de acordo com seu conhecimento técnico para atuar em determinada área e, ainda que formem uma equipe técnica multidisciplinar, não conseguiriam responder às demandas sociais com a premência necessária, face à própria característica colegiada e deliberativa do parlamento (MORGADO, 2011, p. 74).

Essa foi a constatação que motivou a criação e o desenvolvimento das agências reguladoras e a atribuição de um maior campo de atuação do Judiciário, fato que é comum aos dois países aqui abordados. Assim, o presente capítulo tem por objetivo analisar o papel dos tribunais e das agências reguladoras, não sob o ponto de vista ideal, mas sob uma concepção pragmática dessas instituições.

2.1 A Separação de Poderes: a evolução histórica do papel dos Tribunais

O princípio da separação dos poderes foi ressignificado ao longo do tempo. Nesse sentido, durante o percurso histórico, é possível verificar a predominância cíclica de cada um dos

Poderes. No Brasil, sobretudo a partir da Constituição de 1988, o Poder Judiciário expandiu suas fronteiras de atuação ao ingressar em um campo que antes era destinado apenas à política, notadamente no que diz respeito à atuação contramajoritária — ou mesmo à atuação representativa diante do mau funcionamento do processo democrático parlamentar.

Essa nova conformação atribuída ao Judiciário abriu espaço para o risco de um protagonismo impulsionado pela permeabilidade dos membros deste poder às forças políticas e à opinião pública. No entanto, intenta-se trabalhar, neste tópico, com a hipótese de que isto deve ser evitado, sob pena de desvirtuar a lógica do Estado Democrático de Direito, em que a palavra do legislador deve ser a primeira e a última — salvo nos casos de delegação expressa desta autoridade.

2.1.1 Uma breve análise da evolução do princípio da separação dos poderes — de Aristóteles a Montesquieu

O princípio da separação dos poderes, em que pese ter sido formulado de maneira incipiente na antiguidade, é uma das principais contribuições para a formação do Estado moderno. Aristóteles (384 a.C-322 a.C), em sua obra “A Política”, dispõe que “em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente”. O primeiro desses poderes é o que “delibera sobre os negócios do Estado” (Legislativo); o segundo é aquele que compreende todos os cargos ou “poderes constituídos” que o Estado se vale para agir (Executivo); e o último abrange os cargos de jurisdição (Judiciário) (ARISTÓTELES, 1991, p. 93).

John Locke (1632-1704), precursor da ideia de separação de poderes na modernidade, ainda no século XVII, defendia a prevalência do Poder Legislativo sobre os demais Poderes existentes na sociedade⁵⁹. O Poder Legislativo era o poder supremo da comunidade com a função precípua de “preservação da sociedade e, até onde seja compatível com o bem público, de todos os seus membros” (LOCKE, 2002, p. 90).

⁵⁹ Segundo Locke, executivo e federativo eram os outros poderes. O executivo era um poder permanente que tinha sua existência vinculada à necessidade de executar as leis em vigor, ao passo que o poder federativo — também chamado de poder natural, “uma vez que corresponde ao poder que todos tinham naturalmente antes de pertencer à sociedade” — tem função de reger as relações entre os membros de uma sociedade e aqueles outros que estão fora dela. No entanto, esse dois poderes estão “quase sempre unidos” e embora “os poderes executivo e federativo sejam de fato distintos entre si, seria de pouco proveito separá-los e colocá-los em mãos de pessoas distintas [...] que poderiam divergir, levando com isso a força da sociedade aficar sob comandos diferentes, o que, em muitos casos, poderia ocasionar desordens e desastres” (LOCKE, 2002, p. 98 e ss.).

A lei válida era produto de atuação daqueles a quem a sociedade outorgou autoridade para elaborar leis destinadas a reger as diversas interações sociais existentes entre as pessoas, como forma de promover o bem comum⁶⁰ — apenas possível à medida que o poder supremo não se arrogasse ao direito de agir arbitrariamente sobre a vida e a fortuna das pessoas (LOCKE, 2002, p. 91).

Sob essa ótica, passa-se a atribuir sacralidade à lei, na medida em que esta rege as ações humanas, “ não só quanto a suas próprias ações como para as dos demais”, devendo, para a sua validade, “estar consoante com a lei da natureza — isto é, declaradamente com a vontade de Deus —, e como a lei fundamental da natureza é a preservação dos homens, não há lei humana em contrário que seja válida ou aceitável” (LOCKE, 2002, p. 92).

O poder de elaborar leis, delegado ao legislativo pela autoridade soberana do povo, não pode ser transferido ao Poder Executivo, porquanto não convém, diante do ímpeto inerente à fragilidade humana de ascender ao poder, que os mesmos que detêm a função de legislar tenham nas mãos a prerrogativa de executar as leis, pois eles “poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo” (LOCKE, 2002, p. 98).

Para Norberto Bobbio (1909-2004), a teoria de Locke não era uma teoria da separação e da harmonia entre os poderes, mas de separação e de subordinação (BOBBIO, 1997, p. 233), pois o legislativo, sob a concepção lockeana, em que pese confiar a execução das leis ao Executivo, “guarda para si o direito de retomá-la, se houver motivo, e de punir uma má administração das leis” (LOCKE, 2002, p. 103).

Mais à frente, no século XVIII, incentivado pela “fadiga resultante do poder político excessivo da monarquia absoluta” presente em quase toda a Europa Continental e que “pesava sobre todas as camadas sociais interpostas entre o monarca e a massa de súditos”

⁶⁰ No mesmo sentido, mais tarde, Benjamin Constant (1767-1830) reputa que entender a vontade do povo em sua universalidade, como um princípio absoluto e ilimitado, é desconsiderar a existência das individualidades. O homem não é só um ser social, “há uma parte da existência humana que, necessariamente, permanece individual e independente”. Por isso, Constant afirmou que: “o assentimento da maioria não basta, de modo algum, em todos os casos, para legitimar seus atos. Atos há que nada pode sancionar. Quando uma autoridade qualquer comete um ato desses, pouco importa de que fonte ela se diga emanar, pouco importa que ela se chame indivíduo ou nação; fosse ela a nação inteira, menos o cidadão que ela oprime, mesmo assim não seria legítima” (CONSTANT, 2005, p. 9).

(BONAVIDES, 2008, p. 144), Montesquieu (1689-1755) desenvolveu o princípio da separação de poderes, em seus aspectos essenciais, tal qual é conhecido hodiernamente.

Em sua obra “Do Espírito das Leis”, sistematizou a divisão de competências entre três poderes — Executivo, Legislativo e Judiciário —, de modo que imputou a cada um, além das suas funções precípuas (*rectius*: típicas), o papel de limitar e impedir abusos uns dos outros⁶¹. Por isso, conclui que:

(...) a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites [...] Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou divergências dos indivíduos (MONTESQUIEU, 2000, p. 148-149).

Montesquieu preceitua que ao Poder Legislativo cabe a edição de leis “por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas”, além de deter a função de fiscalização, manifestada pela “faculdade de examinar de que maneira as leis que promulga devem ser executadas” (MONTESQUIEU, 2000, p. 149-150 e 152).

No que tange ao Executivo, órgão responsável pela execução das leis, entende que “deve permanecer nas mãos de um monarca porque esta parte do governo, que quase sempre tem necessidade de uma ação momentânea, é mais bem administrado por um do que por muitos”. (MONTESQUIEU, 2000, p. 151).

Montesquieu rendeu menos prestígio ao Poder Judiciário em comparação aos outros poderes do Estado. Para ele, o Judiciário deveria ser contido em seu mister, não podendo ser “mais do que a boca que pronuncia as sentenças da lei”, haja vista que, se assim não fosse, viver-se-ia em uma sociedade imprevisível, suscetível às vicissitudes dos Tribunais (MONTESQUIEU, 2000, p. 152). A justificativa era a excessiva desconfiança dos teóricos da época para com o Judiciário (PAULA, 2016, p. 92).

Um Judiciário ligado ao Poder Legislativo resultaria em uma intervenção deletéria sobre a vida e a liberdade dos cidadãos, pois o juiz também seria legislador. Se estivesse ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Por isso, Montesquieu afirma que

⁶¹ Nesse sentido, Benjamin Constant dispunha que “de nada adianta dividir os poderes se a soma total do poder é ilimitada, os poderes divididos só necessitam formar uma coalizão, e o despotismo é irremediável. O que nos importa não é que nossos direitos não possam ser violados por certo poder, sem aprovação do outro, mas que essa violação seja vedada a todos os poderes” (CONSTANT, 2005, p. 13).

os juízes de uma nação deveriam ser “seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor” (MONTESQUIEU, 2000, p. 149 e 152).

2.1.2 O Papel contemporâneo dos Tribunais: um verdadeiro poder político?

Durante o século XX, a crença na política liberal foi aos poucos sendo abandonada. Essa descrença inverteu a lógica exitosa —que levou a todo o desenvolvimento experimentado—, pois se passou a entender pela necessidade da intervenção do Estado para garantir direitos sociais ligados à saúde, educação e previdência⁶² (HAYEK, 2010, p. 45). Segundo Tavares (2017, p. 738), até então, o constitucionalismo não se preocupava com o assunto socioeconômico.

Os marcos dessa mudança de paradigma foram a Constituição Mexicana de 1917, que inovou ao tratar detalhadamente sobre uma ordem econômica e social, e a de Weimar, de 1919, que exerceu grande influência sobre as Constituições do pós-Primeira Guerra (TAVARES, 2017, p. 738). O próprio *New Deal*, como visto (*vide* item 1.1), foi produto deste processo.

Depois do final da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a partir da descrença em relação aos poderes políticos majoritários, surgiram teorias que visavam reaproximar o direito da moral e da justiça, fazendo emergir um fenômeno mundial de direcionamento das aspirações democráticas da sociedade para o estreito recinto do Poder Judiciário, vez que o Poder Legislativo — tradicional palco da heterogeneidade das vontades sociais — enfrentava (e ainda enfrenta) dois relevantes problemas: um ligado à sua baixa representatividade e o outro afeto à inaptidão do parlamento para responder às exigências contemporâneas.

No que diz respeito à democracia representativa brasileira e americana, historicamente, sempre foi excludente, parcial e seletiva⁶³, pois não se mostrou capaz de alcançar a todos, senão aqueles muito bem representados politicamente (VIANNA, 1999, p. 33). Por isso, não se pode

⁶² Hayek (2010, p. 45) entende que se optou por substituir o [...]“mecanismo anônimo e impessoal do mercado pela condução coletiva e consciente de todas as forças sociais em direção a objetivos deliberadamente escolhidos”.

⁶³ Barroso (2015, p. 38) dispõe sobre o tema: “Há muitas décadas, em todo o mundo democrático, é recorrente o discurso acerca da crise dos parlamentos e das dificuldades da representação política. Da Escandinávia à América Latina, um misto de ceticismo, indiferença e insatisfação assinala a relação da sociedade civil com a classe política. Nos países em que o voto não é obrigatório, os índices de abstenção revelam o desinteresse geral. Em países de voto obrigatório, como o Brasil, percentual muito baixo de eleitores é capaz de se recordar em quem votou nas últimas eleições parlamentares. Disfuncionalidade, corrupção, captura por interesses privados são temas globalmente associados à atividade política. E, não obstante isso, em qualquer Estado democrático, política é um gênero de primeira necessidade. Mas as insuficiências da democracia representativa, na quadra atual, são excessivamente óbvias para serem ignoradas”.

desconsiderar que a retração e o descrédito da classe política, tal qual se observa nos dias atuais, faz com que a percepção da sociedade desloque o espaço simbólico da democracia para o Judiciário. Garapon (2001, p. 47-48) afirma:

O espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança volta para a justiça. É então nela, e portanto fora do Estado, que se busca a consagração da ação política. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causada pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. [...] O juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual ‘um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia a dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto’.

Cappelletti (1993, p. 96 e 99), em pesquisa sobre o Legislativo norte-americano, admite que o Poder Judiciário é um foro capaz de contribuir para a incorporação de parcela da população sub-representada no sistema político, garantindo a estes “grupos marginais [...] uma oportunidade para a vocalização de suas expectativas de direito no *judicial process*”. Dworkin (1999, p. 426 e 427) segue a mesma linha de raciocínio de Cappelletti, ao afirmar que “os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos tivessem sido confiados à consciência das instituições majoritárias”.

Os argumentos de Cappelletti e Dworkin são confirmados pelos fatos históricos ocorridos nos EUA. Veja, por exemplo, o entendimento concebido pela Suprema Corte americana acerca da Seção 703 (a), da Lei dos Direitos Civis de 1964 (*Civil Rights Act of 1964*) (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1964, *online*), que declara ilegal para um empregador “discriminar contra qualquer indivíduo com respeito à sua compensação, termos, condições, ou privilégios no emprego em função da raça, cor, religião, sexo, ou origem nacional do indivíduo”. A Corte passou a entender que tal mandamento não visava apenas dar oportunidades iguais aos cidadãos, conforme se infere da literalidade do estatuto, mas também promover discriminações afirmativas no sentido de promover paridade estatística para minorias e mulheres nos postos de emprego (SOWELL, 2016, p. 162-169)⁶⁴⁶⁵.

⁶⁴ Ver, por exemplo: *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 1970 e *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193, 1979.

⁶⁵ A abordagem que Thomas Sowell faz em sua obra é crítica às políticas afirmativas ao redor do mundo. Para o autor, as ações afirmativas são motivos de acirramento de conflitos entre as “maiorias” e as “minorias e inter-grupos preferenciais, além de não contribuírem efetivamente para a ascensão socioeconômica daqueles que são os alvos de tais políticas.

A posição da Suprema Corte foi tomada, inclusive, contra a literalidade da subseção 703 (j), do Título VII, da Lei dos Direitos Civis. Esta disposição fixa que o empregador não está obrigado a fazer algo que:

garanta tratamento preferencial a qualquer indivíduo ou grupo por conta de qualquer desequilíbrio que possa ocorrer em relação ao número total ou porcentagem de pessoas de qualquer raça, cor, religião, sexo ou nacionalidade em qualquer comunidade, Estado, seção ou outra área (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1964, *online*)⁶⁶.

Dando seguimento e analisando-se outro aspecto, há casos em que agentes de instituições distintas, em razão de contingências pertencentes a determinado período, transferem poder às Cortes. Koerner (2016, *online*) ressalta que no pós-Segunda Guerra, qualquer tentativa de promoção legislativa dos direitos civis seria barrada em um dos comitês parlamentares, pois os sulistas eram super-representados no Congresso americano e controlavam os comitês pelo sistema de senioridade. A fim de driblar tais entraves, o presidente Harry Truman, por intermédio do seu Departamento de Justiça (*U.S. Department of Justice*), mobilizou organizações de direitos civis e advogados para derrubar leis segregacionistas e defender os direitos dos negros nos estados do Sul⁶⁷.

Mais adiante, durante o Governo Reagan (1980-1988), o Departamento de Justiça impôs sua pauta sobre os direitos e a desregulação econômica, deixando de intentar ações judiciais para garantir a aplicabilidade das leis vistas como inconvenientes ao programa político do governo e acionando a Suprema Corte para reverter precedentes que dificultavam a efetivação de tal programa (KOERNER, 2016, *online*).

No Brasil, a chegada desse fenômeno foi tardia em razão da vigência, por duas décadas, do regime militar (1964-1985). Por isso, o Poder Judiciário, mesmo ante toda evolução da ciência jurídica em curso no mundo romano-germânico, permaneceu inerte. O que se explica,

⁶⁶ Trecho extraído do original (tradução livre): “Nothing contained in this title shall be interpreted to require any employer, employment agency, labor organization, or joint labor-management committee subject to this title to grant preferential treatment to any individual or to any group because of the race, color, religion, sex, or national origin of such individual or group on account of an imbalance which may exist with respect to the total number or percentage of persons of any race, color, religion, sex, or national origin employed by any employer, referred or classified for employment by any employment agency or labor organization, admitted to membership or classified by any labor organization, or admitted to, or employed in, any apprenticeship or other training program, in comparison with the total number or percentage of persons of such race, color, religion, sex, or national origin in any community, State, section, or other area, or in the available work force in any community, State, section, or other area”.

⁶⁷ O paradigmático caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954), cuja decisão estabeleceu quais leis promoverem a segregação racial em escolas públicas são inconstitucionais, foi uma iniciativa tomada sob as instâncias do Departamento de Justiça americano. Segundo Koerner (2016, *Online*), o termo “ativismo judicial” passou a ser usado no pós-Guerra, principalmente, em decorrência de tal decisão.

em parte, “pela ausência do livre debate na academia, nos círculos especializados e na opinião pública em geral”, o que constituiu “impedimento para a disseminação de quaisquer sistemas de pensamento e de concepções doutrinárias que inovassem o campo da cultura jurídica no País” (VIANNA *et al.*, 1996, p. 15).

Por outro lado, a visão crítica ao poder autoritário e ao “silêncio forçado das ruas” foi decisiva para o surgimento de uma geração menos dogmática, mais permeável a outros conhecimentos teóricos e sem os mesmos compromissos com o *status quo*. “A redemocratização e a reconstitucionalização do país, no final da década de 80, impulsionaram uma volta ao direito” (BARROSO, 2015, p. 26).

Essa “volta ao direito” deveu-se à positivação dos direitos fundamentais que viriam apor à vontade do soberano princípios normativos de legitimidade absoluta, como os expressos na Declaração dos Direitos do homem, reintroduzindo no direito a ideia de justiça, que o positivismo jurídico recusara⁶⁸ (VIANNA *et al.*, 1999, p. 22).

Inobstante esse movimento ter ocorrido em momentos distintos de cada um dos países, derivou da necessidade de concretização dos direitos do *welfare*, em que as “considerações de ética social infiltram-se em regiões do direito que, até então, se limitavam a garantir a autonomia privada” (HABERMAS, 1997, p. 134). Vianna *et al.* (1999, p. 20 e 21) complementa:

Prever, decidir, regular, agir em simultaneidade com os processos econômico-sociais — diante de tais desafios, o Estado Social, por definição, não se pode orientar pelo *tempo passado*, e, sim, pelos tempos *presente e futuro*, assumindo a sua definição e indeterminação [...] A indeterminação do direito, por sua vez, repercutiria sobre as relações entre os Poderes, dado que a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exigiria o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a complementar o significado de uma legislação que nasce com modificações distintas às de ‘certeza jurídica’. Assim o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter da lei no Estado Social, do papel de ‘legislador implícito’.

Aos poucos, o Judiciário deixou de ser o guardião dos conflitos individuais e dos interesses estatais para atuar como um verdadeiro poder político. Nesse contexto, este Poder, mais especificamente a jurisdição constitucional, tornou-se ferramenta necessária no processo

⁶⁸ Mesmo assim, nos princípios anos de transição à democracia, não se imaginava a centralidade que hoje possui o Poder Judiciário no Brasil. Isso porque o Judiciário, que tradicionalmente sempre se ocupou da função de arbitragem e solução individual de conflitos, preservou, no início desse processo, sua atuação fortemente pautada sobre o cânone da separação entre Poderes — à margem da conflitualidade entre o Executivo e o Legislativo —, sendo, ademais, pouco mobilizado pelos “seres sociais emergentes”, com as demandas por seus direitos (VIANNA *et al.*, 1996, p. 11).

de concretização dos direitos constitucionalmente previstos. Ao Poder Judiciário, por meio do seu órgão de cúpula, atribuiu-se a guarda da Constituição, sendo que o respeito ao próprio texto constitucional e aos valores dele decorrentes são fundamentais para dar legitimidade a essa tarefa (DWORKIN, 1999, p. 425-428)⁶⁹.

A ideia de efetividade das normas constitucionais manifesta-se a partir da doutrina da efetividade, defendida principalmente por Luís Roberto Barroso, sob influência de Konrad Hesse (1919-2005), jurista alemão que a concebeu na obra intitulada “A força normativa da constituição”. Hesse (1991) defendeu que as normas constitucionais são normas jurídicas cujo cumprimento pode ser postulado pelo seu destinatário. Até então, o pensamento vigente era de que a Constituição era um documento político cujas normas constitucionais não detinham coercitividade jurídica, consistindo em um mero programa político; uma diretriz a ser seguida quando e, se possível, pelo gestor.

Luís Roberto Barroso importou para o Brasil a teoria de Hesse no final dos anos 80 e desenvolveu uma série de estudos acerca da efetividade das normas constitucionais. Dentre eles: *A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?* (*In: Anais do Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, de 1986); *A força normativa da Constituição: elementos para a efetividade das normas constitucionais*, de 1987, e a tese de livre-docência apresentada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, intitulada: *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, de 1990 (BARROSO, 2005, p. 8).

Assim, dar efetividade à Constituição — isto é, ao Estado de Direito e aos direitos fundamentais —, pode significar: (i) atuar como um órgão contramajoritário, no sentido de afastar decisões tomadas por uma maioria democrática; ou (ii) atuar como um órgão representativo, com vistas a atender direitos constitucionalmente previstos inviabilizados pela inação dos outros Poderes do Estado (BARROSO, 2015, p. 476).

Vianna *et al.* (1999, p. 37 e 38) faz uma leitura parecida do pensamento de Dworkin e Cappelletti. De acordo com o autor, Dworkin e Cappelletti entendem que a tarefa do Judiciário

⁶⁹ Dworkin (1999, p. 426-427) defende que a interpretação segundo a qual o papel da Suprema Corte é de Guardiã da Constituição é mérito de John Marshall que, em 1803, no caso *Marbury v. Madison*, decidiu que “fazer cumprir a Constituição derivava da própria declaração contida nesse documento, de que a Constituição era a norma jurídica suprema do país”. O mérito se deve ao fato de que tal interpretação não pode ser encarada como uma “questão de lógica inflexível”, pois “a Constituição poderia ter sido interpretada como estabelecendo diretrizes ao Congresso, ao presidente e aos detentores da autoridade pública, que estes tivessem o dever legal e moral de obedecer, mas fazendo deles os seus próprios juízes”.

é de um intérprete que “põe em evidência, inclusive contra as maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e no Ocidente”.

Por outro lado, Habermas (1998, p. 103) entende que ao Tribunal Constitucional deveria ser atribuído o papel de protetor de “um processo de criação democrática do direito”, e não a guarda de uma “suposta ordem suprapositiva de valores substanciais”⁷⁰. Vianna *et al.* (1999, p. 29), seguindo os ensinamentos de Habermas, traduz a função de um Tribunal:

O modelo seria formal, então, apenas no sentido de que se deveria limitar a garantir as condições necessárias a fim de que a cidadania disponha dos meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução. A função da Corte Constitucional, originária ou não do Poder Judiciário, seria a de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, e não a de se arrogar o papel de legislador político.

Assim, nessa perspectiva, o *judicial review* só tem lugar para resguardar o processo democrático. Ou seja, tendo em mente a concepção rosseauiana, a intervenção judicial deve ser orientada no sentido de garantir liberdade ao povo, concedendo-lhe autonomia e assegurando que cada cidadão tenha iguais oportunidades na criação do seu próprio direito (VIANNA *et al.*, 1999, p. 30).

Nessa toada, Costa Neto (2017, p. 190) também conserva uma visão mais restritiva sobre o tema. Para ele, “a intervenção judicial, se houver, deve ser contida. O Tribunal Constitucional não é um censor; nem deve achar-se o senhor da verdade”. Por isso, a patologia presente em um Poder da República não deve ensejar o desvirtuamento da lógica de um Estado Democrático de Direito, no qual, “em regra, a palavra do legislador deve ser a primeira e a última”.

Complementando este entendimento, Costa Neto (2017) expõe que não se pode perder de vista que o vetor a ser seguido são as normas e os valores, explícita ou implicitamente,

⁷⁰ Trecho extraído do original: “El Tribunal no debió aceptar la demanda, y hubiera desejado la decisión política al legislador, si es que el Tribunal Constitucional, conforme a una comprensión procedimental de nuestro orden jurídico, ha de entenderse a sí mismo como protector de un proceso de posición o creación democráticas del derecho, y no como guardián de un supuesto orden suprapositivo de valores substanciales. La función del Tribunal es vigilar que se respeten los procedimientos democráticos para una formación de la opinión y la voluntad políticas de tipo inclusivo, es decidir, en la que todos pueden intervenir, sin asumir él mismo el papel de legislador político”.

estabelecidos pela Constituição, e não pela vontade pessoal do juiz⁷¹. Em outras palavras, não se pode atribuir ao juiz a faculdade de substituir a moral pública por sua moral pessoal.

Habermas (1997, p. 186) defende que, por força da lógica da divisão dos Poderes, ao Legislativo deveria ser atribuída a competência de autocontrole da sua atividade típica⁷². Desse modo, “se o legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei”, por que ao Judiciário é dada a competência de proceder com o controle abstrato de normas? Assim sendo, o autor prossegue dizendo que se abrem “as portas para os Tribunais Constitucionais criarem o direito, função reservada, segundo a lógica da divisão dos Poderes, ao legislador democrático”.

Nesse sentido, a visão de Habermas, compartilhada por Costa Neto, é de que atividade de construção e reconstrução do ordenamento jurídico, inclusive da própria Constituição nas possibilidades originariamente outorgadas pelo constituinte, é tarefa do Poder Legislativo, cuja função precípua é materializar, por meio de comandos legais, o sentimento do povo em determinado momento histórico. Essa atividade não pode ser usurpada por outro Poder, senão nas estreitas hipóteses constitucionais ou, ainda, para garantir a participação dos cidadãos no processo democrático.

Assim, conclui-se que a hipertrofia do Poder Judiciário, surgido como consequência da incapacidade dos poderes políticos de implementarem os direitos de matriz social, não pode representar a negação do Estado Democrático de Direito, vez que põe em risco os próprios fundamentos da liberdade ao transferir a criação das leis de um país para uma “casta sacerdotal, praticante de uma justiça de salvação” e usurpadora do papel e das funções tipicamente pertencentes a outro Poder (VIANNA *et al.*, 1999, p. 26).

⁷¹ A imposição da vontade pessoal do juiz em detrimento do comando legislativo é chamada por Costa Neto de *narcisismo constitucional*.

⁷² Costa Neto (2017, p. 191), ao defender uma maior deferência do Poder Judiciário em relação à lei, enquanto produto do funcionamento sadio da democracia, sustenta que: “Uma lei pode ser insensível, pode ser irracional, pode ser inapropriada, pode não disciplinar a matéria da melhor forma possível, pode até ser burra; mas nada disso a torna inconstitucional. Aliás, quem disse que a burrice é inconstitucional? Cometer erros — e corrigi-los, ou não — também é uma prerrogativa do legislativo”.

2.2 Os Tribunais, as agências e a “Nova Separação de Poderes”

A estrutura democrática brasileira, assim como a de todas as democracias modernas, inspirou-se no modelo norte-americano, incorporando-se ao direito brasileiro a partir da Constituição de 1891. Por consectário, calçou-se no equilíbrio e no controle mútuo dos poderes (*checks and balances*) (MADISON; HAMILTON; JAY, 2003, art. 51, p. 317-322), exigindo, na teoria, a ideia de simetria entre poderes, no sentido de um não se sobrepor aos demais.

Entretanto, o influxo da realidade — sempre mais complexo que as prescrições teóricas — demonstra que o pretense equilíbrio entre os poderes não se perfectibiliza, ocorrendo, por vezes, a usurpação das funções típicas de um poder por outro. Além disso, outras instituições se fortaleceram ao longo da história, assumindo verdadeira silhueta de Poder de Estado, a exemplo do Ministério Público e do Tribunal de Contas.

Tais repercussões práticas do sistema ideal de separação de poderes fez com que Bruce Ackerman, em obra intitulada como “A Nova Separação de Poderes”, formulasse uma resposta à pergunta: “separação de poder em nome de quê?” (ACKERMAN, 2009, p. 7).

Ackerman desenvolve seu estudo analisando, principalmente, os modelos de separação de poderes norte-americano e o inglês. Diante disso, consegue identificar um sistema alternativo consubstanciado na proposta de um sistema de governo, chamado por ele de “parlamentarismo limitado”, que, sumariamente, tem como pressupostos: (i) a existência de duas casas parlamentares — a Câmara Federalista, eleita diretamente, e a Câmara Consultiva, eleita indiretamente —, com perfis diferentes dos encontrados nos EUA e no Brasil, denominadas de “solução de uma casa e meia”; (ii) um sistema de consulta popular para suprir a ausência de um Senado forte; (iii) a limitação dos poderes do parlamento por uma Constituição escrita e uma Corte Constitucional; e (iv) a existência das instâncias de controle (regulatória, de integridade e democrática).

2.2.1 O Papel dos Tribunais e a Teoria de Bruce Ackerman

Introdutoriamente, na obra citada, Ackerman (2009, p. 7) fornece três ideais de legitimidade que reputa necessários para responder à pergunta sobre o porquê da separação de poderes:

[...] retorno reiteradamente a três ideais de legitimidade ao responder à pergunta: ‘separação de poder em nome de quê?’ O primeiro ideal é a democracia. De um modo ou de outro, a separação pode servir (ou impedir) ao projeto populista de autogoverno. O segundo ideal é o profissionalismo ou competência profissional. As leis democráticas permanecem no plano puramente simbólico, a menos que os tribunais e as burocracias possam implementá-las de um modo relativamente imparcial. O terceiro ideal constitui-se pela proteção e ampliação dos direitos fundamentais. Sem estes, o regramento democrático e a administração técnica podem facilmente tornar-se instrumento para tirania”.

Nesta seção, dar-se-á relevância ao segundo ideal (profissionalismo). A proposta de Ackerman centra-se na necessidade de uma mudança constitucional do sistema de governo, a fim de promover a eficácia da fórmula por ele proposta. No entanto, faz uma concessão e admite que, em caso de eventual rejeição do parlamentarismo limitado, “em prol do modelo de Westminster ou da abordagem legalista estadunidense, uma questão óbvia ainda deverá ser enfrentada: caso os políticos democráticos aprovem uma nova lei, o que acontecerá depois?” (ACKERMAN, 2009, p. 65).

A resposta encontrada na teoria de Ackerman aborda a ideia de profissionalismo (competência profissional), que tem como pressuposto o insulamento político daqueles responsáveis pela implementação das leis aprovadas pelo Congresso. Portanto, para esta concepção, a implementação das prescrições genéricas formuladas pelo parlamento deve ser feita por outros órgãos ou entidades pertencentes a outros poderes e dotadas de independência técnica e imparcialidade decisória, atributos que, idealmente, os Tribunais e as agências reguladoras possuem (ACKERMAN, 2009, p. 67).

Tal lógica deriva da noção de que a lei efetivada não pode ser entregue aos políticos democratas reais (*em contraposição aos ideais*)⁷³, os quais estão mais interessados em vencer as próximas eleições e, por conseguinte, agradar o grande público, “desconsiderando a pertinência de um estudo mais rigoroso e consistente sobre o assunto”⁷⁴ (ACKERMAN, 2009, p. 66). Caso as instâncias burocráticas e judiciais fossem permeadas pelas vontades políticas, o esquema proposto por Ackerman seria inócuo, porquanto o resultado seria o mesmo observado em relação aos políticos democraticamente eleitos.

⁷³ E é bom que assim seja, alerta Ackerman (2009, p. 66), pois “se se permitir que os políticos rompam essa barreira [isto é, possuam o poder de fazer as leis e implementá-las] o resultado será a tirania”

⁷⁴ Uma abordagem alternativa a essa premissa é de que os políticos — frente à ignorância dos eleitores que, na média, são ignorantes em se tratando de política e dos representantes por eles eleitos — são levados a satisfazerem pautas pessoais e a se venderem aos doadores de campanha. Para uma interessante abordagem sobre o tema, ver: CAPLAN, Bryan Douglas. **O mito do eleitor racional**: por que as democracias elegem maus governos. Tradução: Paulo Polzonoff. São Paulo: LVM Editora, 2020.

Em decorrência dessa constatação, Ackerman (2009, p. 66 e ss.) desenvolveu uma teoria denominada de “especialização funcional”, cuja análise subdivide-se em três partes: (i) a primeira é relacionada à “fraqueza congênita dos políticos diretamente eleitos”, afastando-os da atividade de implementação das leis, pois quanto maior for esta intervenção, “menos imparcial e mais alheia à realidade será essa implementação”, além dessa atividade burocrática afastar os políticos da função legislativa e de fiscalização; (ii) a segunda, ligada à existência de especialistas bem treinados para desenvolverem as tarefas as quais foram incumbidos; e, (iii) por último, a criatividade institucional, com o intuito de construir uma nova teoria de separação de poderes, o que demandaria uma reforma no arranjo constitucional.

A análise aqui empreendida não pode descuidar do pragmatismo. A proposta de um parlamentarismo limitado é impossível diante da ordem constitucional vigente no Brasil, pois essa possibilidade foi afastada no plebiscito realizado em 21 de abril de 1993⁷⁵. Nos EUA, é improvável que aconteça⁷⁶. Assim, a criatividade institucional, na forma proposta por Ackerman, resta prejudicada.

O presidencialismo, segundo Ackerman (2009, p. 7-8), não é campo fértil para o desenvolvimento da imparcialidade técnica. O autor assegura que a estrutura de separação de poderes norte-americana não consiste em uma fórmula que possa ser aplicada indiscriminadamente, em qualquer outra realidade, visto que foi construída ao longo do tempo, condicionada às contingências históricas, sociais, econômicas e políticas daquele país⁷⁷. Mesmo afirmando a eficácia do presidencialismo estadunidense, Ackerman (2009, p. 65), quando trata da especialização funcional, demonstra que este sistema de governo é deletério para a construção de uma administração imparcial e técnica.

⁷⁵ A previsão de plebiscito para decidir sobre a forma (republicana ou monarquista) e sistema (parlamentarismo e presidencialismo) de governo do país foi veiculada no artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias (ADCT).

⁷⁶ O sentimento americano setecentista, *ainda arraigado contemporaneamente*, era de que a superação do governo, do Parlamento, da corrupção e tirania britânica fundara um novo mundo (HIMMELFARB, 2011, p. 243 e ss.).

⁷⁷ No Brasil, a doutrina autoritária, que tomou corpo no início da década de 1930, já denunciava a necessidade de superação do conceito liberal clássico de separação de poderes, pois se entendia que a forma de estruturação dos poderes deveria estar condicionada à sua capacidade de exercer a lei do poder dentro das peculiaridades insitas à realidade de cada país. Nessa linha de intelecção, o diagnóstico era de que o arquétipo constitucional norte-americano, do qual o constituinte originário de 1891 se inspirou, não se compatibilizava com a realidade histórico-institucional brasileira. Nesse sentido, ver: AMARAL, José Antonio de Azevedo. **O Estado autoritário e a realidade nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados, Editora Universidade de Brasília, 1981; CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001; VIANNA, Oliveira. **O Idealismo da constituição**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939.

Os pais fundadores, ao escreverem a Constituição americana, não imaginavam o tamanho e a complexidade que a burocracia atingiria. Isso se agrava, segundo Ackerman (2009, p. 68-69), com a abordagem originalista — influenciada, notadamente, pelo já falecido *Justice Scalia* —, cuja acepção diz que o poder exclusivo sobre a burocracia compete exclusivamente ao presidente, o que aumenta significativamente a sua discricionariedade para geri-la e, por consequência, dificulta o funcionamento técnico e imparcial dela.

O resultado é a extrema politização das instâncias burocráticas. Nos EUA, é difícil se fazer uma distinção clara entre a política e a técnica burocrática, haja vista que os burocratas:

[...] são responsáveis por reforçar a suas próprias bases de suporte político. A responsabilidade fragmentada força burocratas a enfrentarem riscos e serem rigorosos defensores das posições que eles sustentam privadamente [...]. Nem protegidos pelo anonimato nem claramente à serviço de um mestre único, os burocratas estadunidenses devem encontrar aliados onde eles possam [...]. Para ser exato, a política burocrática, propriamente dita, existe em todo lugar, [mas] a política burocrática na Europa é episódica; nos Estados Unidos é ininterrupta (ABERBACH *et al.*, 1981, p. 95-96).

A dificuldade em se distinguir as funções próprias dos burocratas e as dos políticos, em um sistema presidencialista, também ocorre no Brasil. O país lida com uma fragmentação partidário-eleitoral, derivada de importantes componentes socioculturais e regionais, mais incisiva que a presente nos EUA, em que a necessidade de grandes coalizões institucionais é essencial para garantir a governabilidade e a implementação de políticas públicas (ABRANCHES, 1988, p. 19-21).

O reflexo deste fenômeno institucional para as agências reguladoras é de que elas acabam se tornando uma *longa manus* do presidente e da coalizão por ele formada, pois, neste contexto, reflexo do chamado “presidencialismo de coalizão”, são alvos de intensas disputas políticas no âmbito da base aliada (BERTHOLINI; PEREIRA, 2017).

No Brasil, a Lei Geral das Agências Reguladoras tratou de mitigar a existência desse componente adversarial dentro da base aliada, ao tornar mais rigorosos os critérios para a indicação dos diretores às agências. A lei introduziu a necessidade de⁷⁸:

- I - ter experiência profissional de, no mínimo:
 - a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, no campo de atividade da agência reguladora ou em área a ela conexas, em função de direção superior; ou
 - b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:

⁷⁸ O projeto de lei previa que a indicação da Presidência da República se restringiria a uma lista tríplice resultante de um processo seletivo público, o que não acabou constando do texto final.

1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa no campo de atividade da agência reguladora, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa;
 2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;
 3. cargo de docente ou de pesquisador no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexa; ou
 - c) 10 (dez) anos de experiência como profissional liberal no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexa; e
- II - ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado.

Nos Estados Unidos, como visto (subitem 1.3.2), o presidente nomeia os altos funcionários das agências independentes, após confirmação do Senado, mas eles geralmente cumprem mandatos escalonados e mais longos que um mandato presidencial de quatro anos, significando dizer que a maioria dos presidentes não terá a oportunidade de nomear todos os comissários de uma determinada agência independente. Ademais, a maioria das agências independentes tem uma exigência legal de associação bipartidária na comissão, de modo que o presidente não pode simplesmente preencher as vagas com membros de seu próprio partido político (PIERCE; SHAPIRO; VERKUIL, 2004, p. 102).

Em relação aos Tribunais, os países aqui analisados possuem distinções na forma de seleção dos seus juízes. No Brasil, os juízes possuem a garantia da vitaliciedade e, por conseguinte, não estão sujeitos às circunstâncias de curto prazo da política eleitoral (BARROSO, 2015, p. 40-41); nos EUA, a situação é distinta, pois há estados que preveem o recrutamento de juízes mediante eleições diretas⁷⁹, o que pode fragilizar a independência judicial desses magistrados. Geyh (2008, p. 87), entretanto, entende que os mecanismos de responsabilização institucional existentes neste país são adequados para promover a independência, a imparcialidade e a integridade da magistratura.

Nessa esteira, acatando a hipótese da existência de aparatos legais propícios à redução da hiperpolitização encontrada nas instâncias burocráticas e judiciais dos dois países, cabe

⁷⁹ Os métodos de seleção judicial variam substancialmente nos Estados Unidos. Embora cada estado tenha um conjunto único de diretrizes que tratam sobre a forma de recrutamento dos juízes para os judiciários estaduais e locais, existem cinco métodos principais: (i) eleições partidárias: os juízes são eleitos pelo povo e os candidatos são listados na cédula ao lado de um rótulo que designa a afiliação ao partido político; (ii) eleições apartidárias: os juízes são eleitos pelo povo e os candidatos são listados na cédula *sem* um rótulo que designa a filiação partidária; (iii) eleições legislativas: os juízes são selecionados pela legislatura estadual; (iv) nomeação pelo governador, sendo que em alguns casos é necessária a aprovação legislativa; e (v) nomeação assistida, também conhecida como seleção por mérito ou Plano de Missouri: Uma comissão de indicação analisa as qualificações dos candidatos e envia uma lista de nomes ao governador, que nomeia um juiz da lista (GEYH, 2008, p. 86-101). Depois de cumprir um mandato inicial, o juiz deve ser confirmado pelo povo para permanecer no tribunal. Para conferir o método de seleção empregado por cada estado da federação norte-americana, ver: http://web.archive.org/web/20150222053432/http://judicialselection.us/judicial_selection/methods/selection_of_judges.cfm?state=. Acesso em: 20 dez. 2020.

perquirir qual é o campo de ação do Poder Judiciário sobre as atividades das agências reguladoras e como ele pode atuar no sentido de zelar pelo bom funcionamento de tais entidades. Para tanto, primeiramente, analisar-se-á a questão atinente à teoria das capacidades institucionais.

2.2.2 Capacidades institucionais: um estudo pragmático das instituições

Em importante estudo intitulado “*Interpretation and Institutions*”, Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2003, p. 885-890) defendem que a capacidade institucional dos atores incumbidos de decidirem e os efeitos dinâmicos das decisões por eles proferidas são critérios essenciais para a tarefa de interpretação do direito. Para eles, as questões institucionais são ignoradas pelos principais teóricos que se dedicaram ao estudo da interpretação do direito, incluindo Jeremy Bentham, Herbert L. A. Hart, Ronald Dworkin, Henry Hart e Albert Sacks.

Antes de prosseguir, há que se fazer uma distinção entre profissionalismo, na forma entendida por Ackerman, e capacidade institucional. O profissionalismo (competência profissional), como analisado, refere-se àqueles agentes que estão, idealmente, fora da influência política. Já a capacidade institucional é mais ampla, pois vai além do profissionalismo e da imparcialidade das instituições, alcançando uma noção mais pragmática acerca do comportamento e das funcionalidades destas, com foco em encontrar a instituição mais habilitada para resolver cada tipo de problema posto à interpretação (MORGADO, 2011, p. 80-81).

Feitas essas distinções, cabe afirmar que a maioria dos debates sobre interpretação jurídica trata sobre como o texto deveria ser interpretado e não como ele realmente o é, tendo em vista as características distintivas de cada instituição. Quando as questões institucionais são consideradas, os teóricos se debruçam em uma visão idealizada, “até mesmo heróica”, das capacidades judiciais, subestimando a capacidade de outros autores, a exemplo das agências e dos próprios legisladores (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 886).

As considerações sobre as capacidades institucionais e os efeitos dinâmicos de virtual decisão buscam complementar as teorias da interpretação desenvolvidas mediante alto grau de abstração, se comparadas à realidade. Há humildade interpretativa na teoria de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, por isso, eles incorporam, na análise, o conceito econômico de “*second-best reasoning*”, ao compreenderem que, sob as contingências da realidade, não é possível um juiz

atingir o estado de coisas ideal (*first-best*). Por certo, a escolha da técnica interpretativa deve se condicionar à averiguação de uma segunda melhor opção (*second-best*), considerando as capacidades e limitações institucionais de quem vai decidir (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 914).

A seguintes premissas revelam-se como essenciais para o estudo das capacidades institucionais: (i) a separação de poderes tem como fim normativo a especialização funcional em prol de fins constitucionais em comum; (ii) nenhuma instituição é infalível, portanto, o atendimento dos fins comuns pelas mais diversas instituições está permeado de incerteza; (iii) a avaliação das alternativas de decisão “deve se dar de acordo com suas possíveis consequências para a promoção de um mesmo valor ou objetivo” (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 11).

A partir desse ponto, duas indagações surgem: a primeira relaciona-se ao projeto institucional de cada órgão ou entidade; a segunda apresenta este questionamento: “qual a entidade ou órgão, frente às circunstâncias reais apresentadas, mais habilitado a decidir?” (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 16).

Sobre o primeiro aspecto (projeto institucional), não há como desconsiderar que até as teorias mais tradicionais, como a de Montesquieu e Madison, foram orientadas por um critério de especialização funcional, uma vez que cada função foi entregue a um Poder, idealmente, habilitado para exercê-la. Ocorre que, além de haver intersecções de função entre um Poder e outro, o projeto original é mutável.

Em ato contínuo, no segundo, a resposta se concentra na capacidade de uma instituição para resolver determinado assunto, implicando uma análise comparativa relativamente aos méritos entre as instituições. A mais adequada funcionalmente para atingir determinado fim será aquela com o potencial de proferir uma decisão com menores riscos à sociedade. Para tanto, a instituição não deve ser analisada no plano das ideias, mas, sim, de acordo com as condições fáticas e peculiaridades institucionais inerentes à sua existência em determinado contexto.

Diante desse quadrante teórico, algumas problemáticas passam a gravitar em torno das capacidades institucionais, especificamente em relação ao Poder Judiciário. Quais são os limites institucionais do Poder Judiciário? Quando o Judiciário deve se curvar às escolhas alheias? Quais os critérios interpretativos que devem orientar os julgadores neste último caso?

Antes de responder a essas questões, Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2003, p. 943) afirmam que suas construções teóricas estão sujeitas a confirmações empíricas, com base nas limitações do Poder Judiciário e na suscetibilidade das diferentes instituições em executar determinados objetivos em seu lugar⁸⁰. Então, torna-se imprescindível uma prévia investigação sobre o *status* dos órgãos e entidades com competência de decisão dentro de cada realidade institucional.

De qualquer forma, a nível especulativo, Sunstein e Vermeule (2003) esboçam respostas. Concernente às limitações do Judiciário, elas são patentes. Há limitadores de níveis cognitivos, normativos e estruturais. Em relação ao aspecto cognitivo, pode-se citar a falta de conhecimento técnico que permita realizar previsões, probabilidades, análises, cálculos de custo-efetividade e avaliações de efeitos colaterais. Quanto ao aspecto normativo, os juízes são obrigados a julgarem nos parâmetros da noção de economia processual, há preclusões, limitações referentes à coisa julgada etc. Relativo ao aspecto estrutural, os tribunais, em geral, não contam com uma equipe técnica multidisciplinar para o auxílio dos magistrados; há também problemas de ordem orçamentária (MORGADO, 2011, p. 82; LUHMAN, 2014, p. 50).

Por isso, não é prudente conceber que juízes generalistas, que absorvem e processam informações diferentes em cada processo de adjudicação, sejam capazes de fornecer soluções confiáveis em questões que envolvam complexidades relevantes, tal como ocorre nas atinentes à regulação econômica (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 943). Impor a eles a necessidade de resolver situações que ultrapassam conceitos jurídicos habituais resultaria em insegurança jurídica, sobrecarga de trabalho dos Tribunais, afronta à igualdade jurídica e, por fim, poria em risco a independência dos Tribunais (LUHMANN, 2014, p. 47).

Diante disso, pesadas as variáveis institucionais, tais quais, os custos que podem advir de erro da decisão (efeitos dinâmicos), havendo outra instituição habilitada a lidar com determinada matéria, cuja complexidade transcende a capacidade do juiz generalista, torna-se

⁸⁰ Diego Arguelhes e Fernando Leal (2011, p. 26) fazem essa leitura sobre a obra de Sunstein e Vermeule: “Propostas destinadas a orientar escolhas judiciais não devem negligenciar, como já observado, que o exercício das competências judiciais não ocorre em um vácuo institucional. O que o argumento faz é sugerir que, dado que diversas teorias normativas sobre a função judicial são juridicamente possíveis, deve-se recorrer a considerações sobre as habilidades e limitações do Poder Judiciário e das instituições que podem ser afetadas por suas opções. Essas considerações – ‘capacidades institucionais’ – são necessariamente empíricas, comparativas e contingentes, só podendo ser fixadas em arranjos institucionais e momentos específicos. Isso faz com que as respostas para as questões relacionadas a métodos e posturas mais adequadas de decisão tenham, como visto, uma inexpurgável dimensão contextual ou circunstancial, o que as torna necessariamente contingentes.”.

imperioso se dar deferência à interpretação desta instituição (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 943).

Por fim, Sunstein e Vermeule (2003, p. 949-951) sugerem que os juízes generalistas tenham uma abordagem formalista (*ou textualista*) em relação aos estatutos. Isto é, quando confrontados com questões políticas ou econômicas complexas, é prudente que os Tribunais sigam o sentido comum do texto, pois não estão equipados, cognitivamente e estruturalmente, para lidar com estas questões.

2.2.3 Interação entre Poder Judiciário e agências reguladoras: o paradigma norte-americano

Da conjugação das lições de Bruce Ackerman, Cass Sunstein e Adrian Vermeule extrai-se que os Tribunais e as agências reguladoras detêm, tanto nos Estados Unidos como no Brasil, um aparato legal que, em tese, os habilita para resolverem questões técnicas postas às suas análises (profissionalismo). As agências encontram-se em uma posição mais adequada para resolver problemas ligados à regulação econômica, dada sua especialidade técnica relativa ao setor regulado (competência institucional).

Isso não significa que o Poder Judiciário e as agências são estanques à influência política⁸¹. Pelo contrário, cada vez mais, a preocupação de cientistas com as burocracias governamentais e com o Judiciário é de cunho pragmático, haja vista reconhecerem que esses atores são responsivos às forças políticas⁸² e também podem ser bastante receptivos à opinião pública (BARROSO, 2015, p. 25).

⁸¹ Essa visão romantizada da técnica impoluta, blindada das questões políticas, já não é mais vigente. Especificamente em relação às agências, Bresser Pereira (1997, p. 43) vaticinava: “o tipo ideal de um burocrata estatal puramente técnico não faz sentido, da mesma forma que não faz sentido atribuir a ele o papel de garantir a racionalidade da administração pública e mais amplamente do governo, continuamente ameaçada pelos políticos. Esta é visão autoritária, que ainda acredita no monarca esclarecido ou no ‘bom’ ditador – é uma visão que o avanço da democracia neste século vai tornando definitivamente superada”.

⁸² Afinal de contas, a regulação econômica está envolta, cotidianamente, por questões políticas, não estando alheia à “luta pelo poder”. Sundfeld (2000, p. 25) faz essa constatação: “como sempre acontece, as lutas pelo poder também vão alcançar a regulação, registrando-se pelos diferentes países, constantes flutuações quanto ao nível de influência dos atores estatais, sejam membros do Executivo, das múltiplas agências e entes da Federação, do Legislativo, do Judiciário [...] Em uma época certa agência age com toda autonomia, dali a pouco o Executivo recobra seu poder de influir, e assim segue a luta. Nada disso importa negativa do valor e necessidade de regulação – que, de resto, pode ser feita pelo próprio Executivo, se assim entender a lei –, tampouco fracasso ou sucesso dos entes independentes; trata-se, apenas, de nossa já conhecida luta pelo poder”.

Por isso, os estudiosos têm medido esforços ao investigarem meios de controle da atividade judiciária e reguladora, por intermédio de procedimentos formais ou alternativos, como no caso do escrutínio público por meio das mídias disponíveis. A conclusão é de que esses agentes podem ser responsabilizados mediante outros mecanismos, tais como, a supervisão dos ramos eleitos, a fiscalização popular e interação com a mídia. Assim, na prática, os funcionários têm diversas formas de serem responsabilizados, diferente do indicado pela literatura jurídica tradicional (LIPTON, 2010, p. 2.099).

Assim, esboça-se um novo ponto de vista acerca da interação entre o Poder Judiciário e as agências, porquanto estas, além de apresentarem capacidade técnica, também são politicamente responsáveis pelos seus atos. A implicação doutrinária é que os Tribunais devem dar deferência às decisões das agências, não só pela especialização na matéria regulatória, mas também pelo “poder persuasivo” (*power to persuade*) decorrente da responsabilidade política (LIPTON, 2010, p. 2.099 e 2.100).

Isso reforça a posição de Sunstein e Vermeule (2003, p. 949-951) no sentido de que, em regra, às agências deve ser conferida flexibilidade interpretativa, possibilitando-as, inclusive, a fugirem da literalidade do texto em questões das quais são legalmente competentes e institucionalmente capazes de regular. Segundo os autores, esta postura flexível não pode ser atribuída aos juízes generalistas, dado que, em contrapartida, podem obter, neste tipo de interpretação afeta ao texto (*rectius: formalista*), maior segurança quanto aos efeitos sistêmicos da decisão, do que se tentassem emular a forma com que os especialistas decidem. No entanto, mais uma vez, defendem que tal análise deve se referir à realidade:

Se as agências não deveriam receber essa flexibilidade interpretativa, é também por razões institucionais, como, por exemplo, na afirmação de que as agências estão sujeitas à influência de poderosos grupos privados ou na sugestão de que o Congresso irá fornecer correções suficientemente rápidas de decisões regulatórias que, apesar de fidelidade ao texto estatutário, produzem danos significativos. Claro que há muitas questões empíricas aqui (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 950).

A deferência às resoluções/interpretações/decisões das agências está condicionada à realidade institucional destas no ordenamento jurídico. Mas não só. Também se condiciona à realidade institucional de cada agência específica. Veja-se que, no Brasil, há agências que são mais confiáveis que outras.

Por isso, as variáveis institucionais presentes nas agências também devem merecer atenção. Quanto mais deficiente ou pouco confiável é a instituição, mais ela deve estar sujeita

à revisão por outra. Por isso, não é necessário haver deferência apriorística por parte do Poder Judiciário em face dos atos emanados pelas agências reguladoras, mas uma atuação que deve estar condicionada à realidade institucional de cada uma delas⁸³ (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 22).

A discussão, na realidade regulatória norte-americana, encontra-se mais avançada que no Brasil, seja sobre a perspectiva das próprias agências reguladoras, seja no concernente ao *judicial review*⁸⁴. À vista disso, interessante analisar alguns importantes casos da jurisprudência norte-americana, com o fim de verificar como se comportam os juízes diante de contendas envolvendo as *Agencies*.

2.2.3.1 Skidmore Et Al. versus Swift & Co. (1944)

Skidmore Et Al. vs Swift & Co. 323 U.S. 134 (1944) é um caso que envolve sete funcionários (Jim Skidmore e outros) da fábrica de embalagens *Swift & Company*, em Fort Worth, Texas, cuja ação teve como base o *Fair Labor Standards Act (FLSA - 1938)*, oportunidade em que se postulou horas extras, indenizações e honorários advocatícios, em razão da não remuneração pelas horas que estes funcionários permaneceram em regime de plantão. Eles eram pagos apenas pelo tempo gasto respondendo a uma chamada. Tanto o Tribunal Distrital (*United States District Court Northern District of Texas*), quanto o Tribunal de Apelação para o Quinto Circuito (*United States Court of Appeals for the Fifth Circuit*), concluíram este tempo despendido no corpo de bombeiros não constituía trabalho sob a égide da *FLSA*. Os funcionários apelaram à Suprema Corte, que reverteu o entendimento prolatado pelos dois primeiros órgãos.

Esse julgamento ficou conhecido como *Skidmore Deference*, pois o *Justice Jackson*, ao final da decisão (323 U.S. 140), assim concluiu:

Consideramos que as decisões, interpretações e opiniões do Administrador ao abrigo desta Lei, embora não controlem os tribunais em razão da sua autoridade; constituem um corpo de experiência e julgamento informado ao qual os tribunais e litigantes podem adequadamente recorrer para orientação. O peso de tal julgamento em um caso particular dependerá do rigor evidente em sua consideração, a validade de seu

⁸³ A realidade regulatória brasileira será analisada no item 3.1.

⁸⁴ Tal afirmação pode ser aferida da análise do primeiro capítulo.

raciocínio, sua consistência com pronunciamentos anteriores e posteriores, e todos os fatores que lhe dão poder de persuadir, se não houver poder de controlar⁸⁵.

O Tribunal desenvolveu um teste para determinar a deferência dada às regras de uma agência administrativa com base no rigor da investigação da agência sobre o tema, na validade de seu raciocínio e na coerência em relação às decisões passadas, além de outros poderes persuasivos da agência que defluem da sua responsabilidade política (LIPTON, 2010; DAME, 2002)⁸⁶.

Lipton (2010, p. 2.100) compara esta circunstância com o respeito que um Tribunal de Apelação (*United States courts of appeals*) tem em relação à decisão de outros Tribunais. Para o autor, a comparação é válida, haja vista que eles podem fazer uma analogia da interpretação legal da Agência — que, reconhecidamente, detém responsabilidade política — com um precedente persuasivo de outros Tribunais. Por conseguinte, sob essa ótica, “a deferência de Skidmore é baseada no poder de persuadir”⁸⁷.

2.2.3.2 Auer versus Robbins (1997)

Francis Bernard Auer, um sargento da polícia, outros sargentos e um tenente de *Saint Louis (Missouri)* processaram os Comissários de Polícia, incluindo David A. Robbins, por horas extras, de acordo com o *FLSA*. Uma disposição da *FLSA*⁸⁸ isentava os funcionários “executivos, administrativos ou profissionais de boa-fé” dos requisitos do pagamento de horas extras.

De acordo com os regulamentos do Secretário do Trabalho (*Secretary of Labor*), essa isenção se aplicava aos funcionários que pagavam um valor mínimo especificado com base no “salário”, exigindo-se que a “compensação (...) não esteja sujeita a redução devido a variações na qualidade ou quantidade do trabalho realizado”. Auer alegou que eles não passaram neste

⁸⁵ Tradução livre do original: “We consider that the rulings, interpretations and opinions of the Administrator under this Act, while not controlling upon the courts by reason of their authority; do constitute a body of experience and informed judgment to which courts and litigants may properly resort for guidance. The weight of such a judgment in a particular case will depend upon the thoroughness evident in its consideration, the validity of its reasoning, its consistency with earlier and later pronouncements, and all those factors which give it power to persuade, if lacking power to control”.

⁸⁶ Na mesma linha, Skidmore impõe uma revisão caso a caso das ações das agências, dependendo do quão persuasivamente determinada agência argumentou e apoiou a sua decisão (DAME, 2002, p. 425).

⁸⁷ Trecho extraído do original: “courts can analogize agency statutory interpretation to ‘persuasive precedent’, the nonbinding decisions of other circuits. Since Skidmore deference is based on the ‘power to persuade’ looking to persuasive precedent is a natural fit”.

⁸⁸ Conforme 29 U. S. C. §213 (a) (1). Disponível em: <https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/WHD/legacy/files/FairLaborStandAct.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2020.

teste porque, nos termos do Manual do Departamento de Polícia, sua compensação poderia teoricamente ser reduzida por uma variedade de infrações disciplinares relacionadas à "qualidade ou quantidade" de seu trabalho (519 US 452).

O caso chegou a Suprema Corte. Concluiu-se que tanto o teste de base salarial como o teste de funções foram satisfeitos para todos os postulantes. A questão de fundo é que a Suprema Corte deu deferência à agência na interpretação de suas próprias regras e esquemas regulatórios e argumentou que "porque o teste de base salarial é uma criação dos próprios regulamentos do Secretário, sua interpretação disto, de acordo com nossa jurisprudência, orienta o Tribunal, a menos que seja 'claramente errado ou incompatível com o regulamento' (519 US 461-462)"⁸⁹⁹⁰.

O caso, tratado como a deferência de *Auer* (*Auer deference*), dá às agências importante deferência na interpretação de seus próprios regulamentos. No entanto, ela é garantida apenas se a linguagem do regulamento for ambígua, isto é, quando comportar uma interpretação não textualista, e a menos que não seja claramente errônea ou inconsistente com o regulamento (BEDNAR, 2015, p. 2).

Recentemente, a deferência *Auer* foi revisitada pela Suprema Corte, em *Kisor versus Wilkie* 588 U. S (2019). O caso envolveu um veterano a quem foram negados alguns benefícios do Departamento de Assuntos de Veteranos dos Estados Unidos (*United States Department of Veterans Affairs*) devido à interpretação dos regulamentos pela agência.

A Corte entendeu pela manutenção de *Auer*, mas impôs algumas limitações nas suas aplicações futuras. Escrevendo pela maioria, a *Justice* Elena Kagan defendeu que, para conceder a deferência, os Tribunais devem: (i) estabelecer que o regulamento em questão é realmente ambíguo; (ii) considerar o texto, estrutura, história e propósito de um regulamento; (iii) verificar se se trata de uma posição oficial da agência, "em vez de qualquer declaração *ad hoc* que não reflita os pontos de vista da agência"; (iv) constatar a expertise da Agência acerca do tema; (v) aferir se a interpretação da agência se traduz em um "julgamento justo e considerado", que não crie uma surpresa para aqueles sujeitos ao regulamento. Neste último

⁸⁹ Tradução livre do original: "Because the salary-basis test is a creature of the Secretary's own regulations, his interpretation of it is, under our jurisprudence, controlling unless 'plainly erroneous or inconsistent with the regulation'".

⁹⁰ Escrevendo para a maioria, o *Justice* Scalia concluiu que "simplesmente não há razão para suspeitar que a interpretação não reflita o julgamento justo e considerado da agência sobre o assunto em questão". No original (tradução livre): "There is simply no reason to suspect that the interpretation does not reflect the agency's fair and considered judgment on the matter in question".

aspecto, Tribunais não devem ceder às interpretações da agência, pois foram adotadas apenas para ajudá-los em uma ação judicial em curso (588 U. S. 13-18).

O *Justice* Neil Gorsuch, em voto separado, discordou da nova estrutura da deferência *Auer*, alegou que ela deveria ser totalmente anulada. Observou, ainda, que sua criação foi um acidente judicial, sem ser significativamente reconciliada com a APA ou a Constituição. Para ele, a nova concepção de *Auer*, formulada com o pretexto de assegurar e manter o precedente, rompe com os princípios do *stare decisis* porque é em algo totalmente novo e diferente. Finaliza afirmando que, em breve, a Corte deverá revisitar *Auer* e decidir sobre sua subsistência (588 U. S. 1-2)⁹¹.

2.2.3.3 FDA versus Brown & Williamson Tobacco Corp. (2000)

O caso envolveu uma tentativa da *Food and Drug Administration* (FDA) de regular o tabaco, com base na Lei de Alimentos, Medicamentos e Cosméticos (*Food, Drug, and Cosmetic Act*). Empresas tabagistas contestaram essas regulamentações alegando que a regulamentação do tabaco não estava sob a competência do FDA. A Suprema Corte, por maioria (5 a 4), decidiu pela incompetência do FDA para regular tais produtos (529 U.S. 120).

Escrevendo pelo Tribunal, a *Justice* Sandra Day O'Connor procurou investigar se o Congresso delegou implicitamente ao FDA competência para preencher possíveis ambiguidades da Lei de Alimentos, Medicamentos e Cosméticos. Na primeira etapa do processo, exigiu-se que o Tribunal determinasse a intenção do Congresso em aprovar a lei. Neste ponto, O'Connor concluiu que a disposição, juntamente ao fato de o Congresso aprovar seis estatutos regulando o tabaco desde 1965, demonstrou uma clara intenção deste de

⁹¹ Extraído do original: “Nor is *Auer*’s biased rule the product of some congressional mandate we are powerless to correct: This Court invented it, almost by accident and without any meaningful effort to reconcile it with the Administrative Procedure Act or the Constitution. A legion of academics, lower court judges, and Members of this Court—even *Auer*’s author—has called on us to abandon *Auer*. Yet today a bare majority flinches, and *Auer* lives on. Still, today’s decision is more a stay of execution than a pardon. The Court cannot muster even five votes to say that *Auer* is lawful or wise. Instead, a majority retains *Auer* only because of *stare decisis*. And yet, far from standing by that precedent, the majority proceeds to impose so many new and nebulous qualifications and limitations on *Auer* that THE CHIEF JUSTICE claims to see little practical difference between keeping it on life support in this way and overruling it entirely. So the doctrine emerges maimed and enfeebled—in truth, zombified. Respectfully, we owe our colleagues on the lower courts more candid and useful guidance than this. And judges owe the people who come before them nothing less than a fair contest, where every party has an equal chance to persuade the court of its interpretation of the law’s demands. One can hope that THE CHIEF JUSTICE is right, and that whether we formally overrule *Auer* or merely neuter it, the results in most cases will prove the same. But means, not just ends, matter, and retaining even this debilitated version of *Auer* threatens to force litigants and lower courts to jump through needless and perplexing new hoops and in the process deny the people the independent judicial decisions they deserve”.

enquadrar o tabaco em um esquema regulatório apartado da alçada do *FDA* (529 U.S. 123 and 137).

À vista disso, demonstra-se um caso em que Corte não foi deferente à opinião da agência. Mas a argumentação acerca da deferência não passou ao largo da fundamentação da decisão. O'Connor assim fundamentou (529 U.S. 123):

A deferência da *Chevron* tem como premissa a teoria de que a ambigüidade de um estatuto constitui uma delegação implícita do Congresso à agência para preencher as lacunas estatutárias. Em casos extraordinários, entretanto, pode haver razão para hesitar antes de concluir que o Congresso pretendeu tal delegação implícita. Este dificilmente é um caso comum⁹².

A opinião majoritária da Corte foi de que não havia clareza se houve, por parte do Congresso, intenção de atribuir ao *FDA* competência para regulamentar uma indústria que formava grande parte da economia americana. Portanto, em casos como este, o Tribunal não está obrigado a aceitar a interpretação das agências (529 U.S. 123).

Os precedentes abordados neste subitem, exceto *Skidmore Et Al. vs Swift & Co.*, têm, em suas fundamentações, um tema em comum: passam pela análise da Doutrina *Chevron* (*Chevron doctrine*). Esta Doutrina representa o precedente mais sólido acerca dos parâmetros para o controle judicial dos atos administrativos de regulação e, por isso, a seguir, há um item específico dedicado a ela.

2.3 A Doutrina *Chevron* e sua evolução no âmbito do direito norte-americano

Chevron U.S.A., Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc. (1984) surgiu como uma contestação a um regulamento da agência de Proteção Ambiental (*Environmental Protection Agency - EPA*), a partir das alterações feitas, em 1977, a Lei do Ar Limpo (*Clean Air Act*). A agência definiu um termo legal, qual seja, “*fonte estacionária*” (*stationary sources*) e, de acordo com a modificação, uma licença só poderia ser emitida para fontes estacionárias principais, novas ou modificadas de poluição do ar, se o permissionário atendesse a condições rigorosas de implementação (467 U.S. 837).

⁹² Tradução livre do original: “*Chevron deference is premised on the theory that a statute’s ambiguity constitutes an implicit delegation from Congress to the agency to fill in the statutory gaps. See 467 U. S., at 844. In extraordinary cases, however, there may be reason to hesitate before concluding that Congress has intended such an implicit delegation. This is hardly an ordinary case*”.

Conforme a regulamentação contestada em *Chevron*, a EPA permitiu que os estados tratassem todos os dispositivos de controle de poluição em uma única planta — ou em uma única bolha, para se valer do termo usado na decisão — como uma "fonte estacionária", de modo que um poluidor pudesse instalar ou modificar o equipamento de controle na planta sem atender aos novos requisitos de fonte, desde que a alteração não aumentasse as emissões agregadas da planta (467 U.S 837)⁹³.

Em termos práticos, não era claro se “fonte estacionária” estava relacionado a cada aparelho (*apparatus*) que emitia poluição dentro de uma planta ou se era relativo à planta como um todo (*bubble concept*). De acordo com a primeira definição (*apparatus definition*), cada aparelho (ex.: uma caldeira com chaminé) representava uma nova fonte estacionária, o que exigiria rígidos controles para sua instalação. Já na segunda definição (*bubble concept*), que foi a adotada pela EPA, toma-se todo o complexo industrial (ou planta) como apenas uma fonte estacionária. A aferição da poluição se dava por uma abstração, como se todo o complexo estivesse alocado no interior de uma bolha com um buraco no topo para a saída da poluição.

Na definição adotada pela *Environmental Protection Agency (EPA)*, se uma empresa adiciona um novo aparelho, mas faz alterações compensatórias em outras partes da operação, de modo que o efeito líquido seja reduzir ou manter os níveis de poluição inalterados, a adição da nova caldeira não seria nem nova fonte, nem a modificação de uma fonte. Portanto, a mudança poderia ser ignorada por fins regulatórios (MERRIL, 2014, p. 258).

2.3.1 A doutrina *Chevron*: uma definição ante casum do intérprete preferido

Chevron é um dos casos de direito administrativo mais influentes decididos pela Suprema Corte no último meio século. Sunstein (1990, p. 2075), ainda no início da década de 90, assim previu: “*Chevron* promete ser um pilar no direito administrativo por muitos anos. Tornou-se

⁹³ Extraído do original: “The Clean Air Act Amendments of 1977 impose certain requirements on States that have not achieved the national air quality standards established by the Environmental Protection Agency (EPA) pursuant to earlier legislation, including the requirement that such ‘nonattainment’ States establish a permit program regulating ‘new or modified major stationary sources’ of air pollution. Generally, a permit may not be issued for such sources unless stringent conditions are met. EPA regulations promulgated in 1981 to implement the permit requirement allow a State to adopt a plantwide definition of the term ‘stationary source’, under which an existing plant that contains several pollution-emitting devices may install or modify one piece of equipment without meeting the permit conditions if the alteration will not increase the total emissions from the plant, thus allowing a State to treat all of the pollution-emitting devices within the same industrial grouping as though they were encased within a single ‘bubble’”.

uma espécie de *Marbury*, ou contra-*Marbury*, para o Estado Administrativo”⁹⁴. O precedente, tal qual disposto em *Sunstein*, tornou-se tão emblemático que, em 2002, foi a decisão mais citada e aplicada pela Suprema Corte, e assim continua sendo cerca de mil vezes por ano (PEDROLLO, 2011, p. 263; MERRIL, 2014, p. 254).

Chevron fornece princípios para determinar até que ponto um Tribunal deve dar deferência à construção interpretativa da agência, a partir de um estatuto que a ela tenha sido delegado para administrar. A consolidação do precedente teve como grande expoente o *Justice Antonin Scalia* (1936-2016) que, em uma série de decisões e artigos científicos, como “*Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*”, defendeu que o Estado Administrativo moderno impõe uma maior delegação ao Executivo para a consecução das escolhas legislativas e que, por isso, a deferência de *Chevron* é capaz de fornecer soluções mais democráticas (SCALIA, 1989).

A fórmula extraída de *Chevron* é a seguinte: em um primeiro momento, é investigado se o Congresso se manifestou diretamente sobre a temática em debate. Se a intenção do Congresso é clara, não contendo ambiguidade capaz de causar confusão na aplicação da lei, tanto a Corte quanto a agência devem dar efetividade à intenção inequívoca expressada pelo Legislativo. Se, ao contrário, o assunto é omissivo ou ambíguo em relação ao tema em específico, e a agência interpretou razoavelmente o estatuto, deve ser dada deferência a tal interpretação (SCALIA, 1989, p. 511-512).

Ou seja, adota-se uma abordagem da deferência em dois passos (*two steps*). Thomas Merrill (2014, p. 255) explica que “naquilo que foi rapidamente apelidado de ‘primeiro passo’, os Tribunais, valendo-se de ferramentas tradicionais de interpretação da lei, perguntam se o Congresso tinha uma intenção específica com relação à questão em análise”⁹⁵. No caso de resposta negativa ao primeiro passo, isto é, no caso de o texto legal não conter uma clara intenção do Congresso, no passo que se segue (segundo passo), é analisado se a decisão da agência consiste em uma interpretação permissível da lei, mesmo que esta não seja a preferida do Tribunal.

⁹⁴ Tradução livre do original: “*Chevron promises to be a pillar in administrative law for many years to come. It has become a kind of Marbury, or counter-Marbury, for the administrative state*”.

⁹⁵ Tradução livre do original: “*At what was quickly dubbed ‘step one’, courts, using ‘traditional tools of statutory construction’, ask whether Congress had a “specific intention” with respect to the issue at hand*”.

Nessa perspectiva, o que se tem por conceito é que há ocasiões em que o Congresso delega expressamente autoridade às agências para executarem um programa normativo, o que deixa pouca margem de discricionariedade para os órgãos reguladores. Noutras circunstâncias, ocorre essa delegação às agências, a fim de preencher lacunas legais ou solver ambiguidades, entendido por *Chevron* como uma delegação de autoridade primária para interpretar a lei ou produzir regras dentro da acepção de mérito regulatório (DAME, 2002, 418-419).

Ademais, foi no julgamento de *Chevron* que a Suprema Corte concluiu, invocando a teoria democrática, que assiste legitimidade às agências para interpretar a lei. Em uma passagem do julgamento, a Corte afirmou que os juízes “não fazem parte de nenhum ramo político” e, portanto, “não têm eleitorado”. Por outro lado, as agências, embora não contem com representantes diretamente eleitos pelo povo, pertencem a uma instância política do governo e conservam vantagens institucionais comparativas, com *expertise* técnica e maior legitimidade democrática (MERRIL, 2014, p. 256-257; JORDÃO, 2016, p. 17).

Sobre essas bases, *Chevron* deixou muito claro que os Tribunais não mantêm o monopólio da interpretação da lei e que outras instituições poderiam deter, em determinadas circunstâncias e na sua área de atuação, uma vantagem comparativa como intérprete, o que parece demonstrar a superação do aforismo de Marshall de que “é enfaticamente o domínio e o dever do departamento judicial dizer o que é a lei”⁹⁶ (SCALIA, 1989, p. 513).

Portanto, é mais apropriado que seja deferido às agências, em vez dos Tribunais, a autoridade para resolver “os interesses conflitantes que o próprio Congresso inadvertidamente não resolveu, ou deixou intencionalmente de ser resolvido pela agência encarregada da administração da lei à luz das realidades cotidianas”⁹⁸ (467 U.S. 865).

Sunstein declara que *Chevron*, além de definir que pertence às agências a interpretação de estatutos ambíguos, determina o que a interpretação jurídica realmente é. Para ele, a Doutrina *Chevron* foi responsável por alterar a concepção tradicional de distribuição de poderes,

⁹⁶ Tradução livre do original: “*It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is*”.

⁹⁷ No julgamento *Marbury v. Madison* (1803), o *Chief Justice* John Marshall afirmou que compete ao Poder Judiciário dizer “o que a lei é”, pois cabe aos Tribunais velarem pela aplicação das normas constitucionais ao caso concreto e, sendo a Constituição superior a qualquer ato ordinário da legislatura, a Constituição, e não esse ato comum, deve governar o caso do qual ambos se aplicam (SCALIA, 1989, p. 513).

⁹⁸ Tradução livre do original: “*(...) resolving the competing interests which Congress itself either inadvertently did not resolve, or intentionally left to be resolved by the agency charged with the administration of the statute in light of everyday realities*”.

convertendo-a em uma nova distribuição entre “tribunais, Congresso e agências administrativas (SUNSTEIN, 1990, p. 2075)⁹⁹.

Nessa toada, *Chevron* acabou por solucionar alguns problemas relativos à regulação moderna. As leis, diante da generalidade e abstração, não preveem todas as situações possíveis acerca do objeto que regulam. A partir disso, a Doutrina *Chevron* estabeleceu que, *prima facie*, a agência é a instituição mais capaz de realizar a interpretação e a implementação de um estatuto regulatório, nos casos em que o Congresso não dispõe clara e diretamente sobre o tema (467 U.S. 864-65).

Em *Chevron*, a *Environmental Protection Agency (EPA)* conseguiu conciliar as metas econômicas com as metas ambientais previstas na Lei do Ar Limpo (467 U.S. 865). Conclusões como esta demandam uma investigação complexa, que levam a considerações tanto de fatos (elementos técnicos) quanto de política. Assim, se é possível encontrar, por parte do Congresso, delegações expressas sobre a autoridade de implementação de políticas pelas agências, e se as decisões regulatórias em face das ambiguidades significam, em grande parte, escolhas políticas, a abordagem de *Chevron* parece ser adequada sob a ótica das vantagens comparativas das agências ao fazerem escolhas desta natureza (SUNSTEIN, 1990, p. 2086-2087).

Nessa linha de raciocínio, Sunstein (1990, p. 2087-2088) argumenta:

Pelo menos como regra geral, essas sugestões argumentam fortemente a favor de uma resolução administrativa, em vez de judicial, de questões legais difíceis. A capacidade de apuração de fatos e a responsabilidade eleitoral dos administradores são muito maiores do que as dos tribunais. *Chevron* é mais bem compreendida e defendida como um reconhecimento franco de que às vezes a interpretação não é simplesmente uma questão de descobrir a vontade legislativa, mas também envolve considerações extratextuais de vários tipos, incluindo julgamentos sobre como uma lei é melhor ou mais sensatamente implementada. *Chevron* reflete um entendimento salutar de que esses julgamentos de políticas e princípios devem ser feitos por administradores em vez de juízes¹⁰⁰¹⁰¹.

⁹⁹ É o que se infere do seguinte trecho: “In an extraordinarily wide range of areas — including the environment, welfare benefits, labor relations, civil rights, energy, food and drugs, banking, and many others — *Chevron* has altered the distribution of national powers among courts, Congress, and administrative agencies”.

¹⁰⁰ Tradução livre do original: “At least as a general rule, these suggestions argue powerfully in favor of administrative rather than judicial resolution of hard statutory questions. The fact-finding capacity and electoral accountability of the administrators are far greater than those of courts. *Chevron* is best understood and defended as a frank recognition that sometimes interpretation is not simply a matter of uncovering legislative will, but also involves extratextual considerations of various kinds, including judgments about how a statute is best or most sensibly implemented. *Chevron* reflects a salutary understanding that these judgments of policy and principle should be made by administrators rather than judges”.

¹⁰¹ No mesmo sentido, o Justice John Paul Stevens (1920-2019), que, no caso *Chevron*, escreveu pela unanimidade do Tribunal, entendeu que “Policy arguments are more properly addressed to legislators or administrators, not to judges” (467 U.S. 864).

Em suma, em relação à *Chevron*, a Suprema Corte apontou que há três razões principais para atribuir deferência à decisão da entidade reguladora: (i) a perícia da agência; (ii) a delegação de autoridade por parte do Congresso para interpretar o estatuto; e, por fim, (iii) a responsabilidade política (LIPTON, 2010, p. 2120-2122).

A primeira razão, a perícia, é necessária à gestão do esquema regulatório, que é técnico e complexo. Por isso, reconhece-se que a existência de um corpo de especialistas com demonstrada experiência é um indicativo de maior capacidade, passível de acomodar razoavelmente os interesses concorrentes, o que seria diferente no caso dos juízes, por exemplo (SUNSTEIN, 1990, p. 2086-2087; LIPTON, 2010, p. 2121; 467 U.S. 865).

A delegação infere-se da abertura do enunciado normativo. Quanto mais aberto o dispositivo de regência, maior a flexibilidade interpretativa da agência, contanto que tal interpretação seja razoável. Entende-se que, quando o Congresso planeja regular determinado setor e não o faz, no nível de especificidade que o tema demanda, há implicitamente uma delegação ao Administrador, que, devido à sua expertise, encontra-se em melhor posição para fazê-lo (467 U.S. 865).

Com efeito, de acordo com *Chevron*, a revisão judicial apenas tem lugar quando da incidência da Seção 706 (2) (A) da APA, que instrui os Tribunais a revisarem o regulamento a fim de invalidarem qualquer ação da agência considerada "arbitrária, caprichosa, com abuso de discricção ou de outra forma que não de acordo com a lei"¹⁰². O teste arbitrário ou caprichoso é usado por juízes ao revisarem a base factual para a regulamentação da agência. Nestes termos, os Tribunais podem revogar as regras da agência, se considerarem que o fundamento lógico subjacente ou as afirmações factuais não são razoáveis (SUNSTEIN, 2017, p. 177).

A responsabilidade política das agências, por sua vez, foi reconhecida expressamente em *Chevron*. Para a Suprema Corte, embora "os funcionários das agências não sejam diretamente responsáveis perante o povo, o(a) Chefe do Executivo é". Destarte, é juridicamente adequado atribuir à entidade reguladora, que, sabe-se, pertencente ao Executivo, a responsabilidade pela

¹⁰² No original (tradução livre): "5 U.S. Code § 706. Scope of review: To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall — (2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be — (A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law". Disponível em: <https://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure>. Acesso em 28 abr. 2020.

tomada de escolhas políticas, mormente quando o legislativo não resolveu diretamente a questão (467 U.S. 865-866)¹⁰³.

Nesse sentido, a simplicidade da estrutura das duas etapas, forjada sob a Doutrina *Chevron*, gerou uma importante mudança na forma de o Poder Judiciário lidar com a regulação econômica. O entendimento dominante que precedeu *Chevron* era de que os Tribunais avaliassem as interpretações da entidade reguladora em relação a vários fatores contextuais, como a tradição interpretativa da agência, a consistência com os provimentos anteriores e posteriores, os motivos subjacentes à interpretação, além do encaixe técnico entre o tema e a expertise da agência. “A fórmula de duas etapas não forneceu nenhum lugar lógico para os tribunais considerarem esses fatores contextuais” (MERRIL, 2014, 255-256).

2.3.2 Evolução de *Chevron* - Step Zero

A Doutrina *Chevron* avançou, e não mais é analisada indiscriminadamente na sua conformação original. A releitura de *Chevron* foi prevista pela doutrina que entendia ser inaplicável o teste binário a todas as interpretações administrativas, notadamente aquelas envolvendo questões constitucionais e de competência. Ademais, criticava-se o fato de *Chevron* ser aplicada como uma regra de *tudo-ou-nada*, desconsiderando as especificidades do caso concreto, como a gradação da clareza da lei ou, até mesmo, a intenção do legislador em atribuir autoridade interpretativa com força de lei para as agências (JORDÃO, 2016, p. 26).

As contestações doutrinárias à simplicidade e à amplitude deferencial de *Chevron* chegaram à Suprema Corte, especialmente, por ocasião da decisão do caso *United States vs Mead Corporation* 533 U. S. 218 (2001)¹⁰⁴. O que motivou a discussão foi o reconhecimento de que *Chevron* fornecia uma forte deferência obrigatória, em casos de ambiguidade da lei, mas

¹⁰³ Citações diretas e indiretas extraídas do original (tradução livre): “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 choices-resolving the competing interests which Congress itself either inadvertently did not resolve, or intentionally left to be resolved by the agency charged with the administration of the statute in light of everyday realities”.

¹⁰⁴ *Christensen v. HarrisCounty* 529 U.S. 576 (2000) é outro caso de relevância para o estabelecimento de uma etapa anterior ao teste binário de *Chevron*. Neste caso, definiu-se que *Chevron* não se aplicaria a provimentos informais das agências, tais como, interpretações em “cartas de opinião, interpretações contidas em declarações de políticas, manuais de agências e diretrizes de aplicação, todas as quais carecem da força da lei” (529 U.S. 576). A Suprema Corte definiu, ainda, que diante das interpretações das agências, duas doutrinas de deferência poderiam ser aplicadas, uma mais forte, baseada em *Chevron*, e a segunda com força intermediária, baseada na autoridade persuasiva da agência, conforme previsto em *Skidmore* (ver subitem 2.2.3.1), muita embora não tenha “se as interpretações que não têm força de lei, ou que não emergem de procedimentos relativamente formais, devem sempre ser avaliadas sob *Skidmore*” (SUNSTEIN, 2006, p. 212).

não se sabia, no entanto, se tal deferência se aplicava apenas às interpretações adotadas em regras e certos julgamentos formais, ou também para outras decisões informais das agências (533 U. S. 218-19) (SUNSTEIN, 2006, p. 212).

A Suprema Corte concluiu que, para decisões formais da agência, como julgamentos ou atos normativos decorrentes da delegificação legislativa, os Tribunais devem ser bastante respeitosos com as interpretações das agências, nos termos desenvolvidos por *Chevron*. Para outras decisões informais, entretanto, a análise deveria se dar, caso a caso, para definir se o padrão a ser aplicado seria o de *Chevron*, ou o de *Skidmore*, que concede um grau intermediário de deferência, de acordo com a autoridade persuasiva da agência, ou nenhuma deferência (LIPTON, 2010, p. 2125). Por conseguinte, conforme pontua Eduardo Jordão (2016, p. 26), *Mead* estabeleceu que “a aplicabilidade do teste binário de Chevron depende de uma fase preliminar [*step zero*], em que se examina a intenção do Congresso de que a interpretação da autoridade administrativa tivesse força de lei”.

Chevron se aplica "quando parece que o Congresso delegou autoridade à agência em geral para fazer regras com força de lei, e que a interpretação da agência que reivindica deferência foi promulgada no exercício desta autoridade” (533 U. S. 226-27) (SUNSTEIN, 2006, p. 212)¹⁰⁵. Assim, os casos mais claros para a deferência de *Chevron* envolvem um exercício de autoridade legislativa delegada.

No entendimento da Corte, uma delegação de poder interpretativo "pode ser demonstrada de várias maneiras, como pelo poder de uma agência de se envolver em adjudicação ou regulamentação de avisos e comentários, ou por alguma outra indicação de uma intenção parlamentar comparável” (533 U. S. 227)¹⁰⁶. O fundamento para deferência é, portanto, o poder agir com força de lei. Este, por sua vez, decorre da autoridade para usar procedimentos formais, mas também pode ser baseado em outras evidências que o Congresso pretendia (SUNSTEIN, 2006, p. 213).

A incorporação do *passo zero* à formula de *Chevron* não foi produto exclusivamente de *Mead*, mas de um embate histórico entre duas visões distintas no âmbito da Suprema Corte.

¹⁰⁵ Tradução livre do original: “(...) when it appears that Congress delegated authority to the agency generally to make rules carrying the force of law, and that the agency interpretation claiming deference was promulgated in the exercise of that authority”.

¹⁰⁶ Tradução livre do original: “(...) may be shown in a variety of ways, as by an agency's power to engage in adjudication or notice-and-comment rulemaking, or by some other indication of a comparable congressional intent”.

Uma delas era representada pela *Justice* Scalia que, tradicionalmente, buscou uma abordagem clara e simples, com o objetivo de reduzir os encargos de tomada de decisão para Tribunais inferiores e litigantes. A outra, pelo *Justice* Stephen Breyer, que preferia uma abordagem mais contextual, caso a caso, em nome da precisão (SUNSTEIN, 2006, p. 192).

Em uma posição que se aproximou daquilo que o *Justice* Breyer defende, o Tribunal dispôs que a deferência, ao longo do tempo, esteve condicionada às circunstâncias do caso concreto, de modo que “os Tribunais olharam para o grau de cuidado da agência, sua consistência, formalidade e perícia relativa, e para a capacidade de persuasão da posição da agência” (533 U. S. 227). Na opinião da Corte, *Chevron* inaugurou “uma razão adicional para deferência judicial”, baseado em uma delegação de autoridade implícita do Congresso. Neste último caso, a Corte deveria aceitar qualquer interpretação razoável da agência sobre os termos ambíguos (SUNSTEIN, 2006, p. 214).

Em sua dissidência, o *Justice* Scalia criticou contundentemente *Mead*. Para ele:

Chevron estabelece uma presunção generalizada, que funciona como uma regra de direito de base contra a qual o Congresso legisla: Ambiguidade significa que o Congresso pretende discricionariedade da agência. Qualquer resolução de ambiguidade pela agência administradora que seja autorizada - que represente a posição oficial da agência - deve ser aceita pelos tribunais se for razoável (533 U. S. 257)¹⁰⁷.

Em *Chevron*, o fundamento da deferência estava na autoridade das agências, não na formalidade. Ou seja, uma vez que o Tribunal determinasse a uma agência o direito à deferência da *Chevron* (por exemplo, porque foi dado o poder normativo para regular seu âmbito de atuação), não importava se esta emitisse sua interpretação em uma regra legislativa ou se tal interpretação era dada por outros meios informais, “como um manual de política, uma entrevista coletiva realizada pelo chefe da agência ou uma petição apresentada em tribunal”. Contanto que a interpretação representasse a visão oficial da agência, ela obteria a mesma deferência da *Chevron*, como em uma regra legislativa (MERRILL; HICKMAN, 2001, p. 883).

Mead inverteu a lógica, pois, segundo Scalia, a “presunção geral de autoridade nas agências para resolver a ambiguidade nas leis que foram autorizadas a fazer cumprir” foi

¹⁰⁷ Tradução livre do original: “*Chevron sets forth an across-the-board presumption, which operates as a background rule of law against which Congress legislates: Ambiguity means Congress intended agency discretion. Any resolution of the ambiguity by the administering agency that is authoritative-that represents the official position of the agency-must be accepted by the courts if it is reasonable*”.

alterada “para uma presunção de ausência de autoridade, que deve ser superada por intenção legislativa afirmativa em contrário” (533 U.S. 239).

Em sua opinião, *Mead* produzirá “confusão prolongada” (533 U.S. 245) para os litigantes e Tribunais, pois atenta contra a segurança jurídica ao “ressuscitar” estes últimos, devolvendo a eles o protagonismo pré-*Chevron* (533 U.S. 241). Desse modo, “o juiz Scalia objetou que *Mead* diminuiria significativamente a flexibilidade da agência ao longo do tempo, eliminando assim uma vantagem primária história da própria *Chevron*” (SUNSTEIN, 2006, p. 215).

A “confusão prolongada” da qual se referiu Scalia se verificou na prática, uma vez que da decisão não é possível inferir, de maneira clara, quais seriam as interpretações estatutárias das agências com “força de lei”. Parece claro que, quanto às interpretações formais — isto é, em relação àquelas ações cujo procedimento seguiu fielmente as formalidades previstas no estatuto de regência —, a aplicabilidade de *Chevron* é pacífica. No entanto, é no tocante às interpretações menos formais que residem as maiores dúvidas sobre os parâmetros consolidados em *Mead*, porquanto elas também possam ocasionalmente se qualificarem como elegíveis para a deferência de *Chevron* (BARNETT; BOYD; WALKER, 2018, p. 1474-1475).

Essa indeterminação sobre quais ações das agências têm força de lei levou àquilo que os Tribunais inferiores passaram a chamar de *Mead Puzzle* (quebra-cabeças de *Mead*). Por isso, visando promover clareza analítica na análise do *step zero*, Thomas Merrill e Kristin Hickman (2001, p. 873-874) tratam a etapa inicial como um conjunto de três princípios operacionais que devem ser percorridos para verificar a aplicabilidade de *Chevron*. Segundo os autores, “essas três questões tornam mais fácil ver onde estão os pontos de discordância nos casos mais problemáticos e nos permite identificar mais prontamente respostas sensatas”¹⁰⁸.

O primeiro é a delegação implícita do poder interpretacional (*implied delegations of interpretational power*), que consiste em averiguar se o Congresso delegou a uma agência o poder de promulgar regras juridicamente vinculativas ou de fazer julgamentos juridicamente vinculativos. Em ambos os contextos, o Congresso atribui à agência autoridade para agir com força de lei sobre pessoas e entidades sujeitas à sua regulação. Quanto a este aspecto, é importante determinar se o estatuto prevê poder de polícia à agência, de modo que ela tenha

108 Tradução livre do original: “these three questions makes it easier to see where the points of disagreement lie in the more problematic cases, and allows us more readily to identify sensible answers”.

autoridade para imposição de sanções ao descumprimento dos seus regulamentos (MERRIL; HICKMAN, 2001, p. 882).

Outro princípio se refere ao escopo do poder interpretativo delegado (*the scope of delegated interpretative power*), que busca fixar o âmbito desse poder implicitamente delegado. Consoante crítica feita por Scalia, *Mead* inverteu a lógica de análise ao impor que a deferência se cingisse às ações formais, tanto de cunho normativo quanto de cunho adjudicatório, entendidas como aquelas que estão sujeitas a regras processuais que garantem um grau significativo de participação pública, antes que uma agência possa tomar a ação final. Portanto, as regras menos formais, que carecem deste tipo de proteção, estão fora do âmbito de *Chevron*. Isso, na visão de Merrill e Hickman (2001, p. 887), tem o efeito de recompensar as agências que percorrem os requisitos processuais positivados, que também são um caminho mais democrático para a formulação das suas interpretações.

A última etapa operacional do *step zero* é verificar quando o princípio da delegação implícita pode ser superado. Em relação a este ponto, é importante reafirmar que qualquer decisão do Congresso sobre atribuir a uma agência o poder de agir com força de lei dá origem à presunção de que ela deve exercer a autoridade interpretativa quando tomar esta ação. No entanto, essa presunção é afastada nos casos em que, considerando o texto geral, a estrutura e a história da sua promulgação, o Congresso tenha claramente atribuído aos Tribunais essa missão (MERRIL; HICKMAN, 2001, p. 882).

A sistematização de Merrill e Hickman, em que pese ter o mérito de trazer luz à miscelânea de entendimentos acerca do *step zero*, parece ferir os conceitos básicos que ensejaram a formulação da Doutrina *Chevron*. O padrão *Chevron*, na sua conformação original, oferece uma dupla vantagem: (i) simplifica o processo regulatório e (ii) atribui autoridade de formuladores de políticas àquelas instituições que detêm maior capacidade institucional e responsabilidade política.

Para Sunstein, a Corte buscou em *Mead*, tal como em outras decisões relacionadas, uma análise mais acurada e complexa, a qual objetivou impedir a discricionariedade das agências nos casos em que elas se mostrassem incapazes de oferecer uma regulação justa. No entanto, segundo o autor, há formas mais inteligentes de o Tribunal velar pelo bom funcionamento da instância regulatória — sobretudo, seguindo fielmente os passos acima citados, do padrão *Chevron*, e revisando, continuamente, ações arbitrárias (SUNSTEIN, 2006, p. 215).

3 O CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Este capítulo pretende comprovar a hipótese de que a jurisprudência brasileira não possui parâmetros claros de controle dos atos regulatórios, para, então, propor o aproveitamento, na institucionalidade brasileira, dos conceitos e métodos desenvolvidos nos Estados Unidos, especificamente quanto àqueles estudados no capítulo anterior.

Antes de tal proposição, em um primeiro momento, investiga-se a evolução da doutrina e da jurisprudência em relação ao controle dos atos administrativos. Após, averigua-se a realidade regulatória formal e substantiva (qualidade regulatória) do Brasil, traçando um paralelo com o contexto institucional norte-americano, a fim de adequar as concepções extraídas da doutrina *Chevron* ao controle judicial brasileiro. Ao final, analisa-se decisões judiciais que se valem de argumentos de deferência, com menção expressa, ou não, a *Chevron*.

3.1 O controle judicial dos atos regulatórios no Brasil

O ato administrativo é o meio pelo qual a Administração Pública exterioriza sua vontade, a fim de produzir efeitos jurídicos. Já o ato regulatório, segundo Gil França (2016, p. 240), configura-se como:

todo ato administrativo emanado por uma entidade especialmente dotada de prerrogativas reguladoras, bem como que possua como particularidade um alto grau de independência – considerando sua sofisticação técnica – em face do Poder Público Central e do mercado que está sob sua guarda, com o fito de delimitar a atuação daquele que se encontra sob sua competência administrativa, para fiscalizar, regular, sancionar (quando necessário) e fomentar não apenas o seu desenvolvimento, como também o do meio econômico em que vive.

Portanto, o traço distintivo do ato regulatório, quando da comparação com os atos administrativos em geral, é o seu alto teor técnico, que demanda diálogo com outras áreas do conhecimento não presentes no debate jurídico. Assim, “verifica-se uma tecnicidade própria que o difere dos demais”, ligada a uma determinada especialidade da área a qual esteja empregada. (FRANÇA, 2016, p. 240).

Esse fato atrai a necessidade da autonomia que as agências reguladoras detêm em face do Poder Público como um importante instrumento para a consecução dos objetivos inerentes a um Estado do tipo normativo-regulador. Por isso, as agências possuem competência para editar normas técnicas sem a necessidade de consultar outras instâncias do Poder, contanto que estejam de acordo com os ditames democráticos do procedimento atinentes à edição da norma, com os princípios explícitos e implícitos, que orientam a atividade administrativa, além da necessidade do respeito ao quadro missão¹⁰⁹ desenhado pelo Legislativo¹¹⁰ (OVIEDO, 1962, p. 276; PARADA, 2007, p. 100).

Em razão da inerência das agências a um sistema de separação de poderes, sobre elas também incide o mecanismo de freios e contrapesos (*checks and balances*), no controle dos seus atos, pelas seguintes entidades e órgãos: as próprias agências (autocontrole)¹¹¹, o Ministério Público, o Tribunal de Contas, a Sociedade Civil organizada e, em face do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5, XXXV, CRFB/88), o Poder Judiciário. É em relação a este último tipo de controle que se procede com o estudo (FRANÇA, 2016, p. 101-188).

3.1.1 Da legalidade à juridicidade

A doutrina, classicamente, distingue a legalidade do direito público (legalidade administrativa) da legalidade do direito privado (legalidade privada). Essa dicotomia torna-se resumível por meio do comentário de Hely Lopes Meirelles (2000, p. 82): “Enquanto o administrador público só pode fazer aquilo que a lei expressamente autorizar, o particular pode fazer tudo aquilo que a lei não proibir”.

Eis a distinção entre legalidade pública e privada. Alguns autores adotam o conceito clássico de legalidade como “vinculação positiva e negativa à lei” — enquanto a Administração pode fazer tudo que seja fundamentado na lei (vinculação positiva), o particular pode fazer tudo que não é vedado pela lei (vinculação negativa). Dessas afirmações, podem-se inferir duas

¹⁰⁹ Cf. A definição de quadro missão desenvolvida por Hartmut Maurer, subitem 1.3.3.

¹¹⁰ Há que se registrar a opinião da doutrina a qual não entende que os atos regulatórios de cunho normativo sejam atos administrativos, pois não possuem efeitos imediatos e individuais. Essa opinião é defendida, entre outros, por Regis Fernandes de Oliveira (1980, p. 44).

¹¹¹ A Súmula 473, do STF, expõe que a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

concepções clássicas de legalidade: (i) como supremacia de lei; e (ii) como reserva de lei (DI PIETRO, 2017, *online*).

Inicialmente, entende-se que a lei é hierarquicamente superior aos demais atos estatais. Assim, em eventual conflito entre a lei e o ato administrativo de uma agência, a lei prevalecerá, pois é superior. Em outro sentido, entende-se que a lei, mais do que superior, funciona como habilitação para a atuação do agente público. Certas matérias devem ser tratadas, necessariamente, na lei, haja vista que é ela a responsável por habilitar a atuação daquele agente naquelas matérias. Com efeito, aplicam-se às agências ambas as concepções. Isto é, além de os atos regulatórios estarem subordinados à lei (supremacia da lei), a atuação das entidades reguladoras deve pautar-se em uma habilitação legal (reserva de lei) (KRELL, 2004, p. 183).

É comum que a lei, modeladora do comportamento administrativo, dê origem a atos administrativos, “discricionários”, que conferem à Administração certo grau de autonomia para atuar dentro de uma moldura legal previamente estipulada. Mais rara é a ocorrência dos atos administrativos, denominados como “vinculados”, cuja ocorrência se origina de uma lei que preveja com “precisão as situações fáticas perante as quais seja obrigatório um único, determinado e específico comportamento administrativo” (MELLO, 1983, p. 8).

Para Krell (2004, p. 180-181), o exercício de discricionariedade significa uma “competência para a concretização do Direito nos moldes de uma fixação finalista anterior”, que tem lugar naqueles casos em que as circunstâncias da realidade, objeto de regulamentação, são imprevistas e o alcance do fim almejado “exige o exercício de conhecimentos específicos da Administração para garantir uma decisão justa e correta no caso concreto”.

A doutrina tradicional entende que, por força do princípio da separação de poderes, não é possível ao Judiciário se imiscuir sobre esse campo discricionário, com incidência do juízo de oportunidade e conveniência do administrador (*rectius*: mérito administrativo) (MELLO, 1983, p. 11).

Destaca-se que tal doutrina desenvolveu-se sob uma concepção textualista da lei, que representava “expressão superior da razão e o domínio asséptico da segurança e da justiça” (BARROSO, 2015, p. 263). Confiava-se à discricionariedade do administrador apenas um campo muito restrito e específico de atuação. Mello (1983, p. 14) restringe a discricionariedade àqueles casos em que o intelecto humano não pode saber com exatidão qual a solução ótima (*first-best*) para atender a finalidade legal, nos casos em que a lei não especifica

antecipadamente¹¹². “Nesta esfera que reside verdadeiramente a real discricionariedade. E esta esfera que se constitui no *mérito* do ato administrativo. E este campo, e só este, que é insindicável pelo Judiciário”.

Ademais, as críticas à categorização dos atos em vinculados e discricionários não passaram ao largo da doutrina, a qual sustenta uma discussão que repousa na subdivisão dos atos administrativos em diferentes elementos. *Competência, forma e finalidade* são sempre vinculados, já o *motivo* e o *objeto*¹¹³ podem pertencer ao campo da discricionariedade, que engloba, frequentemente, a centralidade das discussões e resoluções jurisprudenciais. A suposta insindicabilidade do mérito administrativo acaba excluindo da apreciação judicial uma série de situações em que ela seria possível (KRELL, 2004, p. 187).

Renato Poltronieri (2002, p. 135) ameniza a diferenciação entre os atos vinculados e discricionários, a fim de enquadrá-los em um mesmo espectro teleológico, de acordo com a necessidade objetiva de alcançar “o direito e a satisfação dos administrados”, o que sugere um amplo controle do mérito dos atos administrativos conforme o conteúdo do “dever-poder” disposto na norma de regência. Por consequência, atos vinculados e discricionários possuem a mesma natureza, variando apenas no grau de liberdade atribuído ao administrador. A diferença, portanto, é quantitativa, e não qualitativa (KRELL, 2004, p. 184-185).

Em decorrência de contestações dessa natureza, a legalidade é revista pela doutrina à luz do conceito de juridicidade, por meio do qual a Administração Pública vincula-se, não apenas à lei em sentido estrito, mas ao ordenamento jurídico como um todo, notadamente aos princípios e valores constitucionalmente tutelados. A Administração passa, portanto, a buscar a validade da sua atuação para além da lei formal, podendo atuar diretamente por força de um princípio (BINENBOJM, 2005b, p. 160-161).

¹¹² Há nesses casos, conforme lição de Andreas J. Krell (2004) importada da doutrina alemã, zonas de certeza positiva, zonas negativas e zonas de penumbra, sendo somente neste último caso que o Judiciário deve abster-se de intervir.

¹¹³ A subdivisão em elementos surge da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65). “Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade. Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou; b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” (KRELL, 2004, p. 186).

Sob esse parâmetro, a atuação do Judiciário pode se referir à legalidade, quando do confronto dos atos vinculados à lei, e, também, à juridicidade do ato, pautada nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sem os quais não há o devido processo legal nos direitos fundamentais dos administrados e nos princípios da Administração Pública (artigo 37, *caput*), especialmente os da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (PINTO, 2006, p.15.465).

Por sua vez, o artigo 2º, da Lei n. 9.784 de 1999, regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e incluiu, além da razoabilidade e proporcionalidade, finalidade, motivação, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público entre os princípios aos quais a Administração Pública deve obediência. No parágrafo único do mesmo dispositivo, a lei determina os critérios a serem observados nos processos administrativos, dentre eles, merece destaque o inciso I, impondo aos processos administrativos que observem a “atuação conforme a lei e o Direito”, o que deixa claro o acatamento pelo ordenamento jurídico brasileiro do princípio da juridicidade.

A ampliação do campo habitual de discricionariedade tem consequências, tanto do ponto de vista da Administração, quanto do Judiciário. Passa-se a admitir que, por um lado, o administrador busque a validade dos seus atos para além do estatuto e que, por outro, haja uma maior intervenção do Judiciário sobre o mérito administrativo, dado que este Poder deva se orientar à consecução de objetivos mais amplos, explícita e implicitamente previstos no texto constitucional (BARROSO, 2015, p. 39-40).

A constatação de que, cada vez mais, o Poder Judiciário deve aumentar sua área de atuação, foi feita pelo Ministro Eros Grau, por ocasião de sua relatoria, nos autos do RMS 24.699/DF:

A doutrina moderna tem convergido no entendimento de que é necessária e salutar a ampliação da área de atuação do Judiciário, tanto para coibir arbitrariedades — em regra, praticada sob o escudo da assim chamada discricionariedade —, quanto para conferir-se plena aplicação ao preceito constitucional segundo o qual ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. [...] O fato, porém, é que, esse exame de mérito do ato, entre outros parâmetros de análise de que para tanto se vale, o Judiciário não apenas examina a proporção que marca a relação entre meios e fins do ato, mas também aquela que se manifesta na relação entre o ato e seus motivos, tal e qual declarados na motivação.

Contudo, parece ainda predominar na Jurisprudência as concepções tradicionais de controle dos atos administrativos. A insindicabilidade quanto ao mérito administrativo, com

vistas à preservação do princípio da separação dos Poderes, é a tônica que predomina nas decisões, sem maiores digressões acerca dos teores materiais (fatores extrajurídicos) que orbitam em torno das peculiaridades do caso concreto, tema do subitem seguinte.

3.1.2 A autocontenção irrefletida: a necessidade de um controle finalístico da regulação econômica à luz do conceito de juridicidade

Estudos recentes sobre o papel do Judiciário vêm ao se voltarem para a maior participação deste Poder na formação de políticas públicas, como forma de dar efetividade às normas constitucionais (ativismo judicial). Conquanto, em um primeiro momento, o Judiciário tenha se ocupado da justiça do caso concreto (microjustiça), atém-se cada vez mais às questões relativas à política pública (macrojustiça).

Na prática, a jurisdição é, frequentemente, utilizada para fins consequencialistas, revelando-se, muitas vezes, como instrumento de publicização dos valores e escolhas políticas do juiz (COSTA NETO, 2017, p. 239). Tal reflexão foi tratada, analiticamente, no subitem 2.1.2 supra.

Muito embora seja notória essa postura extravagante por parte do Judiciário, no que concerne ao trato das questões que envolvem o mérito administrativo, é comum que ele se abstenha, irrefletidamente, da intervenção, deixando de lado questões importantes que deveriam ser objetos de apreciação judicial (KRELL, 2004, p. 187).

Di Pietro (2012, p. 24) diagnostica haver no Brasil, nesta seara, uma certa dependência do Poder Judiciário em relação ao Executivo. Esse fato, somado ao despreparo dos magistrados em matéria de direito administrativo, torna possível a não contribuição da jurisprudência na elaboração dos princípios desse ramo do Direito e nem no trato de questões que envolvam a discricionariedade ou o mérito administrativo, como ocorre em outros países de contencioso administrativo, a exemplo da Alemanha, Espanha e Portugal.

Esse movimento é ainda mais presente no campo da regulação econômica, principalmente porque o conteúdo meritório dos atos regulatórios não prescinde de um campo de valoração técnica e, como visto, também de certa valoração política a respeito daquilo que convém fazer para efetivamente conseguir dar satisfação ao interesse subjacente à lei de regência. Aliás, no

que tange aos atos regulatórios, há uma suposta¹¹⁴ “dupla blindagem” ao controle judicial. A primeira, ligada aos elementos técnicos extrajurídicos próprios de determinado setor econômico; e a segunda, decorre das prerrogativas do ato administrativo genérico, tais como: presunção de legitimidade; imperatividade; exigibilidade; executoriedade (FRANÇA, 2016, p. 241).

Em suma, sob essa perspectiva, os atos regulatórios são produtos de estatutos abertos, imprescindíveis ao desenvolvimento da discricionariedade técnica e, por conseguinte, da regular atividade regulatória; via de regra, são insindicáveis por parte do Poder Judiciário. A referida constatação, apesar de ainda gozar de apoio de parte da doutrina e deste Poder, é refutada por França (2016, 90-91), que entende inexistir a ideia de insindicabilidade da ação administrativa, mesmo quando se está diante de um ato que comporta margem legal para sua atuação. Para o autor, em qualquer ocasião, será possível investigar a razoabilidade dos critérios adotados pelo administrador em face da finalidade legal perseguida.

Consequentemente, para diagnosticar a violação da finalidade, cabe ao Poder Judiciário proceder com a análise pormenorizada da motivação do ato administrativo e do cotejo entre os motivos invocados e os resultados alcançados ou pretendidos, para que seja possível aferir se houve desvio de poder (KRELL, 2004, p. 207). Para Caio Tácito (1975, p. 101)¹¹⁵, a finalidade é o elemento principal do ato em relação ao interesse público, pois vincula permanentemente a conduta administrativa: “se pode haver discricionariedade no tocante à escolha dos motivos ou à determinação do objeto, em nenhuma hipótese ela ocorrerá em relação ao fim”.

Ademais, será sempre possível a sindicância do mérito regulatório nos casos em que o Judiciário possa demonstrar o desrespeito dos valores do Direito em virtude do aspecto subjetivo do ato, amplamente considerado, tal como concebido pelo conceito de juridicidade. Em suma, em aspecto técnico ou o mérito (juízo de conveniência e oportunidade) “não estiverem de acordo com os instrumentos objetivadores do caráter subjetivo do ato normativo, encontrar-se-á uma restrição axiologicamente inconstitucional do princípio fundamental da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado (FRANÇA, 2016, p. 93).

¹¹⁴ Diz-se *suposta*, pois França entende que a insindicabilidade quanto à discricionariedade técnica da entidade reguladora não é possível diante da ordem constitucional.

¹¹⁵ Caio Tácito bem afirma que a discricionariedade não é um “cheque em branco” para o administrador, mas um meio pelo qual ele deve perseguir a finalidade que subjaz a norma de regência.

Moraes (1999, p. 193) — que entende pela possibilidade de controle judicial dos atos administrativos não vinculados, mormente em face dos princípios dispostos no artigo 37, *caput*, da CRFB/88, do princípio da isonomia e da proporcionalidade e razoabilidade — indica que o exame judicial dos atos discricionários do administrador deve vencer as seguintes etapas: “1º) extrair do sistema constitucional os critérios de controle jurisdicional; 2º) fixar as fronteiras da sindicabilidade judicial da atividade administrativa não vinculada; 3º) ditar as consequências de sua atuação revisora”.

Logo, para Moraes (1999, p. 193), o controle judicial dos atos discricionários está condicionado aos “*standards* principiológicos”, os quais podem ensejar a anulação do ato administrativo ou, em casos excepcionais, a substituição do ato impugnado por outro, sempre que, diante das alternativas possíveis, apenas uma se mostre consoante com os princípios e finalidades inerentes à norma de regência.

Dando seguimento, França (2016, p. 162) ressalta que essa postura mais ativista, em que pese ser bem disseminada na doutrina moderna, não conta com ampla aceitação do Poder Judiciário, conforme pode se verificar em uma série de julgados por ele apontados¹¹⁶. Ao contrário, complementa Di Pietro (2012, p. 24), é cada vez mais comum que os juízes assumam sua falta de preparo em relação às questões envoltas de alta complexidade técnica, valendo-se do trunfo do “mal definido mérito da atuação administrativo”, abstendo-se de julgar e “permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo”.

Em opinião mais extrema, Cavalcanti (1997, p. 98) afirma que, frente à realidade brasileira, tal postura parece ser um paradoxo. Para ele, no Brasil, o Judiciário sempre deveria ter a última palavra, especialmente para afastar o arbítrio e a prepotência do Estado e dos governantes, pois, aqui, predomina o patrimonialismo, “a penetração do elemento político no funcionamento da administração”, consubstanciado na nomeação de pessoas para altos cargos da Administração que “efetivamente têm bem mais vinculação com as estruturas de poder político responsáveis pelas indicações que com o efetivo interesse público”.

Figueiredo (2001, p. 24) afirma que não há uma pretensão de o Judiciário substitua o administrador, adentrando ao seu juízo de oportunidade e conveniência, mas “que o Judiciário se gize adequadamente qual o limite em que se deverá confinar a discricionariedade do

¹¹⁶ Dentre os julgados apontados por França, estão os seguintes: STJ, 2a T., REsp 572.070/PR (2003/0128035-1), Rel. Min. João Otávio de Noronha (1123), j. 16-3-2004, DJ 14-6-2004, p. 206). TRF da 4ª Reg., AC 2002.70.11.0005179/RS, DJU 25-5-2005. Estes e outros julgados serão analisados no item 3.3 *infra*.

administrador”, pois o legislador, ao permitir margem de atuação à Administração, pretende viabilizar a implementação das finalidades legais.

A posição de Krell (2004, p. 210) condensa a média das opiniões dos autores estudados neste subitem. O autor deixa assente que, em descompasso com a moderna doutrina administrativista e sob o manto da autorrestrição (*self-restraint*), o Poder Judiciário, muitas vezes, lida com os conceitos da discricionariedade e do mérito de forma a “encobrir arbitrariedades, nepotismo e a falta de vontade de muitos juízes em analisar ou anular os atos e medidas da Administração Pública”, atitude esta incompatível com o papel assumido e desempenhado por esse Poder a partir da Constituição de 1988.

No entanto, Krell (2004, p. 215-216) pondera e afirma que, na Alemanha, a atração do *judicial review*, inclusive de maneira mais intensa no controle dos atos discricionários, levou a um controle judicial exagerado da atividade administrativa, “o que resultou na sua redefinição, com o reconhecimento de ‘espaços de livre apreciação’ dos conceitos jurídicos indeterminados para os órgãos administrativos em muitas áreas temáticas”, principalmente no que diz respeito àquelas que exigem um conhecimento técnico incompatível com a capacidade institucional do Judiciário.

Razão assiste a Krell (2004, p. 217), pois, ao reafirmar a importância do Judiciário para o controle do Poder Público, que, durante período recente da história brasileira (pré-1988), mostrou-se antidemocrático e despótico, assevera que a discussão sobre os limites do controle judicial dos atos administrativos deve ser acompanhada por considerações jurídico-funcionais¹¹⁷ da “capacidade real dos juízes brasileiros de controlar a aplicação de certos tipos de conceitos legais indeterminados nas diferentes áreas setoriais”¹¹⁸¹¹⁹.

Desde que não firam os princípios e valores constitucionalmente impostos, os meios não devem ser passíveis de controle pelo Judiciário. Conforme definição de Cereijido (2001, p. 231-232), a principal forma de controle do meio é sob o prisma da eficiência, que consiste no “dever

¹¹⁷ Análise que se aproxima da Teoria das Capacidades Institucionais de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, analisada no subitem 2.2.2 *supra*.

¹¹⁸ Sunstein e Vermeule (2003, p. 888) assinalam que, muitas vezes, os estudiosos (*academic observers*), geralmente especialistas no assunto em questão, criticam decisões judiciais formalistas, “sem apreciar o risco de que os juízes generalistas, desarmados do texto, possam fazer ainda pior”. Para os autores, é mais plausível que as agências, que ocupam o papel de intérpretes especializados, afastem-se do texto legal do que os juízes generalistas.

¹¹⁹ Em geral, a pergunta-chave que se faz, quando das discussões sobre interpretação, é: “como juízes perfeitos decidiriam os casos?”; em vez de “como devem os juízes falíveis proceder, à luz da sua falibilidade e do seu lugar num sistema complexo de ordem pública e privada?” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 949).

de selecionar e utilizar criteriosamente os melhores meios a serem empregados no cumprimento das atividades necessárias à boa administração, voltada ao atingimento de sua finalidade legal”.

A implementação da finalidade legal — que, em última análise, coincide com a do interesse público —, mesmo não refletindo a medida mais adequada sob a ótica do órgão jurisdicional, representa um bom termômetro para aferição da juridicidade do ato regulatório. Tal linha de intelecção aproxima a controlabilidade dos atos regulatórios no Brasil do que foi implementado nos Estados Unidos, especialmente a partir de *Chevron*. Isto é, de um controle judicial com foco no exame da razoabilidade dos atos das agências, cotejando a adequação entre meios e fins para o atendimento do interesse público perseguido, a fim de se evitar ações arbitrárias, caprichosas, ou que constituam abuso do poder discricionário¹²⁰.

A viabilidade de um controle judicial dos atos regulatórios de cunho mais minimalista (*rectius*: deferencial) e procedimental, em termos próximos de *Chevron*, está condicionada à dimensão, complexidade e estrutura regulatória brasileira, para além das limitações próprias do Poder Judiciário.

O próximo item examinará a possibilidade de aplicação da doutrina *Chevron* ao contexto regulatório brasileiro. Para tanto, analisar-se-á o atual estágio da regulação econômica no Brasil, a fim de verificar se o nível de deferência estabelecido em *Chevron* é compatível com os desafios econômicos-sociais da contemporaneidade brasileira, nos quais o Judiciário detém o múnus constitucional de promover a cidadania e também a curadoria dos processos econômicos, o que pressupõe, em qualquer caso, uma atuação jurisprudencial íntegra, estável e coerente na interpretação do Direito.

3.2 Aplicação do caso *Chevron* ao contexto regulatório brasileiro

O fenômeno regulatório brasileiro ainda é recente em comparação ao fenômeno secular norte-americano. Após mais de duas décadas de consolidação do processo de agencificação no Brasil, as agências reguladoras são, ainda, muito questionadas no que diz respeito à eficiência e à efetiva independência na gestão dos mercados regulados.

¹²⁰ Para utilizar os já multicitados termos expressos no § 706, (2) (A), da APA.

Fatos recentes e desastrosos como o de Mariana e Brumadinho¹²¹ trazem à tona as fragilidades regulatórias no Brasil e a consequente necessidade de controle e supervisão judicial para sanar as disfuncionalidades ainda presentes. Diante dessa constatação, qualquer análise acerca da importação da doutrina *Chevron* para o Direito brasileiro não pode descuidar das fragilidades institucionais das agências reguladoras, da má qualidade dos serviços por elas regulados e dos fatores sociais, políticos e econômicos presentes na realidade do país.

Assim, partindo-se do pressuposto estabelecido por Brian Levy e Pablo Spiller (1994, p. 215-252), de que não existe fórmula única para o sucesso do processo regulatório, haja vista que ele está condicionado às características institucionais de cada país, analisar-se-á, no próximo subitem, a qualidade regulatória no Brasil, a fim de aferir sob quais condições seria possível um controle judicial nos moldes de *Chevron*.

3.2.1 A qualidade regulatória no Brasil: o passo zero para se definir a aplicabilidade de *Chevron*

Inicialmente, cumpre assentar o conceito equívoco de *qualidade da regulação*, haja vista não encontrar na literatura uma única definição sobre *o que é e como alcançá-la*¹²². Considera-se, para os objetivos do presente estudo, a definição defendida por Pessoa Valente (2015, p. 28), segundo a qual “boa regulação” é a que se encontra de acordo com os parâmetros procedimentais definidos por países e entidades multilaterais, dentre os quais se incluem: a adoção legal da análise de custo benefício (*rectius*: Análise de Impacto Regulatório), a experiência que apoia o processo de tomada de decisão e a própria decisão, “a equidade de uma política ou decisão regulatória” e a transparência e o respeito ao devido processo, com

¹²¹ Recentemente, a tragédia que impactou a região de Brumadinho em decorrência da atuação da mineradora Vale na exploração da Mina Vale do Feijão, que vitimou 311 pessoas entre mortos e desaparecidos, ganhou as principais manchetes da mídia brasileira. Não se trata do primeiro acidente envolvendo o mesmo tipo de barragem ligada às atividades minerárias, lembrando-se que, em novembro de 2015, a região de Mariana, também no estado de Minas Gerais, sofreu de um rompimento que vitimou 18 pessoas, com consequências de mais extrema gravidade para o ecossistema ligado ao Rio Doce. Informações disponíveis em: http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/servicos-para-comunidade/minas-gerais/atualizacoes_brumadinho/Documents/PDFs/Decisao_ACP_03_abril_2019.pdf#search=mortos. Acesso em: 28 abr. 2020.

¹²² A *qualidade da regulação* contou com acepções diversas ao longo da história. De maneira geral, por muitos anos, no pós-Segunda Guerra Mundial, por influência da escola da Análise Econômica do Direito (*Law & Economics*), associou-se a qualidade da regulação à perspectiva estritamente econômica. Isto é, a “boa regulação” era aquela que propiciava o alcance de resultados economicamente eficientes, sem que, para tanto, fossem verificados os efeitos sistêmicos desses resultados em relação aos indicadores sociais, por exemplo. A partir da década de 1970 — até os dias de hoje —, passou-se a considerar a relação entre os resultados economicamente eficientes e outros objetivos “não eficientes, ou sociais”.

consequente possibilidade de “responsabilização pelos atores relevantes do processo regulatório” (*accountability*).

Pessôa Valente (2015, p. 24), em obra sobre a qualidade da regulação no Brasil¹²³, propõe a análise de três variáveis para medir a qualidade regulatória: “(i) a institucionalização do setor, (ii) a procedimentalização do agente regulador setorial e (iii) a judicialização das decisões tomadas pelo agente regulador setorial”. O estudo empreendido até aqui se deteve sobre as duas primeiras variáveis. A análise da terceira variável, centrada no estudo do relacionamento do Judiciário com os atores do “jogo regulatório”, será realizada, por sua vez, no tópico seguinte, quando da análise das decisões judiciais (item 3.3).

Ademais, Pessôa Valente analisa cada uma das variáveis em relação aos seus aspectos formais, consubstanciados nas regras institucionais e procedimentais de determinado setor¹²⁴ — analisados no subsubitens 3.2.1.1 e 3.2.1.2 deste estudo — e os aspectos substantivos, centrados na observação empírica das relações entre os atores envolvidos na regulação econômica (agências, Executivo, Legislativo, regulados, grupos de interesse etc.) — que serão tratados, no subitem 3.2.1.3, como essenciais para se determinar o passo zero à aplicabilidade de *Chevron*.

Isto é, a investigação busca, em um primeiro momento, capturar os aspectos estáticos (formais) da organização institucional e do processo decisório no âmbito das agências para, em um segundo momento, determinar a importância de identificar nos aspectos dinâmicos (substanciais) um parâmetro para se aferir a possibilidade de um controle judicial deferencial, nos moldes previstos na conformação atual de *Chevron*.

3.2.1.1 Da institucionalização das agências

A institucionalização, na concepção aqui usada, refere-se ao conjunto de regras, formais e informais, de organização de um setor e da própria atuação das agências reguladoras (VALENTE, 2015, p. 41). É um critério importante a ser observado para aferir a qualidade regulatória, porquanto remonta à própria razão de ser do Estado Regulador no Brasil,

¹²³ A qualidade da regulação estatal no Brasil: uma análise a partir de indicadores de qualidade. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Estado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

¹²⁴ Consigna-se que, com advento da Lei Geral de Agências Reguladoras (Lei n. 13.848/2019), há a imposição de certa uniformidade no que concerne às regras formais dos setores regulados.

inaugurado com vistas a afastar os processos econômicos das vicissitudes políticas do mandatário da vez.

As palavras de ordem que justificaram a transição para um sistema regulatório nos moldes vigentes foram *estabilidade* e *credibilidade*, consubstanciadas em um compromisso regulatório (*regulatory commitment*) que fosse capaz de subtrair o marco regulatório do processo político-eleitoral (MUELLER; PEREIRA, 2002, p. 453; BINENBOJM, 2005a, p. 152). Ou seja, a garantia aos investidores do respeito aos contratos e à propriedade, blindando-os do voluntarismo eleitoreiro¹²⁵, tudo como forma de atribuir segurança jurídica às empresas e incentivar o investimento e a produção.

Nesse contexto, há que se sublinhar a importância da autonomia das agências em face do poder político para a credibilidade do processo regulatório. No entanto, essa autonomia não pode ser tida como “um dogma, sem a qual o bom funcionamento do setor estaria em risco, e desconsiderando outros fatores importantes nessa equação acerca da qualidade regulatória”, mormente diante do fato de que a política não apresenta apenas pontos de intersecção, mas é uma das características da regulação (VALENTE, 2015, p. 45).

Há um campo, na atuação das agências, que permite a intromissão governamental, sem uma possível desfiguração daquilo que é essencial à implementação das políticas regulatórias, na forma prevista das diretrizes fundamentais definidas na lei de regência do setor e na CRFB/88.

Em decorrência disso, a autonomia não pode ser isoladamente considerada como um fator suficiente para a credibilidade e estabilidade regulatória, convicção que leva Pessoa Valente (2015, p. 49) a propor a análise da variável *institucionalização* sob dois enfoques: um normativo, que consiste em uma investigação formalista das regras setoriais de organização da burocracia estatal¹²⁶.

¹²⁵ Nicolau Maquiavel (1469-1527) advertiu seus poderosos leitores a descumprirem suas promessas, quando elas se tornassem inconvenientes aos seus projetos de poder: “Um governante prudente não deve manter a palavra se, ao fazer isso, ele for contra os seus próprios interesses. (...) Se todos os homens fossem bons, esse conselho não seria bom; mas como eles são maus e não manterão a palavra, você tampouco tem a obrigação de manter a palavra com eles” (MAQUIAVEL, 1952, p. 92-93).

¹²⁶ Pessoa Valente (2015, p. 49-54), em análise de destacados trabalhos sobre as regras aplicáveis ao desenho e funcionamento de diversos setores econômicos, conclui que as pesquisas que se centram apenas no aspecto da autonomia das agências reguladoras são insuficientes para uma investigação holística da qualidade regulatória. Para a autora: “Passadas quase duas décadas da criação das primeiras agências é fundamental a ampliação do debate para, no lugar da autonomia, considerar a credibilidade dos compromissos assumidos e a estabilidade das regras”.

A análise é feita sobre quatro grupos temáticos, a saber: (i) regras pertinentes aos dirigentes; (ii) autonomia quanto à competência das agências; (iii) autonomia financeira e (iv) autonomia de gestão de pessoas. Segue com as subvariáveis descritas por Pessôa Valente (2015, p. 54 e ss), assim, subdivide-se da seguinte forma:

- (i) quanto às regras pertinentes aos dirigentes: (i.i) mandato (existência e duração), (i.ii) demissão, (i.iii) recondução, (i.iv) nomeação e (i.v) experiência;
- (ii) quanto à competência: (ii.i) competência (separação de funções entre o Poder Executivo e a agência), (ii.ii) autonomia decisória, (ii.iii) revisão e (ii.iv) procedimentos internos;
- (iii) quanto à autonomia financeira: (iii.i) a análise se dá apenas no que concerne aos recursos (orçamento prévio) que a agência possui para realizar suas atividades;
- (iii) quanto à autonomia de gestão de pessoas: (iv.i) se a agência tem o comando de sua política de pessoal.

Em relação a esses aspectos, a Lei Geral de Agências Reguladoras trouxe regras gerais que conferem às agências padronização, o que se configura como um grande avanço para a variável da institucionalização. No que concerne às regras que regem o mandato dos dirigentes, por exemplo, a nova lei alterou o artigo 6º, da Lei n. 9.986 de 2000, garantindo o prazo fixo de cinco anos para os mandatos dos conselheiros e diretores das agências reguladoras, vedada a recondução. Antes, havia a exigência de prazo fixo, mas a duração era prevista na lei de regência de cada agência.

Conforme assinala Pessôa Valente (2015, p. 57), “quanto mais longos os mandatos dos dirigentes, mais a agência estará alheia às interferências do Poder Executivo, cujo mandato é de quatro anos”. Dessa forma, um mandato de até quatro anos concederá ao Presidente da República, em algum momento do seu mandato, a oportunidade de ter apenas nomeações suas no conselho diretor das agências. Com o prazo de cinco anos, ordinariamente, os diretores ocuparão o cargo “por um período superior ao do mandato presidencial, evitando que a agência fique totalmente dominada pelas nomeações de um único Presidente” (PRADO, 2005, p. 141).

A vedação à recondução é também um importante instrumento para garantir independência e liberdade dos dirigentes no exercício de seu múnus, pois reduz o nível de suscetibilidade à pressão política em troca de favores para eventual recondução ¹²⁷ (GUIMARÃES, 2020, p. 108). Acresça-se que a Lei Geral também alterou a redação do artigo 8º, da Lei n. 9.986 de 2000, estendendo o período de quarentena de quatro para seis meses,

¹²⁷ No mesmo sentido, Pessôa Valente (2015, p. 59) entende que “a subvariável *recondução* evoca novamente o incentivo ao regulador em pautar suas decisões com base nas preferências dos atores políticos, como forma de assegurar sua manutenção no cargo”.

impedindo que, durante este período, os membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada exerçam atividade ou prestem qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, assegurada a remuneração compensatória.

Manteve-se a impossibilidade de demissão *ad nutum* dos dirigentes¹²⁸. A novel redação do artigo 9º da Lei n. 9.986 de 2000 apenas especificou que esta se dará em casos de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de condenação em processo administrativo disciplinar e por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 8º - B da Lei¹²⁹.

Quanto às nomeações, Pessoa Valente (2015, p. 60) pressupõe ser natural que o Presidente da República busque aumentar sua influência sobre a instância reguladora, que aumente o número de nomeados sob sua gestão e pressione politicamente os diretores nomeados pela gestão anterior, tudo como forma de manter influência sobre essa estrutura burocrática. A nomeação pelo Presidente, condicionada à prévia aprovação do indicado pelo Senado Federal, no entanto, é fundamental para diminuir a possibilidade de indicações com teor estritamente político¹³⁰, além, é claro, dos critérios de experiência previstos na nova redação do artigo 5º da Lei n. 9.986 de 2000 (analisado no subitem 2.2.1).

Em relação ao segundo grupo temático — autonomia quanto à competência das agências —, examina-se a questão atinente ao processo de tomada de decisão no âmbito de cada agência, especialmente no que tange à autonomia organizacional. A análise, antes da Lei Geral, deveria levar em conta, exclusivamente, a lei de cada setor estudado; tarefa esta que, hodiernamente, é facilitada pela investigação das regras gerais que compõem o referido marco legal. Nesse sentido, o artigo 3º atribuiu às agências maior autonomia político-institucional, ao preconizar a

¹²⁸ Havia leis que permitiam a exoneração imotivada dos diretores das agências nos primeiros meses de mandato. Eram os casos do artigo 12, da Lei n. 9.782/1999, artigo 8º, da Lei 9.961/2000 e do artigo 10, da Lei 9.984/2000.

¹²⁹ Referido artigo assim dispõe: “Ao membro do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada é vedado: I - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas; II - exercer qualquer outra atividade profissional, ressalvado o exercício do magistério, havendo compatibilidade de horários; III - participar de sociedade simples ou empresária ou de empresa de qualquer espécie, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, membro de conselho de administração ou conselho fiscal, preposto ou mandatário; IV - emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou atuar como consultor de qualquer tipo de empresa; V - exercer atividade sindical; VI - exercer atividade político-partidária; VII - estar em situação de conflito de interesse, nos termos da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013”.

¹³⁰ Muito embora, tal conclusão, na prática, não se verifique, Pessoa Valente (2015, p. 60), valendo-se de informações de Celso Fernandes Campilongo *et al.* (2009, p. 41-42), assevera que, em geral, o Legislativo se desincumbe dessa tarefa, o que fica evidente por inconfidência de um ex-conselheiro do CADE, cujo regime de escolha é idêntico: “um dia antes da sabatina, um assessor do Ministério da Justiça me acompanhou até o Senado para a visita a alguns senadores, que iriam me sabatar no dia seguinte. E um deles, para o constrangimento geral, alguns aqui são testemunhas desse constrangimento pelo qual nós passamos, me perguntou: ‘Escuta, faz uma coisa, e escreve aqui neste papel (e deu-me uma folha de papel) uma perguntinha qualquer, para eu te fazer amanhã’. Com este nível de sabatina, enfim, não há autonomia, não há independência, não há mandato que resista”.

ausência de subordinação hierárquica ao Poder Executivo, especificamente em relação aos Ministérios dos quais estão vinculadas (GUIMARÃES, 2020, p. 89).

Em relação à subvariável *competência*, analisou-se (no subitem 1.3.3 supra) que, às agências, atribui-se um “quadro missão” em função de uma atuação autônoma para a consecução das políticas públicas ali dispostas. Para a realização dessa função, as agências transitam por um amplo campo discricionário, dependente e complementar às diretrizes setoriais desenhadas pelos Poderes Executivo e Legislativo (MARQUES NETO, 2003, p. 39).

Entretanto, é desejável que a prescrição de competências gerais esteja disposta na lei de regência, o que ocorre, via de regra, nas leis instituidoras das agências. Pessoa Valente (2015, p. 157-158), ao se referir à Lei n. 9.472 de 1997 — criadora da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) (BRASIL, 1997b) —, afirma que esta discrimina “com bastante precisão a competência de cada um dos agentes estatais no título II da lei”.

Quanto à *autonomia decisória*, o artigo 3º da Lei Geral expressamente atribuiu essa prerrogativa às agências. Pessoa Valente (2015, p. 121) avaliou negativamente a lei de criação da Agência Reguladora de Energia Elétrica (ANEEL) quanto a este aspecto, pois contava com a previsão (artigo 7º) de que o contrato de gestão fosse negociado e celebrado entre a diretoria e o Poder Executivo no prazo de noventa dias da nomeação do diretor-geral da agência, “comprometendo, assim, a capacidade da ANEEL de formar autonomamente sua decisão”. Visando preservar a autonomia de decisão, tal dispositivo foi revogado pela Lei Geral¹³¹.

A subvariável *revisão* concerne à possibilidade de recurso hierárquico, ou seja, sobre a viabilidade da revisão recursal das decisões das agências pelos Ministros de Estado. Parte da doutrina entendia por essa possibilidade (GUERRA, 2005, p. 256; BINENBOJM, 2005a, p. 157), contudo, havia o temor de que o recurso impróprio sujeitaria a atividade regulatória às pressões político-partidárias, retirando de tal atividade o caráter de neutralidade que lhe é essencial (JUSTEN FILHO, 2002).

Pessoa Valente (2015, p. 63) entende que tal possibilidade levaria a uma avaliação institucional negativa da agência, haja vista que desafiaria a autonomia que lhe é peculiar. A Lei Geral, em seu artigo 3º, parece resolver essa celeuma, pois dispõe que “a natureza especial

¹³¹ O mesmo ocorreu com os seguintes dispositivos: artigos 14 e 15, da Lei n. 9.961/2000, instituidora da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); e artigos 19 e 20, da Lei 9.782 de 1999, instituidora da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica”. Nesse sentido, o dispositivo, ao assegurar a desvinculação hierárquica, impossibilita o manejo do recurso hierárquico, restando, como última instância recursal, os conselhos diretores ou diretorias colegiadas no âmbito das próprias agências (GUIMARÃES, 2020, p. 90).

Acerca da subvariável *procedimentos internos* das agências, investiga-se o nível de institucionalização destas de acordo com a possibilidade — *ou não* — de o Poder Executivo alterar os procedimentos internos. Dessa forma, conforme aponta Pessoa Valente (2015, p. 64), “maior será o nível de institucionalização do setor se os procedimentos da agência só possam ser alterados por ela própria, ou ainda por lei *stricto sensu* (discutida e votada pelo Poder Legislativo) ou por medida provisória”.

A possibilidade de ingerência do Poder Executivo sobre os procedimentos internos é variável de acordo com a agência a ser analisada. O regulamento interno da ANEEL, por exemplo, depende da aprovação do Ministro de Estado de Minas e Energia¹³², ao passo que a aprovação do regulamento interno da ANATEL é de sua própria responsabilidade¹³³. Sobre este aspecto, o nível de institucionalização da ANATEL é maior que o da ANEEL.

A Lei Geral concedeu às agências maior autonomia para estabelecerem os seus procedimentos internos, especialmente em relação às questões ligadas ao processo decisório, à prestação de contas e ao controle social (capítulos I e II da Lei n. 13.848 de 2019). Para exemplificar, são os casos: da competência que cada agência possui para definir a operacionalização da Análise de Impacto Regulatório (AIR) em seu âmbito, dos procedimentos a serem observados nas consultas públicas e em outros meios de participação social em suas decisões e das condições para revisão, acompanhamento e avaliação do plano de gestão anual.

Quanto ao terceiro grupo temático, concernente à autonomia financeira, a subvariável “recursos” é avaliada no sentido de medir a independência financeira das agências. Nesse ponto, Pessoa Valente (2015, p. 64) ressalta que as agências brasileiras subsistem por intermédio de receitas próprias, oriundas, principalmente, das taxas de fiscalização previstas nas respectivas leis de criação e cobradas, por elas próprias, dos agentes regulados. Entretanto, a autora adverte que a pretensa autonomia financeira prevista em lei não é verificada na prática, pois os recursos

¹³² Cf. artigo 4º do Decreto n. 2.335, de 6 de outubro de 1997 (BRASIL, 1997a).

¹³³ Cf. Artigo 19, inciso XXVII, da Lei 9.472/1997 (BRASIL, 1997b).

dependem de liberação pela Lei Orçamentária Anual (LOA), momento em que pode ocorrer o contingenciamento¹³⁴.

O §1º, do artigo 3º, da Lei n. 13.848 de 2019 (BRASIL, 2019a), transformou cada agência reguladora, bem como eventuais fundos a ela vinculados, em órgãos setoriais no orçamento da União, o que significou um avanço. Entretanto, o marco legal teve suprimido, pelo veto do Presidente da República, um dispositivo que impedia o contingenciamento dos recursos das agências, por considerar a medida com o potencial de contribuir para o engessamento do orçamento público (GUIMARÃES, 2020, p. 90).

O último grupo temático diz respeito à autonomia em relação à gestão de pessoas. O cuidado aqui está em diminuir o risco de o "Poder Executivo colonizar a agência com funcionários de sua preferência. Isso ocorre quando a agência não tem poderes para gerir seu próprio quadro de pessoal" (VALENTE, 2015, p. 65). A Lei Geral aperfeiçoa a independência administrativa das agências quanto a este ponto, pois as permite prover, autonomamente, os cargos autorizados para seu quadro de pessoal, observada a disponibilidade orçamentária; gerir — alterar o quadro, realizar concursos, dar condições de trabalho *etc.* —; além de possibilitar a alteração dos planos de carreira de seus servidores¹³⁵.

Para Guimarães (2020, p. 90), antes da aprovação da Lei Geral, medidas simples, necessárias ao funcionamento rotineiro da burocracia regulatória — a exemplo da realização de contratos, emissão de passagens e diárias —, dependiam da autorização do Ministério ao qual a agência estivesse vinculada, o que restringia a autonomia das agências, “tornando-as dependentes da burocracia e da vontade política do Poder Executivo”.

3.2.1.2 Da procedimentalização do processo de tomada de decisão no âmbito das agências

Ao lado do mapeamento das regras aplicadas ao “jogo regulatório” (que conformam a institucionalização das agências reguladoras), para medir a qualidade regulatória, é necessário investigar a procedimentalização dos atos administrativos desempenhados pelos agentes reguladores. Segundo Pessoa Valente (2015, p. 73), a análise consiste na verificação do

¹³⁴ Contingenciamento, segundo Pessoa Valente (2015, p. 70), é o emprego de créditos orçamentários em montantes inferiores aos previstos, por intermédio da limitação de empenho e movimentação financeira, “seja por frustração no desempenho da arrecadação, seja pelo aumento da despesa, ou por ambos”.

¹³⁵ Cf. Artigo 3º, § 2º, alíneas “b” e “c”, da Lei n. 13.848 de 2019 (BRASIL, 2019a).

itinerário percorrido pelo agente regulador para a tomada de decisão. Isto é, o escopo não é o *que* foi decidido, mas *como* determinada decisão foi tomada.

Pessoa Valente (2015, p. 75-76) trabalhou o conceito de procedimentalização sob duas perspectivas: a da legitimação democrática do procedimento e a da sua racionalização. À luz da primeira, entende-se a procedimentalização como um meio para se alcançar a legitimidade procedimental e substancial, na forma proposta por Giandomenico Majone (1999). Sob a segunda perspectiva, é tomada como um instrumento necessário à previsibilidade do processo de tomada de decisão no âmbito das agências, contribuindo para a segurança jurídica das relações por elas reguladas.

Para Majone (1999, p. 28), há uma dimensão procedimental e uma dimensão substantiva da legitimidade. A legitimidade procedimental está ligada à observância da competência, dos procedimentos e dos objetivos fixados pela lei que define a atuação das agências¹³⁶. Assim, as leis de regência preveem a criação das agências, a indicação dos seus dirigentes por agentes eleitos, seu campo de atuação, as finalidades regulatórias e os procedimentos formais a serem seguidos para a tomada de decisões regulatórias, que são sempre motivadas e, muitas vezes, acrescidas da participação popular.

Já a legitimidade substantiva, segundo Majone (1999, p. 29), é a capacidade que têm as instituições de “[...] gerar e manter a crença de que elas são as mais apropriadas para as funções a elas confiadas”. Depende da capacidade técnica, do profissionalismo, da experiência, da consistência política, da capacidade de solver os problemas setoriais e proteger os interesses difusos das entidades reguladoras, além da “[...] definição clara dos objetivos da agência e dos limites dentro dos quais espera-se que esta opere”.

A proposição de Majone tem, por finalidade, demonstrar que o problema normativo das agências independentes pode ser sanado pela responsabilização democrática, advinda não apenas da supervisão por um determinado ramo político, mas, sobretudo, por intermédio de:

[...] objetivos estatutários claros e limitados para proporcionar normas de desempenho que não sejam ambíguas; exigências de fornecer razões para decisões e exigências em termos de transparência para facilitar o exame judicial e a participação pública; disposições relativas ao processo legal para assegurar a justiça entre os inevitáveis

¹³⁶ Segundo Majone (1999, p. 28), “[...] a legitimidade procedimental implica, entre outras coisas, que as agências são criadas por estatutos democraticamente promulgados que definem a autoridade legal e os objetivos das agências; que os reguladores são nomeados por funcionários eleitos; que a tomada de decisões em matéria reguladora obedece a regras formais que muitas vezes exigem a participação pública; finalmente, que as decisões das agências devem ser justificadas e estão abertas ao escrutínio judicial”.

ganhadores e perdedores de decisões reguladoras; profissionalismo para resistir à interferência externa e para reduzir o risco de um uso arbitrário da discricção de que dispõem as agências (MAJONE, 1999, p. 31).

Pessoa Valente (2015, p. 78) ressalta que a transparência do processo de tomada de decisão, junto à responsabilização do Estado regulador, é a causa da legitimação democrática das agências. Por conseguinte, por meio da transparência¹³⁷ e da responsabilização, tomados como elementos interdependentes, obtém-se a *accountability*.

No que tange à racionalização do procedimento, Pessoa Valente (2015, p. 75), com apoio nas lições de Odete Medauar, procede com uma análise do processo administrativo que vai além das tradicionais garantias constitucionais do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV), do direito de petição (art. 5º, inc. XXXIV), da ampla defesa (art. 5º, inc. LV) e dos princípios a elas correlatos, concebendo-o como elemento de sistematização de atuações administrativas, as quais podem ser compreendidas sob dois enfoques.

O viés da Administração simplifica a atuação administrativa por meio da “organização racional de muitos atos administrativos” no processo administrativo; o viés do administrado utiliza o processo como ferramenta de transparência do modo de exercício da função administrativa, sem a qual não seria possível monitorar as atividades das agências, nem tampouco pleitear, sem constrangimentos, o reconhecimento de seus direitos (MEDAUAR, 2008, p. 73).

Pessoa Valente (2015, p. 80 e ss.) também estabelece subvariáveis que reputa importantes para determinar a qualidade da regulação quanto à procedimentalização, as quais são divididas em dois grupos: um relativo ao *processo decisório* e o outro à *transparência*.

O primeiro grupo (processo decisório) é dividido na análise: (i) da *duração* do processo decisório; (ii) da *regulamentação* das etapas do processo administrativo até que uma deliberação final seja tomada; (iii) da *verificação* sobre a publicidade dada aos debates e decisões (*rectius: deliberações*) tomadas pela diretoria; (iv) da *racionalização* de tais liberações, a fim de constatar se os caminhos seguidos e as justificativas para as tomadas de decisão são pautados em critérios racionais, que podem ser sindicados pela sociedade e pelo

¹³⁷ Majone (1999, p. 28) indica que: “O meio mais simples e básico de melhorar a transparência e a responsabilização das agências é exigir que os reguladores forneçam razões para suas decisões. Isto porque uma exigência de fornecimento de razões ativa um número de outros mecanismos para controlar a discricção reguladora, tais como o exame judicial, a participação e a deliberação públicas, o exame pelos pares, a análise de políticas para justificar prioridades reguladoras, e assim por diante”.

Judiciário (a Análise de Impacto Regulatório [AIR] é fornecida como exemplo de racionalização); (v) da própria AIR, que revela, em detalhes, o processo de tomada de decisão; e, por fim, (vi) da *agenda regulatória*, que consiste na divulgação pela agências dos seus projetos (fiscalizatórios, normativos, acadêmicos etc.) para os próximos anos.

No grupo relativo à transparência, encontram-se as seguintes subvariáveis: (i) *publicidade* do processo decisório das agências, essencial para a previsibilidade do administrado sobre as decisões das agências, bem como das suas motivações; (ii) *consulta pública*, que demonstra a busca por legitimação democrática das ações das agências; (iii) e questões atinentes às reuniões das *diretorias colegiadas* (abertura ao público, transmissão em tempo real e definição de quórum mínimo de instalação e deliberação).

Assim, a Lei Geral, ao regular o processo decisório das agências, introduz uma série de mecanismos de transparência, participação e controle social. Há duas formas principais de participação social no âmbito do processo decisório das agências: a consulta pública (artigo 9º) e a audiência pública (artigo 10º). As agências podem, ainda, estabelecer, por intermédio do seu próprio regimento, “outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas” (artigo 11) (BRASIL, 2019a, *online*).

As consultas públicas — sempre prévias às tomadas de decisão relacionadas às minutas e às propostas de alteração de atos normativos de interesse geral — deverão ser submetidas, pelo prazo mínimo de quarenta e cinco dias, às críticas, sugestões e contribuições dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços (artigo 9º, §§ 1º e 2º). O início da consulta pública contará com a disponibilização de dados técnicos (relatório de AIR, estudos, material técnico utilizado etc.) para dar suporte a tais manifestações, sendo que será dada publicidade a todas elas em até dez dias úteis após o término do prazo da consulta (artigo 9º, §§ 3º e 4º) (BRASIL, 2019a, *online*).

A agência reguladora deve se manifestar sobre essas críticas e contribuições em até trinta dias úteis, após a reunião do conselho diretor ou da diretoria colegiada para deliberação final sobre a matéria (artigo 9º, § 5º) (BRASIL, 2019a, *online*). Sobre o tema, Guimarães (2020, p. 94) ressalta que o ganho institucional acerca da obrigatoriedade de respostas à participação popular no processo decisório é mitigado pela previsão de resposta somente após a deliberação

final, o que gera certa incongruência, pois impede a efetiva influência dos participantes no processo decisório.

De qualquer forma, a maior sistematização dada pela Lei Geral ao processo decisório parece alcançar o objetivo formal proposto por Pessôa Valente (2015, p. 89-90), no sentido de que, a partir da adoção de tais procedimentos de racionalização do processo e de legitimação democrática, é possível constatar se a procedimentalização prevista é capaz de gerar “padrões estáveis e esperados de relações sociais entre o setor regulado e o agente regulador”, e mensurar a observância das garantias constitucionais e legais aplicáveis ao processo regulatório, especialmente aquelas afetas à segurança jurídica.

3.2.1.3 O passo zero brasileiro: uma proposta de definição da aplicabilidade de Chevron com base na reputação da agência

Arguelhes e Leal (2011, p. 42) entendem que a capacidade de uma instituição é afetada tanto por fatores objetivos como subjetivos. Os aspectos objetivos da capacidade institucional são aqueles relacionados ao desenho institucional e ao aparato físico que compõem a estrutura de um órgão ou entidade. No plano subjetivo, a capacidade é medida de acordo com a realidade institucional (comparação entre o funcionamento ideal e real) e com a imagem que determinada instituição conserva perante à sociedade e também na relação com outros atores institucionais.

Em estudo que tangencia o tema das capacidades institucionais, Pessôa Valente (2015) considera que a definição dos aspectos substantivos é essencial para aferir a confiabilidade da agência. A Lei Geral, como visto, atribuiu às agências certa uniformidade objetiva — institucional e procedimental —, o que representa, indubitavelmente, um ganho para a qualidade da regulação econômica no Brasil.

No entanto, Pessôa Valente também adverte (2015, p. 237) que um bom desempenho sob o ponto de vista formal nem sempre é determinante para o bom desempenho prático (*rectius*: substantivo) da regulação¹³⁸. Ou seja, é possível que, mesmo diante da existência de regras razoáveis, que promovam a eficiência de determinado setor econômico e que são consentâneas

¹³⁸ Segundo a autora: “As médias do aspecto formal para as variáveis institucionalização (80,3%) e procedimentalização (80,2%) foram significativamente superiores às médias do aspecto substantivo para essas mesmas variáveis (18,8% e 27,1%, respectivamente). Essa conclusão vai ao encontro das conclusões de Correa et. al. (2006), que, após analisar agências federais e estaduais brasileiras, concluiu que atributos formais nem sempre se traduzem, na prática, em melhoria regulatória. Diante disso, é possível afirmar que o modelo regulatório ideal, ainda que prescrito no ordenamento jurídico, está longe de ser implantado” (VALENTE, 2015, p. 237).

às garantias constitucionais dos administrados e de uma estrutura física e de pessoal adequada, sejam verificados comportamentos organizacionais e procedimentais incongruentes com as prescrições normativas e com o aparato administrativo.

À guisa de ilustração, pode-se relembrar o entendimento de Ackerman (subitem 2.2.1) sobre ser difícil, em um sistema presidencialista, o desenvolvimento da imparcialidade técnica, em razão de natural politização das instâncias burocráticas. Por mais que exista um arcabouço regulatório apropriado, não é possível concluir que não haverá interferência explícita do Executivo sobre as agências¹³⁹. Pelo contrário, Pessoa Valente (2015, p. 238) consigna “que há relação entre o alinhamento político dos dirigentes das agências reguladoras e do Poder Executivo e mais, quanto *maior* o alinhamento político entre eles, *menor* a interferência explícita desse último na agência” (grifos do original).

Como verificado por Sunstein (2006, p. 215), em *United States versus Mead Corporation*, a *SCOTUS* pretendeu fixar que, previamente ao teste binário de *Chevron*, deveria existir uma etapa de análise que permitisse aferir se determinada agência seria capaz de oferecer uma regulação justa. Conforme visto (subitem 2.3.3), *Mead* representou o triunfo da visão do *Justice* Breyer, que sempre defendeu uma abordagem contextual para se determinar a deferência judicial aos atos das agências sobre os do *Justice*. Scalia (1989) defende que uma abordagem minimalista do Poder Judiciário (*self-restraint*) seria a saída mais simples e efetiva para solver eventuais problemas regulatórios.

A abordagem de Breyer pode ser observada de maneira mais clara em *Barnhart* (*Barnhart v. Walton*, 535 U.S. 212 [2002]), no qual o referido *Justice*, não por acaso, escreveu pelo Tribunal:

[A] natureza intersticial da questão jurídica, os conhecimentos especializados da Agência, a importância da questão para a administração do estatuto, a complexidade dessa administração e a consideração cuidadosa que a Agência deu à questão durante um longo período de todos indicam que a *Chevron* fornece as lentes legais apropriadas

¹³⁹ Ressalta-se que a politização da instância regulatória não atua apenas em função dos interesses do mandatário da vez. De fato, a composição herdada pelo chefe do Executivo pode oferecer empecilhos aos planos do novo governo. Binenbojm (2005a, p. 155) lembra de crítica feita, em 2003, pelo Presidente Lula, quando este saía de uma reunião ministerial. Na oportunidade, o presidente declarou que “as agências mandam no país”. Ele reclamou também que era avisado dos aumentos de tarifas de serviços públicos pelos jornais e que as decisões que mais afetavam a população não passavam pelo governo.

através das quais se pode ver a legalidade da interpretação da Agência aqui em questão (535 U.S. 222)¹⁴⁰.

Conquanto Scalia (1989, p. 514) já tenha mencionado que a palavra “deferência” nada mais significa que considerar com atenção e respeito um ponto de vista antes de rejeitá-lo¹⁴¹, *Chevron*, considerando apenas os *dois passos* tradicionais, estabelece que os atos administrativos de regulação, ao menos os razoáveis, sejam sempre vinculantes, o que, necessariamente, enseja abdicação do controle judicial.

No entanto, sem que ocorra a efetiva consolidação das entidades regulatórias brasileiras, a deferência judicial às decisões das agências, nesses moldes, pode significar um retrocesso, notadamente à vista do desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro (*vide* subitem 2.1.2), que impõe uma postura ativa do Poder Judiciário, a fim de realizar os valores e as finalidades constitucionais (SILVEIRA, 2017, p. 144).

Nesse sentido, defende-se que, no Brasil, apenas após a averiguação concreta do funcionamento de cada setor regulado, da organização regulatória e da constatação da higidez do processo decisório no âmbito das respectivas agências é que o Judiciário deve decidir se atua com maior ou menor deferência em relação à demanda posta à sua apreciação¹⁴². A proposta é de que, antes de se decidir pela aplicação de *Chevron*, o Judiciário atente-se para a teoria da reputação organizacional aplicada a Administração Pública.

Define-se reputação organizacional como um conjunto de crenças sobre uma organização, que diz respeito às suas capacidades, intenções, história e missão, em que as crenças estão inseridas em uma rede de múltiplos atores (Congresso, Tribunais, empresas reguladas, cidadãos etc.) (CARPENTER; KRAUSE, 2012, p. 2). Para medir a reputação de uma agência, Carpenter e Krause (2012, p. 4) destacam quatro facetas, quais sejam:

¹⁴⁰ Tradução livre do original: “[T]he interstitial nature of the legal question, the related expertise of the Agency, the importance of the question to administration of the statute, the complexity of that administration, and the careful consideration the Agency has given the question over a long period of time all indicate that *Chevron* provides the appropriate legal lens through which to view the legality of the Agency interpretation here at issue”.

¹⁴¹ Trecho retirado e traduzido do original: “I suppose it is harmless enough to speak about ‘giving deference to the views of the Executive’ concerning the meaning of a statute, just as we speak of ‘giving deference to the views of the Congress’ concerning the constitutionality of particular legislation—the mealy-mouthed word ‘deference’ not necessarily meaning anything more than considering those views with attentiveness and profound respect, before we reject them (SCALIA, 1989, p. 514).

¹⁴² Defende-se neste estudo — com sustentação na opinião de Sunstein (2006), exposta ao longo do subitem 2.3.3 — que *Mead* e as decisões a ela relacionadas desvirtuaram *Chevron*, trazendo confusão e incertezas para o campo da regulação econômica em âmbito norte-americano. Entretanto, a importação de *Chevron* para o Brasil deve ser feita com atenção às fragilidades da estrutura administrativa local.

Reputação performativa - a agência pode fazer o trabalho? Ela pode executar cobranças sobre sua responsabilidade de uma forma que é interpretada como competente e talvez eficiente?

Reputação moral - a agência é compassiva, flexível e honesta? Isso protege o interesses de seus clientes, constituintes e membros?

Reputação processual - A agência segue as regras normalmente aceitas, não obstante serem boas ou ruins suas decisões?

Reputação técnica - A agência tem a capacidade e habilidade necessárias para lidar com ambientes complexos, independentes e separados de seu desempenho real? (grifos do autor)¹⁴³

Os autores definem o grau de autonomia e de discricionariedade de um órgão em função da solidez de cada uma dessas dimensões da reputação. Isto é, quanto maior for a reputação de uma agência, maior será o grau de autonomia de ação da instituição e menor serão suas limitações (MARQUES NETO *et al.*, 2019, p. 39). Por isso, Carpenter (2001, p. 17) observa que “o pré-requisito chave para a autonomia burocrática é a reputação burocrática”¹⁴⁴.

Nos EUA, é possível observar argumentos baseados na reputação que trouxeram contribuições significativas para a compreensão das relações entre entidades pertencentes à instância burocrática do poder público.

Kovacic (2015, p. 237) compara a reputação de uma agência com a “marca” de uma empresa comercial. Para o autor, a *marca* de uma agência é sinalizadora de qualidade e ferramenta capaz de ajudar a agência a recrutar pessoal qualificado, obter deferência dos tribunais, construir credibilidade no setor regulado, capitalizar apoio popular e institucional que pode render orçamentos maiores e melhorias para seus poderes. “Uma agência com uma marca forte tem mais chance de ser eficaz do que uma com uma marca fraca”¹⁴⁵.

Carpenter (2010), em sua obra “*Reputation and Power*”, descreve como a *Food and Drug Administration (FDA)* cultivou uma reputação de competência e vigilância ao longo da sua existência e como essa imagem organizacional permitiu à agência regulamentar uma indústria tão poderosa quanto a farmacêutica americana. O autor expõe, ainda, como o poder da *FDA* —

¹⁴³ Tradução livre do original: “*Performative reputation: Can the agency do the job? Can it execute charges upon its responsibility in a manner that is interpreted as competent and perhaps efficient? Moral reputation – Is the agency compassionate, flexible, and honest? Does it protect the interests of its clients, constituencies, and members? Procedural reputation – Does the agency follow normally accepted rules, however good/bad its decisions? Technical reputation – Does agency have the capacity and skill required for dealing in complex environments, independent of and separate from its actual performance?*”.

¹⁴⁴ Tradução livre do original: “*The key prerequisite for bureaucratic autonomy is bureaucratic reputation*”.

¹⁴⁵ Tradução livre do original: “*An agency with a strong brand stands a greater chance of being effective than one with a weak brand*”.

que decorre da sua imagem reputacional positiva — tem influenciado nas suas relações com os outros atores envolvidos na regulação econômica.

Em outra produção acadêmica, Carpenter e Krause (2012, p. 14-15), examinando a história de três departamentos executivos norte-americanos, mencionam que a reputação de dois deles (*Department of Agriculture* e o *Post Office Department*) deu a essas entidades autonomia no sentido de serem capazes de influenciar políticos em questões específicas, e no sentido de garantir deferência a suas decisões. De outro lado, o Serviço de Recuperação (*United States Reclamation Service*) não experimentou a mesma autonomia devido à sua má reputação.

O estudo sobre a reputação da agência e a sua influência sobre o controle judicial é linha de pesquisa fértil, mas pouco explorada na literatura jurídica. Não obstante, há estudos que apontam o fato de a intensidade da supervisão judicial estar condicionada à percepção do tribunal sobre a qualidade dos procedimentos da agência e seus resultados (GUO, 2019; KOVACIC, 2015).

Na visão de Kovacic (2015, p. 254), para uma agência obter deferência dos tribunais, deve construir uma imagem positiva, pautada em padrões de trabalho exigentes, além de cultivar um histórico de bons resultados. Segundo ele, “uma agência com boa reputação entra no tribunal com uma auréola e desfruta do benefício da dúvida antes de dizer uma palavra. Uma agência com má reputação está dois gols atrás antes do início da partida”¹⁴⁶.

Esse entendimento tem por base a hipótese de que um tribunal filtra sua avaliação da legalidade de determinado ato regulatório por meio de seus sentimentos subjetivos sobre a reputação da agência emissora. Guo (2019, p. 382-83), mediante uma abordagem empírica, confirma a hipótese e constata que as agências possuem diferentes reputações perante os tribunais e estas afetam os resultados das decisões judiciais sobre suas ações.

Ao asserir que agências com boa reputação se saem melhor perante os tribunais do que as com reputação fraca, Guo (2019, p.380-81) cita que a *Securities and Exchange Commission* (SEC) tem a reputação de ser uma "agência profissional bem equipada", o que predispõe os tribunais a concederem maior deferência em decisões relacionadas à ação da agência, ao passo

¹⁴⁶ Tradução livre do original: “An agency with a good reputation enters the courtroom with a halo and enjoys the benefit of the doubt before it speaks a word. An agency with a poor reputation is two goals behind before the match begins”.

que agências como o *National Labor Relations Board (NLRB)* recebem menos deferência, em parte porque "sua reputação a torna suspeita em alguns setores"¹⁴⁷¹⁴⁸.

O Justice Breyer tem posições nesse sentido. Em um caso recente envolvendo a *Federal Trade Commission (FTC)*, declarou que a *SCOTUS* “tem confiança em certas agências e em outras não”¹⁴⁹ (GUO, 2019, p. 380). Em outra oportunidade (*County of Maui v. Hawaii Wildlife Fund* [2020]), Breyer expressou confiança na capacidade da *Environmental Protection Agency (EPA)* de interpretar as autorizações constantes na Lei da Água Limpa (*Clean Water Act* — CWA), pois “por mais de 30 anos não há nenhuma evidência de inadministrabilidade ou uma expansão incontrollável no escopo do estatuto”¹⁵⁰ por parte da agência (590 U.S. 15-8)¹⁵¹.

No Brasil, não é possível identificar dados consistentes que comprovam a relação entre a reputação das agências e a amplitude do controle judicial. Há evidências, entretanto, que “as agências consideradas mais transparentes são as que mais sofrem com a judicialização de suas decisões”, embora não seja possível afirmar que “o nível de transparência conduz a uma maior judicialização ou maior probabilidade de revisão” (AZEVEDO; FERRAZ JUNIOR; MARANHÃO, 2011, p. 138).

Não obstante, com base nessas conclusões, é possível afirmar que a averiguação do histórico de atuação da agência — que conforma sua reputação — pode representar um parâmetro adequado para a definição da amplitude do controle judicial no Brasil, em um enfoque que conjuga os dois passos de *Chevron* com uma análise preliminar (*step zero*) similar

¹⁴⁷ Trecho extraído do original (tradução livre): “*The Securities and Exchange Commission (SEC) holds a reputation as a well-staffed professional agency which predisposes courts to grant it greater deference in decisions related to agency action. Elizabeth Garrett has posited that agencies such as the NLRB receive less deference in part because its reputation makes it suspect in some quarters*”.

¹⁴⁸ Segundo a autora, a *Federal Election Commission* e o *Immigration and Naturalization Service*, são exemplos, de agências que recebem menos deferência perante os tribunais por causa de suas “reputações problemáticas”.

¹⁴⁹ Trecho extraído do original (tradução livre): “*You can’t really understand these decisions very well unless you understand that the court just has confidence in certain agencies and it doesn’t have confidence in certain others and we’re not going to say which is which*”.

¹⁵⁰ Trecho extraído do original (tradução livre): “*But EPA has applied the permitting provision to some (but not to all) discharges through groundwater for over 30 years. In that time we have seen no evidence of unmanageable expansion. EPA and the States also have tools to mitigate those harms, should they arise, by (for example) developing general permits for recurring situations or by issuing permits based on best practices where appropriate*”.

¹⁵¹ A opinião da maioria do Tribunal não foi favorável à interpretação dada pela *EPA* ao estatuto em questão. Breyer — que escreveu pela maioria — afastou a incidência de *Chevron*, mas ressaltou que o Tribunal sempre é atento “aos pontos de vista de uma agência à luz da sua experiência em uma determinada área, seu conhecimento adquirido por meio de experiência prática e sua familiaridade com as demandas interpretativas da necessidade administrativa. Ver *United States v. Mead Corp.*, 533 U. S. 218, 234–235 (2001); *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U. S. 134, 139–140 (1944)”. Não obstante, no caso específico, seguir a leitura da *EPA* “abriria uma brecha, permitindo a fácil evasão dos objetivos básicos da disposição legal” (590 U.S. 12).

à *Skidmore Deference* (vide subitem 2.2.3.1), em que o poder de persuasão da agência é medida de acordo com o rigor do tratamento do tema, a razoabilidade do raciocínio e a coerência com o histórico decisório da agência, o que se aproxima da conceito de reputação organizacional acima estudado.

Um bom parâmetro de análise acerca da governança das agências são acórdãos proferidos pelo Tribunal de Contas da União (TCU), frutos de auditorias realizadas pelo órgão fiscalizador. Os resultados dessas auditorias são relatados por Silveira (2017, p. 138) que, dentre outras falhas, aponta:

Ausência ou má fiscalização dos contratos; procedimentos internos morosos e ineficientes; não aplicação de sanções e baixo percentual de recebimento das multas aplicadas; obscuridade na tomada de decisões por falta de transparência e de fundamentação técnica robusta; e não enfrentamento das questões setoriais relevantes ao interesse público [...] forte contingenciamento de recursos, inclusive de arrecadação própria; necessidade de extensão no período de quarentena dos dirigentes; excessiva demora na indicação e nomeação desses; [...] falha nos mecanismos dotados para a divulgação das ações e decisões finalísticas e nas destinadas a dar transparência o processo decisório das agências; baixa participação e controle social; ausência de processos de gerenciamento de riscos formalmente institucionalizados; e não institucionalização da Análise de Impacto Regulatório (AIR) como ferramenta de melhoria da qualidade¹⁵².

Sabença (2019)¹⁵³ chama atenção, inclusive, para a existência de uma espécie de *ranking* de governança na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), que pode servir também de balizador à atuação do Judiciário em relação às agências ali dispostas¹⁵⁴. De qualquer forma, as disfuncionalidades no contexto regulatório brasileiro não parecem consistir em impedimento para aplicação dos parâmetros previstos em *Chevron*, contanto que haja atenção especial às especificidades setoriais e à reputação da agência sob escrutínio.

Aragão (2009, p. 353) sustenta posição que se assemelha à esta, pois condiciona a substituição da vontade discricionária da entidade administrativa às circunstâncias do caso concreto — não havendo uma presunção *ante casum* da capacidade institucional da agência, como previsto no teste binário do precedente norte-americano. O autor, ao criticar a posição tradicional sobre a impossibilidade de o Judiciário se imiscuir na apreciação do mérito administrativo, pugna por uma análise contextual, que extraia do “conjunto dos dados

¹⁵² Espera-se que, com a Lei Geral de Agências Reguladoras, essa realidade comece a mudar, principalmente no que tange à institucionalização da AIR.

¹⁵³ O estudo de Sabença foi formulado em prol de uma análise empírica do controle operacional das entidades reguladoras pelo TCU, a fim de verificar padrões de atuação do TCU nas Auditorias Operacionais (ANOp).

¹⁵⁴ Cf. Ac. TCU 240/15-P, depreende-se que, no que se refere às suas governanças, as agências reguladoras podem assim ser ranqueadas: da melhor para a pior: ANEEL (1º), ANAC (2º), ANATEL (3º), ANP (4º), ANTAQ (5º) e ANTT (6º).

normativos e fáticos disponíveis” se existe apenas uma ou mais soluções legítimas a serem tomadas. No caso de existir apenas uma solução razoável, não oferecida pela agência reguladora, o Judiciário poderá suprir (em caso de omissão) ou substituir (no caso de anulação) o exercício da atividade discricionária da Administração Pública.

Tal posição deve ser complementada pela de Silveira (2017, p. 134), ao entender que os atos das agências compatíveis com os mandamentos constitucionais e legais, caso razoáveis ou admissíveis, devem ser mantidos pelo Poder Judiciário, pois “muitas vezes é fruto de conhecimento altamente especializado, de pessoas experientes na área, *ainda que ele (juiz) entenda que não se trata da melhor interpretação*” (grifos do original)¹⁵⁵.

Entretanto, os esforços doutrinários para fixar parâmetros de controle judicial da atuação regulatória não ressoam na jurisprudência dos tribunais brasileiros. Apesar da atuação majoritária de contenção¹⁵⁶, ainda não é possível identificar um padrão decisório como o encontrado em *Chevron* (GUERRA, 2005, p. 329). Desse modo, é comum que questões semelhantes sejam decididas de maneira distintas em diferentes instâncias e tribunais (JORDÃO; CABRAL, 2018, p. 543). Em geral,

o judiciário se pronuncia em primeira instância de modo mais restritivo às agências regulatórias do que o faz em suas decisões finais”, fato este que demonstra que “não há benefícios relevantes do estado de incerteza a que empresas, concorrentes e a própria autoridade regulatória são submetidos (AZEVEDO; FERRAZ JUNIOR; MARANHÃO, 2011, p. 147-8).

No próximo tópico, serão analisadas decisões judiciais que citam a doutrina da deferência, por vezes com menção a *Chevron*, como parâmetro para o julgamento das valorações realizadas pelas agências. A intenção é comprovar a hipótese de que há uma autocontenção irrefletida por parte do Poder Judiciário, sustentada, principalmente, na análise comparativa entre este Poder e as agências reguladoras, orientada pela definição das capacidades institucionais, tal qual concebida pela doutrina de Sunstein e Vermeule.

¹⁵⁵ No mesmo sentido, Barroso (2015, p. 299) defende que, mesmo diante do atual estágio do constitucionalismo, especialmente no que concerne à superação do princípio da insindicalidade do mérito administrativo, em relação às agências, a posição do Judiciário deve ser de “relativa auto-contenção”, devendo somente invalidar as decisões das entidades regulatórias quando eivadas de inconstitucionalidade ou de ilegalidade e, no caso de decisões informadas por critérios puramente técnicos, “deverá agir com parcimônia, sob pena de cair no domínio da incerteza e do subjetivismo”.

¹⁵⁶ Azevedo, Ferraz Junior e Maranhão (2011, p. 147), em estudo encomendado pelo CNJ, analisaram cerca de 1.400 ações judiciais, concluindo que em mais de 80% dos casos a decisão de mérito foi favorável às agências.

3.3 Precedentes selecionados: argumentos em ação

O caso *Chevron U.S.A., Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, não raro, é citado em decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) para conferir deferência às opções das agências. Isso não significa que os contornos atuais dados ao precedente pela *SCOTUS* são levados em consideração pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro. De maneira geral, o STF utiliza a doutrina *Chevron* para dar base a argumentos ligados à (in)capacidade institucional do Poder Judiciário para decidir controvérsias que envolvam escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica.

Com relação às análises que envolvem a capacidade institucional, é comum recorrer à doutrina desenvolvida por Sunstein e Vermeule sem, contudo, contextualizá-la adequadamente. Em geral, a operacionalização desta fórmula se encerra em mera referência nominal à teoria, sem o comprometimento com a construção racional e metódica do argumento (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 42). Arguelhes e Leal (2011, p. 45) entendem que a devida formulação da teoria passa pela “coleta e processamento consistente dos dados demandados e, posteriormente, de valoração das alternativas de decisão a partir daquele conjunto”, e a falta de referência à capacidade institucional “pode levar à sustentação de teses banais, redundantes ou mesmo absurdas”.

No âmbito do STF, em casos de competência originária, a adequação do argumento das capacidades institucionais ao caso concreto se dificulta em razão da impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório da demanda, óbice firmado pela Súmula 279¹⁵⁷(BRASIL, 2015, *online*), o que torna a Corte dependente da análise prévia realizada na cadeia processual. Por isso, nestes casos, serão estudadas, antes de cada decisão da Corte sobre a questão regulatória, as respectivas decisões que lhes deram origem.

Em qualquer caso (competência originária ou não), serão examinadas as manifestações jurisprudenciais que citam expressamente a teoria das capacidades institucionais e/ou a doutrina *Chevron*; ou que delas se inferiram os referidos argumentos.

¹⁵⁷ Que dispõe: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” (BRASIL, 2015, *online*).

3.3.1. Superior Tribunal de Justiça (STJ): Recurso Especial n. 1.803.137 – Rio de Janeiro

Trata-se de caso envolvendo uma empresa de telecomunicação que pretendia a declaração de nulidade de multa imposta pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), em virtude da prática anticompetitiva reiterada consistente na violação do direito dos usuários em efetuar o cancelamento do serviço e interceptar as chamadas, comunicando os novos códigos de acesso do usuário e impedindo estes de usufruírem de liberdade de decisão sobre a contratação de operadora de telefonia (BRASIL, 2019c, p. 1-4).

O juízo de primeiro grau anulou a decisão administrativa exarada no Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) da ANATEL, com base no fundamento de falta de razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da multa. Na visão do órgão julgador, a agência não demonstrou, devidamente, a adequação entre os parâmetros escolhidos para interpretar e aplicar a norma legal à luz do caso concreto e os fins colimados por ela (BRASIL, 2019c, p. 1-4).

Em reexame necessário, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, dentre outras providências, restabeleceu a decisão administrativa quanto à multa, pois considerou que a forma de cálculo se deu de acordo com os termos legais e com a discriminação, pormenorizada, de todos os seus elementos de cálculo, denotando razoabilidade na sua aplicação — ao contrário do que “argumentou a autora na exordial ou entendeu o MM. Juiz *a quo*” (BRASIL, 2019c, p. 1-4).

O caso chegou à segunda turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que manteve a decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e, por conseguinte, a multa aplicada à empresa de telecomunicação. Uma das questões tratadas no acórdão foi a legitimidade da Resolução n. 344 de 2003 da ANATEL, que aprovou o Regulamento de Aplicações de Sanções Administrativas. A discussão posta em julgamento incidiu sobre os limites do poder normativo da agência que envolviam aspectos relativos à aplicação de sanções administrativas.

A operadora de telefonia asseriu que a Resolução extrapola os limites da Lei n. 9.472 de 1997 (BRASIL, 1997b), já que a definição de “infrações, gradações das gravidades das condutas, regras de dosimetria de penas e todos os demais aspectos relativos à aplicação de sanções administrativas pela ANATEL [é] campo constitucionalmente reservado a lei (e não ao Regulamento)” (BRASIL, 2019c, p. 9).

O voto do Ministro Herman Benjamin, acompanhado pelos demais membros da turma, quanto a esse aspecto, passou pelo argumento das capacidades institucionais. Para ele, relator do acórdão, “a autocontenção e a autolimitação da capacidade institucional pelo próprio Judiciário, em deferência às capacidades institucionais das agências reguladoras, representa observância legítima ao princípio da separação dos Poderes da República” (BRASIL, 2019c, p. 18).

A tese central compreendeu que o ato regulatório, passado pelo crivo do devido processo legal administrativo¹⁵⁸, presume-se adequado — e, por isso, não sindicável pelo Judiciário —, pois oriundo de uma escolha criteriosamente analisada pelas equipes técnicas especializadas que compõem determinada agência reguladora (BRASIL, 2019c, p. 16-22). Tal conclusão pode ser inferida do seguinte excerto extraído da decisão:

Deve-se atentar, que o intervencionismo judicial não pode ultrapassar o conhecimento técnico evidenciado nos devidos processos administrativos que, amparados pelos substratos fáticos específicos, detêm alta cognição técnica da qual os magistrados, apesar do vasto conhecimento da área jurídica, nem sempre são dotados de conhecimentos especializados que o especialista em regulação de telecomunicações detém (BRASIL, 2019c, p. 20).

Sob essa ótica, como em geral ocorre com as alegações que se valem da teoria das capacidades institucionais, a deferência é justificada com fulcro na comparação idealizada das virtudes dos juízes e dos reguladores, sem considerar os elementos empíricos ínsitos à teoria. Em outras palavras — e sem entrar no mérito da validade dessa estrutura argumentativa —, há, no caso em comento, uma aplicação diversa daquela proposta pela teoria de Sunstein e Vermeule, pois não se considera as peculiaridades institucionais, *in concretum*, da ANATEL.

Embora Sunstein e Vermeule entendam que as agências, *prima facie*, sejam melhores intérpretes em relação às questões técnicas de sua competência do que os tribunais (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 925-932)¹⁵⁹, utilizar-se apenas do desenho institucional de determinada entidade para concluir que ela reúne as qualidades necessárias para solver determinado problema é uma formulação que não pode ser enquadrada na categoria de capacidade institucional nos termos deste estudo (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 38).

¹⁵⁸ Registre-se que a Resolução n. 344/2003, antes da aprovação do Regulamento de Aplicações de Sanções Administrativas, foi submetida à Consulta Pública n. 277, de 10/01/2001 (DOU de 12/01/2001), e aprovada pelo Conselho Diretor da ANATEL, como consta do artigo 1º do aludido ato regulamentador. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/18-2003/418-resolucao-344>. Acesso em: 12 fev. 2021.

¹⁵⁹ Sobre o tema, Sunstein e Vermeule (2003, p. 927) defendem que, caso a doutrina *Chevron* seja seguida, a interpretação das agências serão, em regra, impositivas, o que significa estabilidade interpretativa das normas regulatórias em todo país, pois, assim, não estarão sujeitas às variações de entendimentos dos órgãos jurisdicionais federais.

A título de exemplo, Sunstein e Vermeule citam os males que podem recair sobre as agências reguladoras, a exemplo da politização de suas instâncias técnicas, da captura por entidades privadas, entre outras contingências contextuais e empíricas, que devem ser consideradas para a aplicação correta da teoria (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 930).

3.3.2 Supremo Tribunal Federal (STF): Análise prévia da decisão do Tribunal Regional da 1ª Região na Apelação/Reexame Necessário n. 2005.34.00.012752-0 —Distrito Federal

O julgamento trata, na origem, de ação ordinária ajuizada em face do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)¹⁶⁰, que objetivou anular decisão em processo administrativo na qual se imputou às agravantes multa, além de outras obrigações administrativas, pela prática de formação de cartel, criação de barreiras à entrada de outras empresas no mercado de distribuição de combustíveis no Distrito Federal, bem como à formação ilegal de conduta entre concorrentes (BRASIL, 2012, p. 1-3).

O juízo de primeiro grau julgou procedente os pedidos e anulou a decisão do CADE; entendeu que “a conduta imputada às agravantes consubstanciaria mero ‘lobby’, prática inapta a configurar infração à ordem econômica”. A decisão se baseou em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (REsp. 677585 - RS), que admite a possibilidade de intervenção judicial, por força do princípio da inafastabilidade, mesmo diante da atuação paralela de entidades administrativas reguladoras, a exemplo do CADE (BRASIL, 2012, p. 5).

À vista disso, o CADE interpôs apelação perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que deu provimento ao recurso, restabelecendo a decisão administrativa, com o fundamento de que não cabe ao Judiciário adentrar no mérito administrativo. Na ocasião, a sexta turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região considerou que, no caso concreto, a sentença negou “o juízo de valor que o legislador incumbiu a um órgão de composição plural e de conhecimentos técnicos sobre a matéria”, o que não ocorreria caso o *judicial review* incidisse

¹⁶⁰ O CADE é uma autarquia de regime especial investida na regulação econômica, embora não seja considerada uma agência reguladora da concorrência. O CADE é “entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional” (Cf. Lei 12.259/2011, art. 4º), constituindo-se em autoridade de defesa da concorrência que age de modo transversal à regulação setorial (FORGIONI, 2013, p. 128).

sobre os requisitos de formação da decisão administrativa (competência, finalidade, forma, objeto, motivação)¹⁶¹(BRASIL, 2012, p. 4).

O Tribunal considerou, ainda, que mesmo havendo a invocação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade como fundamento de análise dos motivos determinantes, a decisão não se revelaria possível, pois o legislador privativamente atribuiu ao CADE a tarefa de regular e fiscalizar a atividade econômica (BRASIL, 2012, p. 4).

Isto é, a solução dada pelo Tribunal, no sentido de que a entidade administrativa teria maior capacidade institucional que o Judiciário para decidir sobre a questão regulatória, repousou, exclusivamente, sobre o desenho normativo do CADE. Os aspectos subjetivos da capacidade institucional, que são relacionados à imagem (*rectius*: reputação) perante outros atores institucionais e cidadãos, não foram mensurados pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região na fundamentação da decisão.

A lógica deste acórdão se assemelha a de *Chevron*, visto que se concluiu que a decisão do CADE decorreu de uma interpretação permissível da lei, sendo defeso, nesta circunstância, a substituição de um juízo valorativo (regulatório) por outro (judicial). Ou seja, entendeu-se que, objetivamente, a entidade reguladora em questão conservava vantagens institucionais comparativas para interpretar e implementar a lei antitruste.

Quanto à possibilidade de revisão judicial em casos de vício na formação do ato regulatório, o acórdão também se aproximou daquilo que em *Chevron* se estabeleceu. Em *United States versus Mead Corporation*, a *SCOTUS* constatou esse padrão decisório ao asseverar que “o número esmagador de nossos casos que aplicam a deferência *Chevron* analisou os frutos da elaboração de avisos e comentários ou do julgamento formal”¹⁶² (533 U. S. 230-1).

Frise-se que em nenhuma passagem do julgamento o Tribunal observou aspectos da dimensão contextual (*rectius*: substantiva) acerca da atuação regulatória, transparecendo a

¹⁶¹ Essa conclusão consta também do item 4 da Ementa, *in verbis*: “Por força do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, é de ver-se que também ambas as turmas da 3ª Seção convergem para o entendimento da impossibilidade da revisão judicial das decisões do CADE, salvo nos requisitos de sua formação. (AC 200134000253660, Laranjeira, 5ª T., e-DJF1 30/7/10, p. 101; (AC 200134000258588, Meguerian, 6ª T., e-DJF1 7/3/12, p. 310)”.

¹⁶² Tradução livre do original: “Thus, the overwhelming number of our cases applying *Chevron* deference have reviewed the fruits of notice-and-comment rulemaking or formal adjudication”.

noção de que há uma única medida de deferência, invariável, diante da realidade institucional de cada entidade reguladora.

3.3.3 *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.083.955 — Distrito Federal*

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao decidir pela manutenção da decisão prolatada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, reafirmou o entendimento da Corte de que o controle jurisdicional deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos, fundamentando o dever de deferência na (i) incapacidade institucional do Judiciário para decidir sobre questões regulatórias, “que envolvem questões policêntricas e prognósticos de natureza técnica” e (ii) na possibilidade da ocorrência de efeitos sistêmicos indesejáveis, em virtude da falta de *expertise* em relação à dinâmica regulatória (BRASIL, 2019d, p. 10-1).

No julgamento, a Corte distinguiu a atividade regulatória desempenhada por agências reguladoras da atividade judicial típica. Em sua ótica, com apoio nas lições de Richard Posner (2011, p. 13)¹⁶³, as distinções incidem, principalmente, sobre três dimensões: (i) a atividade regulatória opera por meios e controles preventivos, ao passo que os processos judiciais são dissuasivos; (ii) a regulação se vale da aplicação de regras, enquanto sobre os litígios judiciais incidem princípios e normas gerais¹⁶⁴; e (iii) a regulação é feita, idealmente, por especialistas, já o litígio judicial é dominado por generalistas¹⁶⁵.

Cumprir notar que a Corte não revelou as objeções feitas por aquele autor a partir de cada uma dessas dimensões. Nesse sentido, Richard Posner (2011, p. 20) cita, por exemplo, que uma

¹⁶³ Posner, nesse estudo, faz uma análise sob o ponto econômico normativo. Partindo do pressuposto que o objetivo da regulação, seja por tribunais, seja por agências, é resolver problemas econômicos que o mercado, por si só, não é capaz de resolver, a investigação se centra em questionar “se o controle público se justifica, porque os custos podem ultrapassar os benefícios da internalização das externalidades, ou porque uma forma intermediária de regulação entre as forças puras de mercado e o controle público pode ser superior a ambos” (POSNER, 2011, p. 3-12).

¹⁶⁴ Com relação às duas primeiras dimensões, há que se atentar para a ressalva de Posner (2011, p. 12) de que, muitas vezes, há uma sobreposição entre essas duas atividades. Há casos em que as agências reguladoras atuam *ex post*, como é o caso dos julgamentos administrativos ocorridos após uma violação estatutária; as agências também, comumente, são orientadas por princípios e normas gerais.

¹⁶⁵ Posner (2011, p. 13), na verdade, distingue essas atividades em quatro dimensões, conforme se extrai do seguinte trecho de seu estudo: “(a) *regulation tends to use ex ante (preventive) means of control, litigation ex post (deterrent) means; (b) regulation tends to use rules, litigation standards; (c) regulation tends to use experts (or at least supposed experts) to design and implement rules, whereas litigation is dominated by generalists (judges, juries, trial lawyers), though experts provide input as witnesses; and (d) regulation tends to use public enforcement mechanisms. Litigation more commonly uses private enforcement mechanisms—private civil lawsuits, handled by private lawyers although the decision resolving the litigation is made by a judge (with or without a jury), who is a public official (the jurors are ad hoc public officials)*”.

das vantagens comparativas dos Tribunais em relação às agências é que eles podem “trazer à mesa” novas perspectivas, que os reguladores, presos à sua expertise e à automatização das suas ações (visão túnel), podem ignorar. Aliás, um dos papéis fundamentais do Judiciário no esquema regulatório é protegê-lo contra suas próprias patologias (SUNSTEIN, 1990, p. 2073).

Além disso, ao analisar os prós e contras das atividades regulatória e judicial, Posner (2011, p. 15) admite que uma das vantagens do controle judicial é de que “há mais informações, incluindo informações atualizadas e específicas do caso, que são selecionadas e ponderadas com mais cuidado porque são apresentadas em um processo contestado”¹⁶⁶. Ou seja, a partir dos mesmos pressupostos, a solução poderia ter sido dada de forma contrária.

Essa ausência de construção metódica do raciocínio indica que a maior capacidade institucional da entidade reguladora é medida no plano abstrato (*ante casum*). Por isso, apesar de não citar a doutrina *Chevron*, é possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal (STF) se valeu da sua conclusão mais geral, qual seja: as agências estão em posição mais vantajosa do que os tribunais para aplicar e implementar o estatuto sob sua competência.

Essa linha de argumentação, nos termos da decisão, é sustentada com base nas lições de Sunstein, em artigo que analisa os efeitos da decisão sobre a administração de estatutos complexos pelas agências (*Law and Administration after Chevron*, 1990). Para tanto, o Ministro Luiz Fux, relator do processo, valeu-se do seguinte excerto extraído do artigo em referência:

A regulação muitas vezes atrai dificuldades em razão dos complexos efeitos sistêmicos dos controles regulatórios. As normas podem interagir de maneira surpreendente com o mercado, com outras normas ou com outros problemas. Consequências imprevistas são comuns. Por exemplo, a regulamentação de novos riscos pode exacerbar riscos antigos (...). As agências estão muito melhor situadas do que os tribunais para entender e combater esses efeitos (SUNSTEIN, 1990, 2090)¹⁶⁷.

No contexto do presente julgado, a questão central é de cunho consequencialista, porque se centra na presunção de que o CADE é a instituição que detém as ferramentas institucionais mais adequadas para promover o melhor estado de coisas ou controlar eventuais efeitos dinâmicos nocivos ao mercado. A crítica que se faz a esse tipo de formulação é que ele não

¹⁶⁶ Tradução livre do original: “There is more information, including up-to-date and case-specific information, and it is screened and weighed more carefully because it is presented in a contested proceeding”.

¹⁶⁷ Tradução livre do original: “regulation often runs into difficulty because of the complex systemic effects of regulatory controls. Statutes interact in surprising ways with markets, other statutes, and other problems. Unanticipated consequences are common. For example, regulation of new risks may exacerbate old risks (...) Agencies are far better situated than courts to understand and counter these effects”.

reflete devidamente o argumento de capacidade institucional nos termos descritos por Sunstein e Vermeule.

A ideia de capacidade institucional se refere à prática institucional; e não, como já mencionado, a tipos ideais de administrador e juiz. Quanto ao argumento expendido na decisão Arguelles e Leal (2011, p. 38) assim aduzem: “fica-se a impressão de que a teoria escolhida é simplesmente a teoria *ideal*: idealmente, questões que exigem expertise técnica são mais bem resolvidas por pessoas com treinamento técnico, treinamento esse que os juízes (mais uma vez, idealmente) não possuem”.

3.3.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.543 (ADI 5.543) — Distrito Federal

Trata-se de ação de controle concentrado de constitucionalidade, proposta por um partido político com representação no Congresso Nacional, que visa a declaração da inconstitucionalidade do artigo 64, inciso IV, da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde, e o artigo 25, inciso XXX, alínea “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) n. 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Tais disposições falam da inaptidão temporária de indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo a realizarem doação sanguínea nos doze meses subsequentes a tal prática (BRASIL, 2020, p. 2-3). Conforme trazido no Acórdão, os textos dispõem, em sua literalidade:

PORTARIA 158/2016, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE

Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo: (...)

IV – homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes;

RESOLUÇÃO 34/2014, DA ANVISA

Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos: (...)

XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se: [...]

d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes.

O plenário virtual da Corte, por maioria de votos¹⁶⁸, julgou procedente o pedido formulado na ação e declarou inconstitucionais os dispositivos impugnados, sob o argumento de que “o estabelecimento de grupos — e não de condutas — de risco incorre em discriminação e viola a dignidade humana e o direito à igualdade” (BRASIL, 2020, p. 2).

A seguir, serão investigados os fundamentos centrais (*rectius: ratio decidendi*) que compuseram tanto a tese vencedora quanto a vencida. Para tanto, optou-se por selecionar um voto representativo de cada uma das vertentes — sem exclusão de trechos de outros votos que podem ser trazidos para ampliar a análise.

3.3.4.1 Voto (vencido) do Ministro Alexandre de Moraes

O voto do Ministro Alexandre de Moraes talvez tenha sido o mais denso dentre os votos vencidos. Em seu relatório, trouxe posicionamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e do Ministério da Saúde negando qualquer conteúdo discriminatório nas normas impugnadas, mas também informando que todas as situações restritivas, implementadas no sentido de proteger o receptor do sangue doado, estão “calcadas nas melhores literaturas, dados epistemológicos, normativos e experiências nacionais e internacionais acerca do tema, o que demonstra a devida razoabilidade da medida” (BRASIL, 2020, p. 115).

No voto, o Ministro defende que os critérios regulatórios impugnados não se tratam de atos arbitrários, discriminatórios e direcionados a um grupo específico de pessoas, “mas sim um conjunto de medidas baseadas no trinômio que rege a *Política Nacional de Coleta e Transfusão de Sangue no Brasil*”¹⁶⁹, quais sejam: “proteção à saúde do doador, proteção à saúde do receptor e requisitos essenciais para eventual responsabilização da equipe médica responsável” (BRASIL, 2020, p. 122).

A linha de argumentação do voto se sustenta em dados técnicos e científicos, nacionais e estrangeiros, que demonstram: (i) crescimento da detecção do vírus da AIDS em homens e uma diminuição em mulheres, nos últimos dez anos; (ii) maior risco de contaminação pelo vírus nas

¹⁶⁸ Vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que julgaram improcedente o pedido.

¹⁶⁹ A partir do § 4º, do artigo 199, da Constituição Federal, da Lei 10.205, de 21 de março de 2001 (BRASIL, 2001b), e do Decreto 3.990, de 30 de outubro de 2001 (BRASIL, 2001a), que não constam como objeto de impugnação na ADI.

relações anais (passiva e ativa); e (iii) quatrocentos e cinquenta vezes mais chances de detecção do HIV em doadores homens que fazem sexo com homens (HSHs)¹⁷⁰ (BRASIL, 2020, p. 124).

Diante desses dados, Moraes (BRASIL, 2020, p. 125) conclui que as regulamentações sob julgamento:

(...) não pretendem discriminar a orientação sexual de HSHs, mas sim, a partir de critérios absolutamente técnicos, evitar maiores riscos de contaminação aos receptores do sangue doado que também têm efetivo direito à proteção e à sua dignidade humana, pois as estatísticas produzidas a partir da ciência médica comprovam, conforme detalhado acima, ser *condutas de risco* com maior risco de transmissão do vírus HIV a relação HSHs (homens que fazem sexo com homens), independentemente de suas orientações sexuais, tanto que inexistente qualquer restrição aos homossexuais do sexo feminino.

Mesmo entendendo sobre as previsões regulatórias impugnadas não serem discriminatórias, Moraes (BRASIL, 2020, p. 126) propõe, buscando dar efetividade ao trinômio da Política de Coleta de Coleta e Transfusão de Sangue no Brasil (artigos 3º, I; 14, VI, VII e 16, IV da Lei n. 10.205 de 2001 e artigo 2º, incisos VI, VII e VIII, do Decreto n. 39.090 de 2001), principalmente no que concerne ao direito do doador HSHs em doar sangue e do receptor em recebê-lo na melhor qualidade possível, que o doador HSHs exerça seu direito de doar, sem qualquer restrição, sendo que o material será disponibilizado para doação apenas depois da submissão ao teste sorológico que, por sua vez, será realizado “após o período de ‘janela sorológica’ definido como necessário pelos órgãos competentes, no sentido de afastar qualquer possibilidade de eventual contaminação”¹⁷¹.

A solução dada por Moraes alia o respeito à expertise técnica das entidades regulatórias com o reconhecimento do compromisso do Poder Judiciário em efetivar os direitos fundamentais, consubstanciados, no caso concreto, no direito do HSHs em exercer sua

¹⁷⁰ Moraes destaca pesquisa publicada em 2015 por um grupo pertencente à Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de São Paulo, a partir da análise do Hemocentro de Ribeirão Preto/SP que conclui: “15,4% dos HSHs que doaram sangue possuíam o vírus HIV (somente 45,8% deles tinham essa ciência); enquanto, nos demais doadores de sangue, o índice é inferior a 0,03%” (STF, 2020, p. 125).

¹⁷¹ Para tanto, o Ministro (STF, 2020, p. 127-8) julgou parcialmente procedente a ADI para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV, do artigo 64, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde; e, mediante interpretação conforme à Constituição, com redução de texto, “no tocante à alínea ‘d’ do inciso XXX do artigo 25 da Resolução da Diretoria Colegiada 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, excluir a seguinte expressão: ‘e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco’, prevalecendo o entendimento de que o material coletado será devidamente identificado e somente será submetido aos necessários testes sorológicos após o período de ‘janela sorológica’ definido como necessário pelos órgãos competentes”.

liberdade e autonomia (artigo 5º, *caput*, CRFB/88) e em expressar alteridade e solidariedade para com seu próximo.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o itinerário lógico da decisão aponta para uma abordagem que se aproxima de *Chevron*. Inicialmente, o voto reconheceu que as regras impugnadas consistem no legítimo exercício do poder regulatório, tanto da ANVISA, quanto do Ministério da Saúde, porquanto decorrentes de delegação legislativa tendente a implementar a Política Nacional de Coleta e Transfusão de Sangue no Brasil (primeiro passo). Depois, concluiu que os atos normativos regulatórios não eram arbitrários, visto que baseados “em estudos técnico-científicos, inclusive de direito comparado” (segundo passo) (BRASIL, 2020, p. 126).

Ainda que a resolução engendrada por Moraes não tenha mantido a literalidade das disposições normativas, respeitou o seu espírito técnico, acomodando-as ao texto constitucional, sem, contudo, retirar o espaço de conformação que foi conferido ao regulador para tratar da matéria técnica sob sua responsabilidade.

Nesse sentido, parece adequada a decisão do Ministro, inclusive, sob o prisma das capacidades institucionais, porque preservou o significado aparente dos textos — embora os tenha modificado com o fim de preservar sua constitucionalidade —, com base em uma avaliação prospectiva das consequências.

Importante frisar que, conquanto Sunstein e Vermeule tenham sugerido aos juízes uma abordagem textualista em relação aos estatutos regulatórios, a avaliação sobre qual a postura que o Judiciário deve adotar diante do caso concreto não é simples de responder e não reclama uma recomendação única e irrefutável¹⁷². A apreciação da falibilidade judicial e dos efeitos dinâmicos da decisão, como ocorreu em relação ao voto sob apreciação, é um bom indicador de que a questão interpretativa foi tomada em termos institucionais¹⁷³ (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 919 e 949).

¹⁷² Nesse sentido, os autores (2003, p. 919) afirmam: “*If we evaluate interpretive issues in institutional terms, we will not necessarily adopt any particular approach to interpretation*”.

¹⁷³ O Ministro Marco Aurélio, por exemplo, valeu-se de argumentos ligados à colisão entre princípios, sem considerar, expressamente, as capacidades institucionais das instituições envolvidas.

3.3.4.2 Voto (vencedor) do Ministro Edson Fachin, relator do processo

O Ministro Edson Fachin, relator do processo e do voto que contou com a adesão da maioria, em seu proêmio, faz uma análise acerca das agruras que a população LGBTQIA+ vive no Brasil para concluir que os atos normativos impugnados são discriminatórios, porquanto consistem em manifestação “consequencialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades, como a AIDS” (BRASIL, 2020, p. 18-20).

O voto se baseia na chamada ética da alteridade, que consiste, grosso modo, em construir respostas para as questões jurídicas que envolvam direitos fundamentais à luz da necessidade do outro (BRASIL, 2020, p. 21). Nesse sentido, Fachin (BRASIL, 2020, p. 24) afirma:

A responsabilidade com o Outro no caso em tela nos convida, portanto, a realizar uma desconstrução do Direito posto para tornar a Justiça possível. Incutir, na interpretação do Direito, o compromisso com um tratamento igual e digno a essas pessoas que desejam exercer a alteridade e doar sangue. Somos *responsáveis* pela resposta que apresentamos a esse apelo.

Fachin levanta questões que se conectam ao papel contemporâneo dos Tribunais (analisadas no subitem 2.1.2), especialmente quanto à necessidade de o Judiciário interferir, quando instado para tal, no jogo político, para fazer valer os objetivos e direitos previstos na Constituição e não observados no plano prático, como é o caso da violação de direitos pertencentes a uma minoria.

Sem entrar no juízo acerca da correção desta decisão, é importante assinalar que o Ministro não verteu considerações sobre a capacidade institucional das instituições reguladoras implicadas no processo, tampouco citou o dever de deferência dos tribunais para com as decisões regulatórias — até mesmo para indicar a excepcionalidade da medida tomada. Por outro lado, o Ministro Luiz Fux, ao acompanhar o voto do relator, fez menção expressa a esses dois pontos, asseverando que reconhecia a falta de capacidade institucional do Judiciário para definir o prazo da janela imunológica e que, conquanto haja o dever de deferência do Judiciário, o tema deveria ser analisado “à luz do ideário da nação, que é a Constituição Federal” (BRASIL, 2020, p. 87).

No geral, os Ministros concordaram a respeito da incompatibilidade dos atos com a Constituição apenas no que tange ao estabelecimento de grupos, já que o critério deveria incidir

sobre condutas de risco. De maneira especial, o Ministro Gilmar Mendes, mediante análise do direito comparado, demonstrou uma postura mais ativista ao questionar o período de doze meses de inabilitação para doação, achando-o demasiadamente dilatado.

O critério definidor da divergência entre as vertentes residuiu na visão esboçada em cada uma delas; uma de caráter ideal e outra de cunho mais pragmático. Essa constatação pode ser inferida das manifestações do Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2020, p. 90), que afirmou: “nós temos que dar uma resposta à sociedade”; e do Ministro Marco Aurélio, que ponderou:

a interferência, em qualquer política pública, deve ser minimalista, pressupondo-se, portanto, que haja sido assentado algo a partir de reflexões, a partir de estatísticas, a partir de dados técnicos. Não podemos nos substituir aos legisladores, e dispondo sobre matéria, muito menos concluir por inconstitucionalidade a partir de visão romântica quanto à necessidade de se combater o preconceito.

O julgamento em referência elucida o quanto ainda há, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), visões distintas acerca da questão regulatória. Não há consenso sobre o método de decisão e as questões institucionais nem sempre são avaliadas. De todos os votos que compuseram a tese vencedora, apenas o do Ministro Fux mencionou a vantagem comparativa das agências reguladoras frente ao Judiciário para valorar os teores técnicos envolvidos na demanda.

CONCLUSÃO

Nesta pesquisa, trabalhou-se com a hipótese de que, a partir de um diálogo com a experiência norte-americana de controle judicial das agências reguladoras, é possível extrair fórmulas para o controle nacional, com as devidas adaptações ao contexto brasileiro. Para alcançar tal objetivo, traçou-se um panorama histórico do desenvolvimento da regulação por agências nesses países, fixando, ademais, as relevantes distinções fáticas e institucionais encontradas em cada uma das realidades.

Por outro lado, em ambos os casos, para exercer seu múnus regulatório, as agências são detentoras das funções normativa, executiva e judicante. Em relação à função normativa, a doutrina diverge acerca da possibilidade da delegificação de algumas matérias. Todavia, parece haver consenso quanto ao raciocínio de que, para alcançar as finalidades institucionais que ensejaram a adoção do modelo de agencificação, deve-se conceder às entidades regulatórias uma ampla autonomia, concernente à tomada de decisões de caráter técnico, sem que para tal, afaste-se dos parâmetros e objetivos fixados pela lei deslegalizadora.

Em relação ao controle judicial das agências, observou-se que o Poder Judiciário norte-americano, depois de mais de um século de debates relativos ao exercício do *judicial review* sobre os *regulatory acts*, encontrou em *Chevron, U.S.A, Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.* (1984) uma fórmula simples e eficaz para o controle destes atos.

Chevron doctrine marcou uma mudança significativa na justificativa para dar deferência às interpretações da lei pelas agências. Antes de *Chevron*, a deferência foi justificada em grande parte por motivos contextuais, a exemplo da solução firmada em *Skidmore Et Al. versus Swift & Co.* (1944); depois de *Chevron*, a deferência tem sido justificada, *ante casum*, mediante a presunção de que o Congresso delega implicitamente autoridade às agências para interpretar/implementar/administrar o estatuto sob sua responsabilidade. Esta talvez tenha sido a inovação mais clara desta doutrina.

No entanto, há duas ideias, apresentadas de maneira mais sutil, que podem ser extraídas do precedente norte-americano. A primeira é a que, com base na teoria democrática, concede às agências a posição de intérprete preferido, em detrimento dos tribunais. A convicção, como visto, é de que os reguladores são mais responsivos às forças políticas que os juízes, que não pertencem a nenhum ramo eleito. A outra, decorre da primeira, mas insere na equação a análise das vantagens institucionais comparativas. A implicação desta nova perspectiva é a de conceber posição mais vantajosa às agências em detrimento dos tribunais, para decidir temas relativos às questões técnicas de sua especialidade.

Todas as ideias apreendidas em *Chevron* convergem com as lições estudadas de Bruce Ackerman, relativas à nova separação de poderes, e de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, quando formulam a sua teoria das capacidades institucionais.

Ackerman supera o sistema rígido de separação de poderes para entendê-lo como um sistema de especialização funcional, no qual as agências reguladoras podem deter legitimidade para executar uma série de atividades, antes pertencentes, com exclusividade, a outra instância do Estado. Sunstein e Vermeule, por sua vez, desenvolvem um estudo pragmático das instituições, no qual propõem, ao final, uma postura minimalista por parte do Poder Judiciário; ressalva que sua proposta, em qualquer caso, depende de confirmações empíricas no âmbito das diversas realidades institucionais.

Diante desse contexto, buscou-se analisar a possibilidade de importação de *Chevron*, bem como das teorias extraídas desta, como parâmetro de atuação para o Judiciário brasileiro. Em um primeiro momento, diante das deficiências ainda presentes na atuação das agências reguladoras brasileiras, assim como diante da importância atuante do Judiciário no sentido de concretizar os comandos constitucionais, a simplicidade de *Chevron* parece *ainda* não ter lugar no entendimento dos Tribunais.

Entretanto, ao olhar para a evolução da doutrina norte-americana, percebe-se que *Chevron* vem ganhando novas leituras, ora para justificar a deferência em motivos pragmáticos, ora para adicionar outras etapas à fórmula tradicional, diminuindo a autoridade das agências. Há contestações, inclusive, sobre a subsistência de *Chevron*, especialmente depois da virada conservadora na Corte, imposta pela nomeação de Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh e Amy

Barrett, por parte ex-presidente Donald Trump¹⁷⁴. Isso sem citar a morte do maior defensor de *Chevron* na *SCOTUS*, o *justice* Scalia.

A solução tradicional do precedente era composta por dois passos que funcionavam sob a lógica do tudo ou nada. Caso o Tribunal decidisse o tema no primeiro passo, a agência não recebia nenhuma deferência; caso decidisse no segundo passo, a agência obtinha deferência máxima — exceto nos casos de decisões arbitrárias e/ou caprichosas. Por seu turno, a nova abordagem — que nada mais é que um resgate do período pré-*Chevron* — sugere graus diversos de deferência, em razão dos teores materiais envolvidos.

Nos EUA, embora esse movimento pareça ser um retrocesso, pois mina de incerteza um esquema regulatório bem desenvolvido e consolidado; no Brasil, ele pode ser visto com bons olhos, especialmente a vertente que inclui na análise fatores contextuais.

Relevante notar que essa aproximação com os EUA se justifica pela melhoria do quadro institucional da regulação brasileira, que encontra em estatutos recentes — como a Lei Geral das Agências Reguladoras (Lei n. 13.848/2019) (BRASIL, 2019a) e a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019) (BRASIL, 2019b) — balizas importantes para o controle judicial dos atos regulatórios. A observância das regras institucionais e procedimentais, veiculadas pelo legislador, e, reconhecidamente, compatíveis com as garantias constitucionais, muito embora não impeça o acesso do administrado ao Judiciário, em razão do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CRFB/88), indica um parâmetro para se definir como ocorrerá o controle judicial dos atos emanados por determinada agência reguladora.

Em outras palavras, procedimentos relevantes, muitas vezes não observados no âmbito do processo decisório, estão expressos para averiguação concreta e objetiva por parte do Poder Judiciário, que pode, mediante análise das condições fáticas, manter os atos das agências. No entanto, viu-se que o bom desempenho da regulação é determinado não só pelos aspectos formais, mas também pelos aspectos substantivos.

Nesse sentido, propõe-se que, no Brasil, diante da heterogeneidade da governança entre as agências, o grau de controle judicial oriente-se de acordo com a reputação organizacional da

¹⁷⁴ Os dois primeiros citados já se opuseram publicamente à doutrina *Chevron*. Disponível em: <https://www.theregreview.org/2018/09/03/barnett-boyd-walker-kavanaugh-chevron-deference-supreme-court/>. Acesso em: 16 mar. 2021.

instituição. Isso permite a implementação de um tipo de controle não casuístico dos atos regulatórios, que leva em consideração os aspectos substantivos da entidade reguladora, tais quais: o histórico da agência, a coerência das interpretações ao longo do tempo, a consistência da sua regulação, a expertise em relação à questão técnica a ser apreciada etc. Quanto melhor a reputação da agência, maior será o poder de persuasão desta para fazer valer suas decisões em detrimento da opinião dos tribunais.

Logo, a máxima aristotélica do *in medio stat virtus* possivelmente deve se aplicar ao controle judicial das agências reguladoras no Brasil. A doutrina norte-americana da deferência está estreitamente ligada a *Chevron*; a doutrina a ser desenvolvida em terras brasileiras não precisa, necessariamente, seguir o teste binário consagrado em *Chevron*, mas apenas ser deferente — no sentido já mencionado por Scalia de lidar “com atenção e profundo respeito” — à opinião da entidade especialmente familiarizada com o tema setorial e que detenha uma reputação organizacional positiva. Deve conferir precedência decisória em assuntos complexos, nos quais o conhecimento especializado e a discricionariedade técnica devem ser privilegiados a fim de alcançarem as finalidades que ensejaram a implantação do modelo regulatório.

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, 1988. Disponível em: <https://politica3unifesp.files.wordpress.com/2013/01/74783229-presidencialismo-de-coalizao-sergio-abranches.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.
- ABERBACH, Joel D., PUTNAM, Robert D., ROCKMAN, Bert A., ANTON, Thomas J., ELDERSVELD, Samuel J., INGLEHART, Ronald. **Bureaucrats and Politicians in Western Democracies**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press., 1981. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/j.ctvjz82fv.4>. Acesso em: 11 jan. 2021.
- ACKERMAN, BRUCE. **A Nova separação dos poderes**. Trad. Nívia Mônica da Silva. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.
- ACKERMAN, BRUCE. **The New Separation of Powers**. Harvard Law Review, v. 113, jan/2000, n. 3 3. Disponível em: <https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.
- AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. ANATEL. **Resolução n. 344, de 18 de julho de 2003**. Aprova o regulamento de aplicação de sanção administrativa. Brasília, DF, 18 jul. 2003. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/18-2003/418-resolucao-344>. Acesso em: 12 fev. 2021.
- AMARAL, José Antonio de Azevedo. **O Estado autoritário e a realidade nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados, Editora Universidade de Brasília, 1981.
- AMERICAN JUDICATURE SOCIETY. **Methods of Judicial Selection**. 2015. Disponível em: http://web.archive.org/web/20150222053432/http://judicialselection.us/judicial_selection/methods/selection_of_judges.cfm?state=. Acesso em: 20 dez. 2020.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 85.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o estado democrático de direito. Brasília: Senado Federal, **Revista de Informação Legislativa**, n. 148, 2000.
- ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. O controle das agências reguladoras pelo poder legislativo. **Revista da Informação Legislativa**, Brasília, ano 55, n. 217, p. 203-221, jan./mar. 2018.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista de Direito PUC**, n. 38,

p. 06-50, jan/jun, 2011. Disponível em:
<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24322>. Acesso em: 30 maio 2020.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **As interrelações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública**. São Paulo: USP, 2011. Relatório da pesquisa. Disponível em:
https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf. Acesso em: 01 dez. 2019.

BADAWI, Karina Bonetti. Separação de Poderes no Brasil e a Teoria de Bruce Ackerman. **Tese** (Doutorado) — Universidade Presbiteriana Mackenzie. Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico. São Paulo, 2014. Disponível em:
<http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1287>. Acesso em: 12 dez. 2020.

BARNETT, Kent Harris; BOYD, Christina L.; WALKER, Christopher J.. Administrative Law's Political Dynamics. **Vanderbilt Law Review**, vol. 71, pp. 1463-1526, 2018, Ohio State Public Law Working Paper No. 439, 2018. Disponível em:
<https://ssrn.com/abstract=3132045>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BARNETT, Kent; BOYD, Christina L.; WALKER, Christopher J.. Judge Kavanaugh, Chevron Deference, and the Supreme Court. **The Regulatory Review** [site], Pennsylvania, U.S., 03 set. 2018. Disponível em: <https://www.theregreview.org/2018/09/03/barnett-boyd-walker-kavanaugh-chevron-deference-supreme-court/>. Acesso em: 16 mar. 2021.

BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Vol. 5, número especial, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180>. Acesso em: 30 fev. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Interesse Público** [recurso eletrônico], Porto Alegre, v. 7, n. 33, p. 13-54, set./out. 2005. Disponível em:
<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/7109>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BEDNAR, Nicholas. Defying Auer Deference. **Minnesota Law Review**, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2926686>. Acesso em: 13 jan. 2020.

BERTHOLINI, Frederico; PEREIRA, Carlos. Pagando o preço de governar: custos de gerência de coalizão no presidencialismo brasileiro. **Revista de Administração Pública**. 2017, vol. 51, n.4, p. 528-550. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-76122017000400528&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 24 maio 2020.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático. In: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Direito administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Augustin Gordillo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 240: 147-165, abr/jun. 2005a.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista da Emerj**, v. 08, n. 31, p. 153-195, 2005b.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Câmara da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, DF, nov. 1995. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em: 05 maio 2020.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários (CVM). **Custo de Observância Regulatória**. 2020. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/legislacao/custo_observancia.html. Acesso em: 03 ago. 2020.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 09 dez. 2020.

BRASIL. Decreto n. 2.335, de 6 de outubro de 1997. Constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica -ANEEL, autarquia sob regime especial, aprova sua Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e Funções de Confiança e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 out. 1997a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3990.htm. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. Decreto n. 3.990, de 30 de outubro de 2001. Regulamenta o art. 26 da Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001, que dispõe sobre a coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, e estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 out. 2001a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3990.htm. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1997b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 ago. 1997c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 maio 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19649cons.htm. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 jan. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. Lei n. 9.986, de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 jul. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19986.htm. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. Lei n. 10.205, de 21 março de 2001. Regulamenta o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 mar. 2001b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110205.htm. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.269, de 13 de abril de 2016. Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 abr. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19649cons.htm. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 set. 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.803.137 – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Herman Benjamin. Pesquisa de Jurisprudência. Inteiro Teor do Acórdão. 6 set. 2019c. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1822511&num_registro=201900296624&data=20190906&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 9 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.954. Relator: Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em Brasília, 20 ago. 2014. Publicado em: Brasília, 29 out. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081133>. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5543 – Distrito Federal. Relator: Ministro Edson Fachin. Pesquisa de Jurisprudência. Inteiro Teor do Acórdão. 26 ago. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429684/false>. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.083.955 – Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência. Inteiro Teor do Acórdão. 7 jun. 2019d. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur405281/false>. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 249**. É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida. STF [online], 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação/ Remessa necessária n. 2005.34.00.012752-0 – Distrito Federal. Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado. Pesquisa de Jurisprudência. Inteiro Teor do Acórdão. 9 jul. 2012. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200534000127520&pA=200534000127520&pN=127317220054013400>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A crise da América Latina**: Consenso de Washington ou Crise Fiscal? Pesquisa e Planejamento Econômico 21, 1991.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do estado dos anos 90**: lógica e mecanismos de controle. Caderno 1, Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. Luiz Carlos Bresser Pereira e Peter Kevin Spink (Orgs.); tradução Carolina Andrade. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. Edição do Kindle.

CAMPILONGO, Celso Fernandes *et. al.* **A representação judicial das agências e seus limites**. In: SALGADO, Lucia Helena. (Org.). Marcos Regulatórios no Brasil. Judicialização e independência. Rio de Janeiro: IPEA, pp. 15-46, 2009.

CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

CAPLAN, Bryan Douglas. **O mito do eleitor racional**: por que as democracias elegem maus governos. Trad. Paulo Polzonoff. São Paulo: LVM Editora, 2020.

CAPPELLETI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARDOSO, Germano Bezerra. **Controle jurisdicional dos atos regulatórios e discricionariedade**: análise sob a perspectiva institucional. São Paulo: Dialética, 2020.

CARPENTER, Daniel. **Reputation and power: organizational image and pharmaceutical regulation at the FDA**. Princeton: Princeton University Press, 2010.

CARPENTER, Daniel. **The forging of bureaucratic autonomy: Reputations, networks, and policy innovation in executive agencies**, 1862–1928. 2001. Princeton, NJ: Princeton University Press.

CARPENTER, Daniel; KRAUSE, Goerge. Reputation and public administration. **Public Administration Review**, v. 72, 2012. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/34257913/70604609.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 fev. 2021.

CARVALHO, Ricardo Lemos Maia L. de. As Agências de Regulação Norte-Americanas e sua transposição para os países da Civil Law. In: **Direito regulatório: temas polêmicos** / Coordenado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 2. ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz B. Breves considerações sobre o controle da função administrativa e a plenitude da tutela jurisdicional. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em direito**, Recife, n. 8, p. 77-116, 1997.

CEREIJIDO, Juliano Henrique da Cruz. O princípio constitucional da eficiência na administração pública. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 226. São Paulo: Atlas, pp. 231-241, out./dez. 2001.

CLARK, Giovani. **O neoliberalismo de regulação como intervenção do Estado: A regulação e a Constituição de 1988**. Lisboa: Lusíada: Economia & Empresa, 2009.

COHEN, Linda R.; SPITZER, Matthew L. **Solving the Chevron Puzzle**. 57 *Law and Contemporary Problems* 65-110. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol57/iss2/4/a>. Acesso em: 30 jan. 2021.

COSTA NETO, João. **Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: FILHO, Calixto Salomão; FARACO, Alexandre Ditzel; RIBEIRO, Amadeu Carvalhares; COUTINHO, Diogo Rosenthal; GRAU, Eros Roberto; NUSDEO, Fábio; MATTOS, Paulo Todescan Lessa; BRUNA, Sérgio Varella (Orgs.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUÉLLAR, Leila. Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 229, p. 153-176, jul./set. 2002.

DAME, Paul A. Stare Decisis, Chevron, and Skidmore: Do Administrative Agencies Have the Power to Overrule Courts? 44 **Wm. & Mary L. Rev.** 405 (2002). Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol44/iss1/7>. Acesso em: 21 maio 2020.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DETRICK, Charles R. **The Effects of the Granger Acts**. Chicago: The Journal of Political Economy, vol. 11, n. 2, 1903, 237-256. Disponível em:

<https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/250935?mobileUi=0&>. Acesso em: 25 jun. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípio da legalidade. In: **Direito Administrativo e Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017 [online]. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/86/edicao-1/principio-da-legalidade>. Acesso em: 20 ago. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). **Civil Rights Act** (1964). Lei dos Direitos Civis dos Estados Unidos. Disponível em:

<https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=97&page=transcript>. Acesso em: 22 maio. 2020.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015.

FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. O Processo Legislativo e a produção legal no Congresso pós-constituente. **Revista Novos Estudos**, São Paulo, v. 38, p. 3-38, 1994.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Controle jurisdicional da administração pública. **Revista de direito administrativo e constitucional**, n. 6, Curitiba, 2001.

FRIEDMAN. **Capitalismo e Liberdade**. tradução: Afonso Celso da Cunha Serra. 1. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-55-216-2709-8/>. Acesso em: 21 maio 2020.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. **Administrative law**. 4. ed. Nova York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

GEYH, Charles Gardner. **Methods of judicial selection & their impact on judicial independence**. Maurer School of Law: Indiana University, 2008. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1053&context=facpub>. Acesso em: 01 jan. 2020.

GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUERRA, Sérgio. Regulação Estatal sob a Ótica da Organização Administrativa Brasileira. In: Sérgio Guerra (org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. Edição do Kindle.

GUERRA, Sérgio. Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil. **Revista Estudos institucionais**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, 2017.

GUIMARÃES, Luís Gustavo Faria. Comentários sobre a Lei Geral de Agências Reguladoras. **Revista Brasileira de Direito Público**. Belo Horizonte, v.18, n.70, jul./set. 2020. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/38838>. Acesso em: 18 nov. 2020.

GUO, Elizabeth. Ruling by Repute: Agency Reputation on Judicial Affirmance of Agency Action. **Food and Drug Law Journal**, v. 74, n. 3, pp. 379-402, 2019. Disponível em: www.jstor.org/stable/26892171. Acesso em: 01 mar. 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia** — entre a facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Más Allá del Estado Nacional**. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HAYEK, Friedrich August. **O caminho da servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1991.

HIMMELFARB, Gertrude. **Os Caminhos para liberdade**: os iluminismos britânico, francês e americano. Trad. Gabriel Ferreira da Silva. São Paulo: É Realizações, 2011.

JORDÃO, Eduardo. Entre o prêt-à-porter e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. **Revista Brasileira de Direito Público: RBDP**, Belo Horizonte, v 14, n. 52, p. 9-43, jan./mar., 2016.

JORDÃO, Eduardo Ferreira; CABRAL Jr., Renato Toledo. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 4, p. 537-573, 2018.

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

JUSTIA. US Supreme Court. **ALA Schechter Poultry Corp. v. United States**, 295 U.S. 495 (1935). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/295/495/>. Acesso em: 27 abr. 2020.

JUSTIA. US Supreme Court. **Smyth v. Ames**, 171 U.S. 361 (1898). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/171/361/>. Acesso em: 30 maio 2020.

JUSTIA. US Supreme Court. **Louis & Pacific Railway Company v. Illinois**, 118 U.S. 557 (1886). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/118/557/>. Acesso em: 01 jun. 2020.

JUSTIA. US Supreme Court. **Munn v. Illinois**, 94 U.S. 113 (1876). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/94/113/>. Acesso em: 01 jun. 2020.

JUSTIA. US Supreme Court. **Imigration and Naturalization Service v. Chadha**, 462 U.S. 919 (1983). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/462/919/>. Acesso em: 21 abr. 2020.

KOERNER, Andrei. A Corte Warren no debate sobre o ativismo judicial nos Estados Unidos. *In: Política e direito na Suprema Corte norte-americana: debates teóricos e estudos de caso*. Ponta Grossa/São Paulo: EdUEPG/EdUnesp, 2016.

KOVACIC, William E. Creating a Respected Brand: How Regulatory Agencies Signal Quality. **22 Geo. Mason L. Rev.** 237, 2015. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gmlr22&div=12&id=&page=>. Acesso em: 01 mar. 2020.

KRAUSE, George; DOUGLAS, James. Institutional Design versus Reputational Effects on Bureaucratic Performance: Evidence from U.S. Government Macroeconomic and Fiscal Projections. **Journal of Public Administration Research and Theory**, 2004. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/31052322_Institutional_Design_versus_Reputational_Effects_on_Bureaucratic_Performance_Evidence_from_US_Government_Macroeconomic_and_Fiscal_Projections. Acesso em: 01 fev. 2021.

KRELL, Andreas Joachim. Discrecionalidade Administrativa: conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista Esmafe**, v. 08, 2004.

LEVY, Brian; SPILLER, Pablo T. Regulation, Institutions, and Commitment in Telecommunications: a comparative analysis of five country studies. Proceedings of the World Bank Annual Conference of Development Economics 1993, **The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank**, pp. 215-52, 1994. Disponível em: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/860121468779131284/pdf/multi-page.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2021.

LEWIS, David E.; SELIN, Jennifer L. **Sourcebook of United States Executive Agencies**. Vanderbilt University: 2012. Disponível em: https://www.acus.gov/sites/default/files/documents/Sourcebook%202012%20FINAL_May%202013.pdf. Acesso em: 15 jul. 2020.

LIPTON, Bradley. Accountability, Deference, and the Skidmore Doctrine. **The Yale Law Journal**, v. 119, n. 8, 2010, pp. 2096–2142. Disponível em: www.jstor.org/stable/25681963. Acesso em: 15 jan. 2020.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LUHMANN, Niklas. **A sociological theory of law**. Trad. Elizabeth King-Utz and Martin Albrow. New York: Routledge, 2014.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

MADDISON, Angus. **The World Economy – A Millenial Perspective**. Development Centre Studies. OECD. Paris. France. 2001. Disponível em: <https://theunbrokenwindow.com/Development/MADDISON%20The%20World%20Economy--A%20Millennial.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2020.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Legitimidade e Limites à Normatividade Técnica dos Reguladores sob a Ótica da Nova Economia. **Tese (Doutorado)** — Universidade de Fortaleza. Programa de Doutorado em Direito, Fortaleza, 2019.

MAJONE, Giandomenico. Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. **Revista do Serviço Público**, ano 50, n. 1, pp. 5-36, jan.-mar. 1999.

MAQUIAVEL, Nicolau. **The Prince**. New York: NAL Penguin, 1952.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras: Instrumentos do Fortalecimento do Estado**. São Paulo: ABAR, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo *et al.* Reputação institucional e o controle das Agências Reguladoras pelo TCU. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 67, set. 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80048/76583>. Acesso em: 01 fev. 2021.

MCCRAW, Thomas K. **Prophets Of Regulation**: Charles Francis Adams; Louis D. Brandeis; James M. Landis; Alfred E. Kahn. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 1983.

MERRIL, Thomas W. The story of chevron: the making of an accidental landmark. **Administrative Law Review**, n. 253, 2014. Disponível em: <http://www.administrativelawreview.org/wp-content/uploads/2016/11/66.2.3-Merrill-Chevron.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2019.

MERRIL, Thomas W.; HICKMAN, Kristin E. **Chevron's Domain**. Georgetown Law Journal, v. 89, n. 4, 2001. Disponível em: <https://experts.umn.edu/en/publications/chevrons-domain>. Acesso em: 15 jan. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Ação Civil Pública n. 0010261-67.2019.5.03.0028. 5ª Vara do Trabalho de Betim. Juiz: Renata Lopes Vale. Decisão em 03 de abril de 2019. Betim, MG, 2019. Disponível em:

http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/servicos-para-comunidade/minas-gerais/atualizacoes_brumadinho/Documents/PDFs/Decisao_ACP_03_abril_2019.pdf#search=mortos. Acesso em: 28 abr. 2020.

MONTEIRO NETO, Aristides. Desenvolvimento regional em crise: políticas econômicas liberais e restrições a intervenção estatal no Brasil dos anos 90. 2005. 299 p. **Tese** (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, SP. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/285362>. Acesso em: 5 jul. 2020.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Apple Books. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MORGADO, Cintia. A nova face da separação de poderes – capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. *In: Revista Dir. Proc. Geral*, Rio de Janeiro, (66), 2011.

MUELLER, Bernardo; PEREIRA, Carlos. Credibility and the Design of Regulatory Agencies in Brazil. **Brazilian Journal of Political Economy**, v. 22, n. 3 (87), July-September 2002, pp. 449-472.

SILVA NETO, Orlando Celso da. Noções Gerais sobre o Controle das Agências Regulatórias no Direito Norte-Americano. *In: Direito regulatório: temas polêmicos /* Coordenado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 2. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O modelo norte-americano de agências reguladoras e sua recepção pelo direito brasileiro. Rio de Janeiro: **Revista da EMERJ**, v. 12, n. 47, p. 157-176, 2009.

OVIEDO, Carlos Garcia. **Derecho administrativo I**. 8. ed. Madrid: E.I.S.A, 1962.

PARADA, Ramón. **Derecho administrativo I**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

PAULA, Rodrigo Uchôa de. Os estados constitucionais e a necessidade de um tribunal constitucional no Brasil. 2016. 199 f. **Tese** (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/23818>. Acesso em: 01 dez. 2019.

PEDROLLO, Gustavo Fontana. **O Caso Chevron: Controle Judicial do Poder Regulamentar das Agências no Direito Estadunidense**. 2011. Brasília: Revista da AGU.

PELTZMAN, Sam. A Teoria Econômica da Regulação depois de uma década de desregulação. *In: Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. Coordenação: Paulo Todescan Lessa Matos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PIERCE, Richard J.; SHAPIRO, Sidney A.; VERKUIL, Paul R. **Administrative Law and Process**. 4. ed. New York: Foundation Press. 2004.

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, nov./dez., 2009.

PINTO, Oriana Piske de A. M. **Controle jurisdicional da atividade administrativa**. Brasília, 2006. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/13/2013_13_15451_15466.pdf. Acesso em: 01 jan. 2021.

POLTRONIERI, Renato. **Discrecionalidade dos atos administrativos e a ambigüidade da norma jurídica positiva**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

POSNER, Richard. As teorias da regulação econômica. In: **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. Coordenação: Paulo Todescan Lessa Matos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

POSNER, Richard A. Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): an analytical framework. In: KESSLER, Daniel P. (Org.), Regulation versus litigation: perspectives from economics and law, Chicago: **The University of Chicago Press**, 2011. Disponível em: <https://www.nber.org/system/files/chapters/c11956/c11956.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

PRADO, Mariana Mota. **Agências reguladoras, independência e desenho institucional**. Instituto Tendências de Direito e Economia. São Paulo, pp. 125-62, 2005.

RABIN, Robert L. Federal Regulation in Historical Perspective. **Stanford Law Review**. v. 38, n. 5, 1986, pp. 1189-1326. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1228843?seq=1>. Acesso em: 29 jun. 2019.

RODRIGUEZ, Andres Betancor. **Las administraciones independientes** – un reto para el estado social y democrático de derecho. Madrid: Editorial Tecnos, 1994.

ROOSEVELT, Franklin D. **The public papers and addresses of Franklin D. Roosevelt: The year of crisis, 1933**. p. 5. Disponível em: <https://quod.lib.umich.edu/p/ppotpus/4925381.1933.001/33?rgn=full+text;view=image>. Acesso em: 08 jun. 2020.

SABENÇA, Sandro Zachariades. O TCU e o controle operacional das agências reguladoras: uma análise empírica. **Dissertação** (mestrado). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2019.

SALGADO, Eneida Desiree. **Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos**. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/viewFile/594/496>. Acesso em: 02 jun. 2020.

SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretation of law. **Duke Law Journal**, Durham, NC, v. 38, n. 3, p. 511-521, June 1989. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3075&context=dlj>. Acesso em: 15 jun. 2019.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SCHAPIRO, Mario. Do Estado Desenvolvimentista ao Estado Regulador: transformação, resiliência e coexistência entre dois modos de intervenção. **Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n. 2, p. 572-614, 2018.

SHECAIRA, Cibele Cristina Baldassa Muniz. A Competência das Agências Reguladoras nos EUA. *In: Direito regulatório: temas polêmicos / Coordenado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SILVEIRA, Andre Bueno da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 109-146, set./dez. 2017.

SOWELL, Thomas. **Ação afirmativa ao redor do mundo**: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. 1 ed. São Paulo: É Realizações, 2016.

STRAUSS, Peter L. From Expertise to Politics: The Transformation of American Rulemaking. **Wake Forest L. Rev.** 745 (1996). Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/298. Acesso em: 02 jul. 2020.

STIGLER, George. A Teoria da Regulação Econômica. *In: Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. Coordenação: Paulo Todescan Lessa Matos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da economia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. *In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (orgs.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 709-741.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Público e Regulação no Brasil. *In: Sérgio Guerra (org.). Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014. Edição do Kindle.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *In: SUNDEFELD, Carlos Ari (coord). Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, pp. 17-38, 2000.

SUNSTEIN, Cass. Chevron Step Zero. **Virginia Law Review**. 92. 187-249, 2006.

SUNSTEIN, Cass. Law and Administration after Chevron. **Columbia Law Review**, p. 2071-2119, 1990.

SUNSTEIN, Cass. O constitucionalismo após o new deal. *In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 129-229.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, n. 885, 2003. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12319&context=journal_articles. Acesso em: 29 set. 2020.

TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

TAVARES, André Ramos. Influência de 1917 na doutrina e nas Constituições econômicas brasileiras. In: **México y la Constitución de 1917**: Influencia extranjera y trascendencia internacional [S.l: s.n.], 2017. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002998960>. Acesso em: 01 out. 2019.

TIBÚRCIO, Dalton Robert. Interpretação dos Atos Normativos das Agências Reguladoras. **Revista da Advocacia Geral da União**, Brasília, n. 24, ano IX, abr./jun. 2010. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/216>. Acesso em: 01 abr. 2019.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da Democracia na América**. Tradução: Pablo Costa e Hugo Medeiros. São Paulo: Vide Editorial, 2019.

UNITED STATES CODE. **Judicial Review**, 5 U.S.C. §§ 701-706. 1964. Disponível em: www.loc.gov/item/uscode1964-018005007. Acesso em: 14 jul. 2020.

UNITES STATES DEPARTMENT OF LABOR. **The Fair Labor Standards Act of 1938**, U. S. C. §213 (a) (1). Disponível em: <https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/WHD/legacy/files/FairLaborStandAct.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2020.

UNITED STATES NATIONAL ARCHIVES AND RECORDS ADMINISTRATION. **Administrative Procedure Act**. 1964. Disponível em: <https://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/552.html#f>. Acesso em: 15 jul. 2020.

VALENTE, Patricia Rodrigues Pessoa. A qualidade da Regulação Estatal no Brasil: uma análise a partir de indicadores de qualidade. **Tese** (Doutorado) — Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

VIANNA, Oliveira. **O Idealismo da constituição**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939.

WILLIAMSON, John. What Washington Means by Policy Reform. In: **Latin American Adjustment**: How much has happened? 1990. Washington: Institute of International Economics.

YACKEE, Susan Webb. The Politics of Rulemaking in the United States. **Annual Review of Political Science**, v. 22, pp. 37-55, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3394071>. Acesso em: 17 jul. 2020.