

Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

ELIZA VICTÓRIA SILVA LEMOS

**LITIGÂNCIA REGULATÓRIA JUDICIAL E PRÁTICAS
DECISÓRIAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES:
UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO CONCEITO DE
DEFERÊNCIA**

*Judicial regulatory litigation and decision-making practices of higher courts: an
analysis about the application of the concept of deference*

Brasília
2022

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**LITIGÂNCIA REGULATÓRIA JUDICIAL E PRÁTICAS
DECISÓRIAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES:
UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO CONCEITO DE
DEFERÊNCIA**

Autor: Eliza Victória Silva Lemos

Orientador: Prof. Dr. Márcio Iório Aranha

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, ____ de _____ de ____.

FOLHA DE APROVAÇÃO

ELIZA VICTÓRIA SILVA LEMOS

Litigância regulatória judicial e práticas decisórias dos tribunais superiores: uma análise da aplicação do conceito de deferência

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Iório Aranha
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Othon De Azevedo Lopes (Doutor)
(Membro)

Prof. Dr. Renato Soares Peres Ferreira (Doutor)
(Membro)

Prof. Dr. Henrique Araújo Costa (Doutor)
(Suplente)

A minha alucinação é suportar o dia a dia
E meu delírio é a experiência com coisas reais
(Belchior, Alucinação)

AGRADECIMENTOS

Se alguém me perguntasse o que existe de mais divino e mágico nessa intrigante experiência que é viver, eu responderia e respondo: as pessoas, aquelas que sempre estão lá, aquelas que passaram só um tempo, aquelas que irão aparecer. Sempre me considerei uma pessoa especialmente sortuda por ter encontrado algumas dessas pessoas.

Na lista de agradecimentos deste trabalho, o professor Márcio tem um espaço especial. Na graduação, durante as aulas de Administrativo 3, encontrei na regulação o balanço entre a teoria e prática jurídica que procurava e vi no professor um modelo de profissional inspirador. Dedicado e rigoroso, mas, sempre, aberto ao debate. O professor, também, me ofereceu uma referência na forma de escrever; objetividade e profundidade podem caminhar juntos. Obrigada pela oportunidade.

Na lista de agradecimentos da minha vida só vem minha família. Mainha, Vói, Keke, Dudu e Vovó Elisa. Eu não poderia ter nascido em lugar diferente, em uma família diferente. Obrigada pela confiança inabalável, espero deixá-los orgulhosos.

Voltando para o acadêmico, não posso deixar de mencionar algumas referências fundamentais para minha formação: o professor Alexandre Costa apresentou de forma muito profunda o que significa pesquisar o direito, a sua influência será sempre presente; a professora Maria Pia me revelou teorias, texto e debates que guardo com carinho (e dúvidas) até hoje; as professoras Ana Farranha e Daniela Moraes me presentearam com reflexões sobre o processo civil e o judiciário que trouxeram os elementos que acredito mais relevantes desse trabalho. Teria outros nomes, mas combino todos em um agradecimento à UnB. Darcy está orgulhoso.

Por fim, Carol, Paulo, Dan, Wenderson, Juma, Nat e mais uma infinidade de nomes, obrigada de coração pelos ouvidos sempre disponíveis para minhas divagações teóricas ou para as bobagens da vida. O pessoal da salinha de estudos também merece um agradecimento, obrigada por deixar o percurso mais leve.

Obrigada Deus, Alá, Tupã, Universo, não sei bem para quem agradecer, mas deve ter alguém cuidando de mim, só isso explica.

FICHA CATALOGRÁFICA

SS58611 Silva Lemos, Eliza Victória
 Litigância regulatória judicial e práticas decisórias dos tribunais superiores: uma análise da aplicação do conceito de deferência / Eliza Victória Silva Lemos; orientador Márcio Iório Aranha. -- Brasília, 2022.
 150 p.

 Dissertação (Mestrado - Mestrado em Direito) -- Universidade de Brasília, 2022.

 1. Estado Administrativo. 2. Reforma gerencial. 3. Agências reguladoras. 4. Litigância regulatória. 5. Deferência. I. Iório Aranha, Márcio, orient. II. Título.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

LEMOS, E. (2022). Litigância regulatória judicial e práticas decisórias dos tribunais superiores: uma análise da aplicação do conceito de deferência. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, número de páginas p. 150.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1: ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DA TEORIA DO ESTADO ADMINISTRATIVO NORTE-AMERICANO	9
1.1 PREMISSAS HISTÓRICAS E TEÓRICAS DO ESTADO ADMINISTRATIVO.....	9
1.1.1 A AUTONOMIZAÇÃO DO ESTUDO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	10
1.1.2 A TRANSIÇÃO DO PARADIGMA DE ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO SOCIAL.....	13
1.1.3 O CONCEITO DE ESTADO ADMINISTRATIVO.....	15
1.2 A COMPLEXIFICAÇÃO DO ESTADO ADMINISTRATIVO.....	19
1.2.1 O MODELO DE AGÊNCIAS INDEPENDENTES NORTE-AMERICANO.....	20
1.2.2 O TRADE-OFF ADMINISTRATIVO E AS GARANTIAS SUBSTITUTUTAS.....	23
1.2.3 O CONTRA-ATAQUE POLÍTICO.....	27
1.2.4 LIMITES EPISTEMOLÓGICOS.....	31
1.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO.....	35
CAPÍTULO 2: A DIMENSÃO REGULATÓRIA DO ESTADO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E A LEI GERAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	37
2.1 A REGULAÇÃO COMO PRODUTO DO MODELO GERENCIAL DE ADMINISTRAÇÃO.....	38
2.1.1 ENTRE PATRIMONIALISMO, ADMINISTRAÇÃO BUROCRÁTICA E MODELO GERENCIAL.....	38
2.1.2 O MODELO DE ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL.....	42
2.1.3 O QUE É REGULAR?.....	44
2.2 ELEMENTOS CONCEITUAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	48

2.2.1 ORGÃO REGULADOR X AGÊNCIA REGULADORA	52
2.2.2 LEI GERAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS (LGAR)	55
2.3.3 DIÁLOGOS ENTRE A LEI 13.848/2019 E O <i>ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT</i>	59
3.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO	61
CAPÍTULO 3: DEFININDO A LITIGÂNCIA REGULATÓRIA	62
3.1 LITIGÂNCIA REGULATÓRIA COMO UM MECANISMO DE <i>ACCOUNTABILITY</i>	64
3.1.1 MODALIDADES DE <i>ACCOUNTABILITY</i>	65
3.1.2 A APLICAÇÃO DO MODELO DE CONFIANÇA À LITIGÂNCIA REGULATÓRIA	68
3.2 TAXONOMIA DA LITIGÂNCIA REGULATÓRIA.....	71
3.2.1 ASPECTO SUBJETIVO DA LITIGÂNCIA REGULATÓRIA	72
3.2.2 ASPECTO OBJETIVO DA LITIGÂNCIA REGULATÓRIA	73
3.2.3 LITIGÂNCIA REGULATÓRIA ADMINISTRATIVA (LRA).....	74
3.2.4 LITIGÂNCIA REGULATÓRIA JUDICIAL (LRJ).....	79
3.2.5 MAPA MENTAL DA LITIGÂNCIA REGULATÓRIA	80
3.3 CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE A LITIGÂNCIA REGULATÓRIA JUDICIAL.....	81
3.3.1 MARCADORES TEÓRICOS POSITIVOS	84
3.1.2 MARCADORES TEÓRICOS NEGATIVOS	86
3.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO	90
CAPÍTULO 4: A APLICAÇÃO DA DEFERÊNCIA À LITIGÂNCIA REGULATÓRIA JUDICIAL NAS PRÁTICAS DECISÓRIAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES DE SOBREPOSIÇÃO	91
4.1 A ABSORÇÃO DA TEORIA DA DEFERÊNCIA PELA PRÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA.....	92
4.1.1 <i>SEC V. CHENERY CORP</i> (1943/1947).....	94
4.1.2 <i>CHEVRON V. NATURAL RESOURCES DEFENSE COUNCIL</i> (1984)....	96

4.1.3 <i>AUER V. ROBBINS</i> (1997).....	98
4.1.4 DEFERÊNCIA E DELIBERAÇÃO NA LITIGÂNCIA REGULATÓRIA JUDICIAL.....	99
4.2 PRÁTICAS DECISÓRIAS DOS TRIBUNAIS DE SOBREPOSIÇÃO	100
4.2.1 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ).....	101
4.2.2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).....	106
4.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO	114
CONCLUSÃO	117
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	121

RESUMO

A Teoria do Estado Administrativo, nos Estados Unidos, investiga os meios de conversão da vontade democrática recepcionada politicamente em elementos executáveis e passíveis de fruição. Consolida-se, institucionalmente, entre outros, por meio das agências reguladoras. No Brasil, o quadro regulatório nacional depende em grande medida das construções culturais, de gestão e organizacionais produzidas pela reforma administrativa gerencial do final do século XX. A especialização das agências reguladoras e a tendência de se constituírem como instituições autôcentradas e autorreferenciadas exigem a criação de formas democráticas de contestação e revisão. O presente estudo evidencia um desses mecanismos, aqui chamado de litigância regulatória. Utilizando, portanto, a litigância regulatória como instrumento de esclarecimento dos interesses e das partes envolvidas na disputa, esta pesquisa encontra-se municiada com elementos analíticos para explorar um tópico específico no universo da litigância regulatória judicial: a aplicação da deferência pelos tribunais superiores de sobreposição (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal).

Palavras-chaves: Estado Administrativo; Reforma gerencial; Agências reguladoras; Litigância regulatória; Controle judicial; Deferência.

ABSTRACT

The Administrative State Theory, in the United States, investigates the means of converting the democratic will politically recognized into executable and feasible results. It is consolidated institutionally, among others, through regulatory agencies. In Brazil, the national regulatory framework depends largely on the cultural, managerial, and organizational constructions produced by the managerial administrative reform of the late 20th century. The specialization of regulatory agencies and their tendency to become self-centered and self-referential institutions require the creation of democratic mechanisms of contestation and revision. The present study highlights one such mechanism, here called regulatory litigation. Therefore, using regulatory litigation as a tool to clarify the interests and parties involved in the dispute, this research is equipped with analytical elements to explore one specific topic in the universe of judicial regulatory litigation: the application of deference by superior courts (Superior Tribunal de Justiça and Supremo Tribunal Federal).

Keywords: Administrative State; Managerial reform; Regulatory agencies; Regulatory litigation; Judicial review; Deference.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Modelos de Accountability (Confiança)	67
Figura 2: Modelo da confiança aplicado à litigância regulatória.....	68
Figura 3: Mapa mental da Litigância Regulatória	81
Figura 4: Mapa de aplicação da Doutrina Chevron	97

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Contagem de processo que utilizam a deferência por relator	106
Gráfico 2: Aplicação da deferência conforme a instituição favorecida	107
Gráfico 3: Mapeamento da utilização da deferência para solucionar demandas regulatórias judicializadas.....	110

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AAAS	<i>Avaliação Ambiental de Área Sedimentar</i>
ADI	<i>Ação Direta de Inconstitucionalidade</i>
ADPF	<i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental</i>
AGU	<i>Advocacia-Geral da União</i>
AIR	<i>Análise de Impacto Regulatório</i>
ANA	<i>Agência Nacional de Águas</i>
ANATEL	<i>Agência Nacional de Telecomunicações</i>
ANCINE	<i>Agência Nacional do Cinema</i>
ANEEL	<i>Agência Nacional de Energia Elétrica</i>
ANM	<i>Agência Nacional de Mineração</i>
ANP	<i>Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis</i>
ANS	<i>Agência Nacional de Saúde Suplementar</i>
ANTAQ	<i>Agência Nacional de Transportes Aquaviários</i>
ANTT	<i>Agência Nacional de Transportes Terrestres</i>
ANVISA	<i>Agência Nacional de Vigilância Sanitária</i>
AP	<i>Administração Pública</i>
APA	<i>Administrative Procedure Act</i>
AREsp	<i>Agravo em Recurso Especial</i>
CADE	<i>Conselho Administrativo de Defesa Econômica</i>
CN	<i>Congresso Nacional</i>
CNJ	<i>Conselho Nacional de Justiça</i>
CNMP	<i>Conselho Nacional do Ministério Público</i>
CNPE	<i>Conselho Nacional de Política Energética</i>
CONSU	<i>Conselho Nacional de Saúde Suplementar</i>
CRA	<i>Congressional Review Act</i>
CVM	<i>Comissão de Valores Mobiliários</i>
EPB	<i>Evidence-Based Policy</i>
FID	<i>Fator de Indisponibilidade</i>
GVT	<i>Global Village Telecom LTDA</i>
ICC	<i>Interstate Commerce Commission</i>
INMETRO	<i>Instituto Nacional de Pesos e Medidas</i>
INPI	<i>Instituto Nacional de Propriedade Industrial</i>
LGAR	<i>Lei Geral das Agências Reguladoras</i>
LINDB	<i>Lei de Introdução ao Direito Brasileiro</i>
LRA	<i>Litigância Regulatória Administrativa</i>
LRJ	<i>Litigância Regulatória Judicial</i>
MC	<i>Medida Cautelar</i>
MRE	<i>Mecanismo de Relocação da Energia</i>
PA	<i>Processo Administrativo</i>
PBE	<i>Políticas Públicas Baseadas em Evidências</i>
RAA	<i>Regulatory Accountability Act</i>
RDC	<i>Resolução da Diretoria Colegiada</i>
REINS	<i>Executive in Need of Scrutiny</i>
RE	<i>Recurso Extraordinário</i>
REsp	<i>Recurso Especial</i>
SCRUB	<i>Searching for and Cutting Regulations that are Unnecessarily Burdensome</i>
SLS	<i>Suspensão de Liminar</i>
SOPRA	<i>Separation of Powers Restoration Act</i>

<i>STF</i>	<i>Supremo Tribunal Federal</i>
<i>STJ</i>	<i>Superior Tribunal de Justiça</i>
<i>TCU</i>	<i>Tribunal de Contas da União</i>
<i>TQM</i>	<i>Total Quality Management</i>
<i>VU-M</i>	<i>Valor de Uso Móvel</i>

INTRODUÇÃO

Você sabe, eu disse, que os governos variam conforme variam as disposições dos homens, e que deve haver tantos de um quanto do outro? Pois não podemos supor que os Estados são feitos de “carvalho e rocha”, e nem fora das naturezas humanas que estão neles, e que em uma figura, viram a balança e desenham outras coisas depois deles? Sim, disse ele, os Estados são como os homens; eles crescem a partir de personagens humanos. (PLATÃO, 2021, p. 539)

Os utopianos se perguntam como pode um homem se deleitar tanto no duvidoso brilho de uma joia de uma pedra, quando se pode observar as estrelas ou o próprio Sol; questionam-se como pode um homem atribuir tanto valor a si mesmo ao vestir-se de fina lã, pois esta, por mais fina que seja, nada antes fora senão o velo de um carneiro que, por sua vez, fora o primeiro a usá-la. Surpreendem-se ao ouvir que o ouro, inútil por si só, deve ser em todo lugar tão estimado que o próprio homem, para quem fora criado e quem lhe atribuiu valor, deva ser tido como menos valioso. (MORE, 2021, p. 81)

Os ideais estabelecidos pela República de Platão e pela Utopia de More representam o imaginário ocidental de sociedade perfeita, conjugando a virtude das pessoas e das instituições. É nessa pretensão de boa-vida que caminham os esforços humanos na construção do alicerce teórico, político, econômico, social e até religioso suficiente para construir o quase mítico “mundo melhor”.

As sociedades ocidentais, recorrentemente, preocupam-se com a arte de governar, isto é, a reflexão sobre a melhor maneira possível de governar (FOUCAULT, 2008, p. 4). Para Foucault (2008, p. 6), “o Estado é ao mesmo tempo o que existe e o que ainda não existe suficientemente”, exigindo continuamente uma afluência reflexiva de aperfeiçoamento e remodelação dos agentes, das instituições, dos programas de governo e das formas de controle.

Nesse movimento, as democracias contemporâneas adotam diferentes modelos institucionais para organizar suas realidades estatais. Este trabalho cobre apenas uma faceta do arcabouço institucional típico de países fortemente influenciados pela cultura jurídica europeia e norte-americana, qual seja, o Estado Administrativo e mais especificamente, sua faceta regulatória.

O estudo da “arte de governar” no Estado Administrativo investiga os meios de conversão da vontade democrática recepcionada politicamente em elementos executáveis e passíveis de fruição, além de inquirir como deve ser o exercício da autoridade e a alocação de competências.

Abre-se espaço para enxergar a atividade administrativa no contexto do conflito de interesses, instituições e ideias. Em uma sociedade complexa, torna-se fundamental entender como núcleos de governança se relacionam, cooperam, se contrapõem, ganham protagonismo ou ostracismo.

Aqui, distante da pretensão de análise genealógica do conceito de Estado Administrativo, o presente trabalho concentra esforços nos movimentos teóricos e fáticos do início do século XX até a atualidade para propor reflexões que conectam a origem do atual Estado Administrativo norte-americano, sua dimensão regulatória e a absorção dos conceitos do Estado Administrativo estadunidense na criação da estrutura regulatória brasileira.

O Estado Regulador consiste na expressão estatal eminentemente interventora sobre ambientes setoriais complexos, um Estado em que a administração das leis assume características de planejamento e gerenciamento contínuo, engrandecendo a função administrativa, um Estado cuja expressão de legitimidade se desloca para a figura do administrador ou, alternativamente, para o processo ou para o espaço público regulador. (ARANHA, 2019)

Esquemáticamente, pretende-se esclarecer (i) os elementos fundamentais da teoria do Estado Administrativo, (ii) a delimitação da faceta regulatória, e (iii) a absorção dos conceitos do Estado Administrativo estadunidense na criação da estrutura regulatória brasileira.

Nesse ambiente, as agências reguladoras são entidades governamentais da administração indireta responsáveis por funções de fiscalização, regulamentação e controle de serviços de interesse público, tais como petróleo, telecomunicações, transportes, energia elétrica, planos de saúde, entre outros. Dentro de suas competências, consolidam-se como polos descentralizados de comando estatal ao exercer competências executivas, normativas e adjudicativas.

As escolhas regulatórias são, frequentemente, dotadas de alta carga extrajurídica, de composição multidisciplinar, com ponderação de diversos valores e efeitos prospectivos. Disso resulta que o arcabouço institucional das agências reguladoras é construído para resolver seus problemas em espaços externos à prestação jurisdicional.

Seguindo esta racionalidade, o presente estudo pretende explorar o contato entre instituições judiciais e agências reguladoras por meio das demandas regulatórias judicializadas, mais especificamente, tecer considerações sobre as práticas decisórias

dos tribunais superiores e a utilização da teoria da deferência para resolver controvérsias.

Como gênero, a litigância regulatória pode ser definida como a contestação, administrativa ou judicial, sobre determinado interesse regulatório (aspecto objetivo) entre agências reguladoras e regulados (aspecto subjetivo).

Explica-se: seja como decorrência do direito constitucional de petição, via administrativa, ou pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, via judicial, é possível o questionamento de matérias provenientes de interesses eminentemente regulatórios.

Adiantando a conclusão deste trabalho, a litigância regulatória atua, no campo do controle, como mecanismo de *accountability* das agências reguladoras, uma vez que: (i) pode ser meio de verificação do cumprimento adequado da delegação de competências pelo ente delegante e pelo regulado; (ii) permite compartilhamento de saberes epistêmicos tradicionais e tácitos em um espaço que admite a discutibilidade da expertise e da ciência com padrões adequados de contestação; e (iii) transversalmente, centraliza a relevância de direitos e garantias fundamentais (participação, contraditório, ampla defesa, devido processo legal e outros) nas demandas regulatórias.

Quando ocorre na via judicial, este litígio observa a redução do caráter patrimonial compensatório da litigância tradicional para absorver demandas que discutem estratégias e programas de Estado com consequências futuras e uma gama expressiva de interessados.

Neste ponto, ressalto as considerações de Abram Chayes (1976) sobre a morfologia da litigância de direito público, as quais evidenciam um novo padrão de prestação jurisdicional construído, também, por demandas regulatórias:

- a) o escopo da demanda deixa de se vincular a um fato determinado, envolvendo, agora, uma decisão estratégica, um programa, uma política pública;
- b) a estrutura das partes não é obrigatoriamente bilateral, mas pode envolver diversos polos com interesses não convergentes;
- c) a apreciação dos fatos e dados tem reduzido o seu caráter retrospectivo para observar a ascensão da adjudicação preditiva, prospectiva e quase legislativa;
- d) a decisão final deixa de ser compensatória e com efeitos limitado às partes da demanda para produzir julgados flexíveis e adaptados para o caso concreto, produzindo

efeitos para uma quantidade indeterminada de pessoas, inclusive aquelas ausentes no processo;

e) o caráter impositivo da decisão final é diminuído, privilegiando a negociação e a equidade;

f) a decisão judicial terminativa não encerra a participação do judiciário diante da imprescindibilidade da participação do juiz na fase de concretização daquilo que foi decidido no litígio;

g) o juiz não atua passivamente e sua função não está limitada a causa de pedir da demanda, mas deve agir proativamente avaliando fatos e dados na modelagem da prestação jurisdicional para garantir a viabilidade do resultado; e

h) as demandas no processo não envolvem disputas privadas, mas a operação de alguma atividade estatal de regulação.

Conseqüentemente é preciso tomar o processo como espaço público de deliberação, exigindo-se uma concepção substancial de jurisdição capaz de assimilar o elemento republicano-democrático. (MORAES, 2014) Na mesma linha, Sofia Temer defende que “não há dúvida de que a variedade das relações jurídicas e seu desenvolvimento dinâmico devem ser adequadamente tratados no processo (...).” (TEMER, 2020, p. 115)

Por esses motivos, podemos visualizar a pressão que um modelo ampliado de jurisdição exerce sobre o processo civil. Institutos clássicos como preclusão, coisa julgada, participação, representação adequada, recursos, custas e execução são repensados para dar substrato procedimental para uma nova gama de possibilidades de adjudicação.

Mecanismos como pedido de informações, audiências públicas e *amicus curiae* são instrumentalizados para permitir a evocação de interesses sociais ou políticos que expandam o escopo de participação para uma ideia de construção jurisdicional substantiva. Ou seja: ações judiciais complexas como as demandas regulatórias judicializadas exigem um processo civil mais flexível e capaz de absorver o conteúdo extrajurídico dessas matérias.

Aqui, fala-se em litigância regulatória não como interferência indevida do poder judiciário em detrimento de instâncias como o legislativo e o executivo, mas como utilização da jurisdição para criar um ambiente interativo com as agências reguladoras mediante padrões democraticamente orientados.

A especialização das agências reguladoras e a tendência de se constituírem como instituições autocentradas e autorreferenciadas exigem a criação de formas democráticas de contestação e revisão que, claro, respeitem as suas capacidades institucionais, mas que não excluam questões relevantes para toda a sociedade da *accountability* cidadã, seja pelo manto da técnica ou da expertise, seja por uma ideia limitada de separação dos poderes.

Almeja-se, dessa forma, construir uma classificação adequada para o fenômeno denominado de litigância regulatória. A finalidade não é meramente ilustrativa, a ideia marcante é a utilização instrumental de uma taxonomia como ferramenta de análise por juízes, advogados, acadêmicos e comunidade interessada.

O detalhamento da litigância regulatória quanto ao interesse, às pessoas e à natureza do processo possibilita o refinamento da análise da demanda, conseqüentemente, aprimorando os mecanismos de resolução de controvérsias regulatórias.

Adiante, para o completo desenvolvimento deste trabalho, as considerações são divididas em quatro eixos: (a) teórico, a Teoria do Estado Administrativo e o modelo de Administração Gerencial, (c) institucional, agências reguladoras e tribunais superiores de superposição (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), (b) conceitual, abordando regulação, litigância regulatória e deferência, e, por fim, (d) temporal, decisões até o final de 2021.

Temos, assim, a seguinte pergunta de pesquisa: a aplicação da teoria da deferência pelos tribunais superiores de superposição, até o final de 2021, no julgamento de demandas regulatórias judicializadas, está em consonância com os preceitos da Teoria do Estado Administrativo?

A base empírica abrange acórdãos dos tribunais superiores que utilizaram o conceito de deferência para fundamentar suas razões de decidir. A empiria privilegia a sociabilidade da atividade jurídica, as práticas reais e seus efeitos. Os julgados podem, assim, ser observados sob duas perspectivas: (a) individual por possuírem, em regra, eficácia restrita aos demandantes e (b) geral, como mais um capítulo da prática decisória daquele juiz, tribunal ou país. É sobre este último ponto que este trabalho debruça sua análise das decisões judiciais.

A hipótese de pesquisa pressupõe a ausência de coerência argumentativa dos julgados e a falta de uso sistemático da teoria da deferência, expondo o longo caminho a ser construído na formulação de uma teoria da deferência adaptada à realidade

institucional brasileira. Esta pesquisa não busca eleger determinada forma de julgar como correta ou melhor, mas busca produzir correlação entre julgados individuais e suas tentativas de lidar com um mesmo problema, qual seja, o controle judicial de escolhas regulatórias.

O objetivo geral envolve mapear a aplicação da teoria da deferência nas decisões sobre demandas regulatórias nos tribunais superiores. Em específico, propõe expor um quadro sobre as demandas regulatórias judicializadas nos tribunais superiores, selecionar decisões (acórdãos) sobre demandas regulatórias nos tribunais superiores que utilizaram como fundamento a teoria da deferência e agrupar os dados conforme (i) ano de publicação, (ii) juiz ou ministro prolator da decisão ou relator do caso, (iii) a instituição a quem foi atribuída deferência, (iv) interesses regulatórios envolvidos, e (v) os argumentos utilizados, para, por fim, identificar padrões decisórios e argumentativos capazes de produzir uma explicação do sentido conjunto das decisões.

Por tudo exposto, esta pesquisa possui caráter empírico eminentemente qualitativo com algumas contribuições quantitativas complementares.

Para a realização dessa análise, o presente trabalho está estruturado em quatro capítulos principais, finalizados com uma breve conclusão. Além da parte introdutória, o primeiro capítulo discorre sobre os elementos fundamentais da teoria do Estado Administrativo norte-americano, buscando uma singularização semântica desta nomenclatura.

Além disso, propõe expandir o escopo de análise do Estado Administrativo com inclusão de diversas variáveis contemporâneas catalizadoras de um processo de complexificação, focalizado, entre outros, na dimensão regulatória e na escolha institucional de criação de agências reguladoras.

Assim, enquanto o capítulo 1 aborda o nascimento e complexificação do Estado Administrativo norte-americano, o capítulo 2 absorve o enfretamento realizado pelas teorias da administração nacionais acerca do processo transicional entre o patrimonialismo para um modelo de administração pública burocrática seguido por um regime administrativo gerencial.

Nesse contexto, a finalidade manifesta desta seção envolve a aproximação dialógica dos desafios enfrentados por Brasil e Estados Unidos na definição de padrões democráticos, participativos, eficientes e plurais de condução da organização estatal. Como instrumento de conexão, aprofunda-se no fenômeno regulatório e na escolha institucional do modelo de agências reguladoras independentes.

O terceiro capítulo absorve as construções realizadas nos tópicos anteriores para construir o arcabouço conceitual da litigância regulatória. Em síntese, a litigância regulatória configura-se pela contestação, administrativa ou judicial, sobre determinado interesse regulatório (elemento objetivo) entre agências reguladoras e regulados (elemento subjetivo).

Nesse ponto, almeja-se a contribuição mais original do trabalho, qual seja, a explicação com razoável cuidado sobre (i) o aspecto subjetivo da litigância regulatória, distinguindo a modalidade adversarial simples e a complexa; (ii) o aspecto objetivo, principalmente, diferenciando interesse regulatório direto e indireto; (iii) litigância regulatória administrativa (LRA) e (iv) litigância regulatória judicial (LRJ).

A parte final do capítulo 3 focaliza as questões específicas da litigância regulatória judicial. Teoricamente, esta perspectiva de análise aproxima-se dos seguintes marcadores: (i) processo como deliberação pública; (ii) litigância de interesse público; (iii) ampliação da participação; (iv) visão substancial de jurisdição; e (iv) processo estrutural.

De outro lado, a LRJ também possui um espaço teórico de divergências, em resumo: (i) a LRJ busca ultrapassar o aspecto revisional do controle judicial das agências reguladoras, (ii) rejeita a carga, excessivamente, pessimista atribuída por uma parte da literatura sobre judicialização da política acerca da participação do judiciário em assuntos sensíveis a outros poderes e (iii) não pode ser considerada sinônimo do fenômeno chamado “*regulation through litigation*”.

No último capítulo, seguindo a taxonomia da litigância regulatória e respeitando a estrutura dialógica do estudo, absorve-se a perspectiva deliberativa da LRJ para analisar o tensionamento entre deferência e deliberação. São analisadas, dessa forma, julgados dos tribunais superiores de sobreposição (STF e STJ) que utilizaram a deferência como razões de decidir conforme a seguinte metodologia:

- a) as pesquisas são realizadas nos portais de jurisprudência do STJ e STF, reconhecendo-se que os julgados publicados nesses portais, por vezes, não representam a totalidade dos julgados da Corte. Apesar disso, a ferramenta constitui o instrumento público mais difundido para divulgação dos julgados dos referidos Tribunais, oferecendo funcionalidades de pesquisa e leitura que os tornam meios adequados para pesquisas exploratórias de jurisprudência, tal como proposta por este estudo;
- b) utiliza-se, nos dois buscadores, o seguinte termo de pesquisa (deferên\$), porquanto o item \$ é capaz de trazer variantes vocabulares do radical “deferên”;

- c) não é aplicado um limitador temporal de início, apenas final, admitindo-se decisões proferidas até o final de 2021 (31.12.2021);
- d) a primeira triagem deve verificar a utilização semântica da deferência, sendo absorvidos apenas aqueles casos no qual o termo signifique o *respeito pelas capacidades institucionais de outros corpos decisórios*, excluindo-se outras ocorrências semânticas;
- e) após, privilegia-se, primeiro, julgados colegiados que se encaixam no conceito de litigância regulatória judicial, estudada no Capítulo 3 (tópico 3.2.4), com razões de decidir vinculadas ao uso da teoria da deferência; segundo, outros julgados colegiados, mesmo que não configurem LRJ, mas, de forma abrangente, adotem como premissas fundamentais argumentos de deferência capazes trazer luz para definições da Corte sobre a relação do judiciário no controle de decisões da Administração;
- f) exclui-se a análise de decisões monocráticas;
- g) o estudo não se propõe exaustivo, mas busca, de forma contextualizada, explorar as construções jurisprudenciais que estão começando a modelar as condições de aplicação da deferência para resolução de demandas regulatórias judicializadas;
- h) a consolidação dos julgados desconsidera questões processuais quando não conectadas diretamente com o mérito da demanda; e
- i) por fim, a análise começa pelo Superior Tribunal de Justiça para depois seguir para o Supremo Tribunal Federal;

Finalmente, na conclusão, uma síntese dos principais resultados é apresentada, destacando os aspectos mais relevantes da presente dissertação, as principais contribuições oferecidas, suas limitações e as sugestões de pesquisas futuras que possam dar andamento aos resultados obtidos por este estudo.

CAPÍTULO 1: ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DA TEORIA DO ESTADO ADMINISTRATIVO NORTE-AMERICANO

“A filosofia de uma era não é nada mais que o espírito daquele tempo expresso em pensamento abstrato.”¹

A pretensão final deste trabalho abrange a identificação das práticas decisórias dos tribunais de sobreposição brasileiros (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) na aplicação da teoria da deferência no contexto da litigância regulatória judicial.

Para esse objetivo, considera-se imprescindível o estudo dos elementos teóricos, políticos e institucionais que estimulam a adoção da perspectiva da deferência em seu contexto de criação, qual seja, a consolidação do modelo de Estado Administrativo estadunidense.

Este capítulo, portanto, assume esta missão, dividindo-se em três partes: a primeira aborda as premissas históricas e teóricas do Estado Administrativo, buscando uma singularização semântica desta nomenclatura; a segunda propõe expandir o escopo de análise do Estado Administrativo com inclusão de diversas variáveis contemporâneas catalizadoras de um processo de complexificação, focalizado, entre outros, na dimensão regulatória e na escolha institucional de criação de agências reguladoras; e a terceira, resumidamente, tece comentários conclusivos sobre a seção e antecipa tópicos da temática enfrentada pelo segundo capítulo.

1.1 PREMISSAS HISTÓRICAS E TEÓRICAS DO ESTADO ADMINISTRATIVO

A origem do Estado Administrativo norte-americano encontra-se conectada a dois movimentos localizados entre o fim do século XIX e início do século XX, são eles: a autonomização do estudo da administração pública e a transição do paradigma de Estado Liberal para um modelo Social.

Este período observa a ampliação dos compromissos estatais relacionados à fruição de direitos, majoritariamente, ligados a uma noção de igualdade material. O Estado Administrativo aparece, assim, como a resposta institucional-burocrática para a concretização da finalidade instrumental do Estado.

¹ Trecho lembrado por Woodrow Wilson das lições do filósofo alemão F. Hegel. [Tradução livre do original: “*The philosophy of any time is, as Hegel says, ‘nothing but the spirit of that time expressed in abstract thought’*”] (WILSON, 1887, p. 199)

Os próximos subcapítulos almejam, portanto, delinear com cuidado e precisão o contexto histórico do início do século XX, além de tratar sobre a ebulição de ideias que incentivaram uma abordagem proativa dos projetos governamentais.

1.1.1 A AUTONOMIZAÇÃO DO ESTUDO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No livro “*The Administrative State: a study of the political theory of American public administration*”, originalmente publicado em 1948, Dwight Waldo enfatiza que o estudo do nascimento do Estado Administrativo requer a análise combinada da realidade fática e das condições ideológicas que envolviam o estudo da Administração Pública nos Estados Unidos na primeira metade do século XX.²

Notadamente, Waldo (1948, p. 92-97) demarca o fim da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) como momento histórico originário da definição do administrador público como um conceito separado do administrador geral, pois dotado de um conjunto de habilidades específicas para a atuação governamental.

Entre os elementos fáticos existentes neste período, destacam-se (i) o crescimento acelerado da população, (ii) o fracasso das formas tradicionais de administração na resolução de problemas da modernidade, (iii) o nascimento de uma civilização empresária e de novas corporações, (iv) a preponderância dos movimentos de urbanização, (v) o descontentamento com o sistema de patronagem (*spoil system*), baseado em práticas nepotistas, (vi) a segunda revolução industrial e o modelo taylorista de produção, (vii) o avanço da profissionalização e especialização em diferentes áreas do saber, e (viii) o impacto da Grande Depressão e das duas Grandes Guerras Mundiais. (WALDO, 1948, p. 3-12)

No campo ideológico, Waldo resume algumas dessas teorias como (i) a suposta missão dos Estados Unidos com a democracia; (ii) o dilema entre democracia e eficiência, (iii) a dicotomia política e administração; (iv) o Estado de Direito; (vii) a

² Embora já tenha completado mais de 80 anos desde sua primeira edição, o livro de Waldo demonstra sua relevância acadêmica em quatro pontos principais: a obra iniciou uma nova forma de pensar ao conectar os dilemas típicos da administração com preocupações da teoria política, ou seja, questões como burocracia, expertise e eficiência relacionadas com temas de democracia, liberdade e participação; serve majoritariamente como um guia de perguntas no qual as respostas são historicamente renovadas conforme a condição material de determinada temporalidade e as ideias dominantes naquele momento; critica, especificamente, as teorias ortodoxas da administração que tomavam a participação pública como interferência ilegítima no andamento da boa governança; e inicia a discussão sobre a construção de uma teoria democrática da administração pública. (ROSENBLOOM; MCCURDY, 2006, p. 2-4)

doutrina do progresso e da eficiência; e (vii) a confiança na ciência para resolução de problemas da modernidade. (WALDO, 1948, p. 12-21)

Na mesma toada, Woodrow Wilson (1887, p. 198) aponta para o crescimento da preocupação com elementos internos às estruturas estatais, mais especificamente, com a burocracia e a eficiência na condução da coisa pública.

No intervalo dos anos 1890 e 1930, diversos movimentos dentro das escolas de Administração Pública norte-americanas desencadearam transformações sobre o papel do administrador e da teoria da administração. A emancipação do estudo da Administração Pública solidifica-se por meio do esforço dessas escolas em sistematizar cientificamente os conceitos típicos da administração governamental e substituir o sistema de patronagem por uma administração fundamentada na moralidade, na primazia da expertise e na profissionalização. (WALDO, 1948, p. 27-46)

Os primeiros anos do século XX inauguram o processo de autonomização da administração pública em nível institucional e teórico, amparado na premissa fundamental de diferenciação entre política e administração. Ou seja: sustenta-se o posicionamento da atividade administrativa fora da esfera da política; a política determina as tarefas a serem realizadas pela administração, devendo a fase de efetiva implementação da atividade ser imune à manipulação política. (WILSON, 1887, p. 210)

Por ser de fácil explicação e por fornecer uma espécie de blindagem para o executivo, a cisão entre política e administração, mesmo conflitando com a experiência real da prática administrativa, encontra influência em discursos políticos da época e em apelos do senso comum, abrangendo, em geral, o desejo de expurgar os vícios da política eventualmente incidentes sobre a condução técnica e profissional da administração pública.³

Entre os autores norte-americanos do início do século XX mais expressivos da defesa dessa dicotomia destacam-se Woodrow Wilson, no texto “*The Study of Administration*” (1887), e F. J. Goodnow, na obra “*Politics and Administration*” (1900).

³ Filippin e Azevedo explicam as correntes de pensamento defensoras da dicotomia entre política e administração no seguinte trecho: “essa vertente propõe que a administração e a política são conceitos e, correspondentemente, atividades distintas e separadas, em que a primeira estaria subordinada à segunda, embora aquela não deixe de gozar de autonomia em seu âmbito de aplicação”. (FILIPPIN; AZEVEDO, 2016, p. 2). Em contraposição, em relação aos autores que sustentam a complementariedade dos campos, afirmam que “haveria, entre a administração e a política, não uma cisão absoluta e distanciamento hierárquico, como a perspectiva dicotômica preconiza, mas sim entrelaçamento, interdependência, influência recíproca e ampla interação entre elas, de modo que é difícil, especialmente no plano empírico, delimitar-se onde termina uma e começa a outra”. (FILIPPIN; AZEVEDO, 2016, p. 3)

Nos anos seguintes, quando consolidado o empoderamento da administração pública como ramo diferenciado de atuação estatal e como ciência social, a separação entre administração e política ganha aspectos mais atenuados em Waldo (1948) e Gulick (1933) após o reconhecimento da necessidade de superação da corrente isolacionista característica dos anos iniciais, admitindo-se, como já se observava empiricamente, o vínculo irremediável entre o “agir político” e o “fazer administrativo”.

Waldo, por exemplo, destacou-se academicamente por apontar o potencial conflito entre o uso expresso da estrutura administrativa e suas possíveis funcionalidades implícitas ou sobrepostas dentro de um sistema político. (WALDO, 1948, p. x)

No Estado Administrativo desenhado por Waldo, a concepção funcionalista de prática administrativa acolhe a ideia de que cada membro ou órgão estatal deve possuir singulares competências e atribuições, as quais são conferidas pela sua especial habilidade de condução daquela matéria. (WALDO, 1948, p. 100)

O Administrador emerge, portanto, como profissional da arte da gestão da coisa pública, dotado de um conjunto de habilidades específicas para a atuação governamental. (STONE, 1952, p. 285)

Nesse ambiente, concomitantes aos movimentos de urbanização e industrialização, cresce no Estado Administrativo a ideia de sociedade planejada.⁴

O Estado não tem razão de existir além de sua instrumentalidade para o indivíduo e a boa vida depende do aproveitamento de coisas tangíveis e da conversão de bens naturais para utilidades humanas. (WALDO, 1948, p. 71-73)

Manifesta-se, portanto, a transformação dos pressupostos de legitimidade do próprio Estado norte-americano pela substituição dos fundamentos negativos de uma

⁴ “Boa parte da legislação moderna assume o caráter de planejamento. Sua abordagem privilegia os aspectos gerais da área em análise em detrimento de problemas específicos, enfatizando, também, elementos proativos. Algumas vezes o planejamento é detalhado, outras apenas esboça genericamente o plano, cabendo ao administrador preencher as lacunas. Planejamento baseado no futuro, usualmente, estabelece alguma política pública, esta, por sua vez, pressuposto por alguma teoria, de modo que, nesse contexto, encontram-se no campo de discricionariedade do administrador tanto teoria como política pública.” [Tradução livre do original: “*Much modern legislation is planning type legislation. The approach is to a whole area of activity rather than to specific facets and the emphasis is upon the future. Sometimes the planning is detailed; sometimes it merely sketches generally the plan, leaving the administrator to put in the details. Planning for the future usually presupposes a policy and policy usually grounds itself upon a theory, and hence the administrator is sometimes left with considerable latitude as to both theory and policy.*” (STONE, 1952, p. 285)

formação não-interventiva clássica por expectativas de desempenho positivas, naquilo que será analisado por este trabalho como a passagem do paradigma liberal para o modelo social.

1.1.2 A TRANSIÇÃO DO PARADIGMA DE ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO SOCIAL

O posicionamento histórico da teoria do Estado Administrativo nos anos iniciais do século XX explica-se, também, pelo entrelaçamento da matéria ao fenômeno do alargamento⁵ (ou para alguns autores, hipertrofia) da função executiva como resposta teórico-institucional para a expansão dos compromissos estatais característicos da transição de um Estado Liberal para um paradigma de Estado de Social (*Welfare State*).⁶

O Estado Liberal, marcado pelas Revoluções Liberais do século XVII e XVIII, expressa-se juridicamente pelo Estado de Direito, no qual o status de cidadão estava protegido constitucionalmente por direitos individuais formais, especialmente a propriedade e a liberdade de contratar, numa sociedade centrada na economia. (LOPES, 2018, p. 88)

A norma, no Estado Liberal, é abstrata e formal, almejando a aplicação uniforme sem diferenciação de atributos individuais dos sujeitos, tornando-se, em regra, de natureza negativa ao eleger a proibição como principal meio de proteção do livre domínio individual. (MACEDO JUNIOR, 2013)

Esse cenário observa o crescimento das reivindicações por igualdade material em resposta às externalidades negativas da industrialização. Como consequência, a consideração dos papéis sociais revelados pelas relações assimétricas do produtivismo industrialista (empregado e empregador; fornecedor de produtos e serviços e

⁵ “Sob o enfoque do Estado Administrativo, a percepção de alastramento das funções entre os poderes estatais implica também a compreensão da função administrativa como uma realidade equidistante das clássicas funções estatais. Trata-se, portanto, da progressiva institucionalização da administração como algo ligeiramente distinto das funções executivas, legislativas e jurisdicionais.” (ARANHA, 2018, posição 441)

⁶ Aqui, alerta-se que, mesmo diante do uso tradicional da sistemática dos paradigmas de Estado – Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito – por diversos autores (BLANCHET; BACELLAR, 2017; MIRANDA, 1992; HABERMAS, 1995; MOREIRA NETO, 1997; SARLET, 2005), a absorção desses marcos deve ser feita com cautela para países fora do eixo Europa-Estados Unidos. Considerada essa ressalva e os riscos de assincronia entre realidades distintas, a utilização do esquema dos paradigmas manifesta benefícios teóricos na apresentação dos desafios e respostas exploradas juridicamente pelo ocidente, incluindo o Brasil, uma vez que as formas de ordenação social propostas nas jornadas de juridificação foram, em certa medida, absorvidas por instituições nacionais. (LOPES, 2018, p. 73)

consumidor) foi operacionalizada no confronto entre poder econômico e poder político-burocrático. (LOPES, 2018, p. 89-90)

Desta forma, no início do Século XX, como entende Lopes (2018, p. 96-98), desenvolve-se o Estado Social caracterizado por prestações de compensação social mediadas por uma prática jurídico-burocrática instrumental e finalística, exteriorizada pela emergência de um Estado interventivo e de um direito material orientado para resultados.⁷

Nesse contexto, em contraposição ao caráter abstrato e formal do Direito no Estado Liberal, a norma no Estado Social articula fato e valor ao juridicizar a negociação da justiça distributiva, adquirindo, logicamente, um caráter positivo e prescritivo capaz, em tese, de retificar e compensar desigualdades. (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 92-93)

Por sua vez, Friedman (1988, p. 18) destaca o aumento da responsividade estatal no Estado Social, isto é, a indispensabilidade de coordenação das atividades estatais com os novos desafios sociais, econômicos e políticos. Para este autor isso explicaria o engrandecimento do tamanho do Estado como uma das dimensões marcantes do *Welfare State*, porquanto o crescimento da arrecadação, do número de funcionários e órgãos, a densificação da legislação, e, centralmente, a legitimação do poder de influenciar esferas e matérias privadas surgiram como resposta à pressão dos próprios interessados.⁸

Elites e cidadãos comuns, cada um da sua forma, passaram a pleitear o controle de resultados socialmente prejudiciais, exigindo, por exemplo, a regulação⁹ de matérias

⁷ “(...) o direito materializado é aquele que incorpora raciocínios valorativos que fogem do registro legal/ilegal por estarem fundados em cláusulas gerais como “boa-fé”, “bons costumes”, “concorrência desleal”, “mulher honesta”. Tais cláusulas gerais, muitas vezes contidas nas leis, abririam espaço para a subjetividade do juiz e/ ou para a dissolução do direito em outras ordens normativas. Afinal, de acordo com esse diagnóstico, tais cláusulas permitiriam que os julgamentos fossem proferidos com base em normas morais, éticas, religiosas, preceitos científicos etc., fato que colocaria a perder a certeza dos julgamentos padronizados e a autonomia da ordem jurídica em relação às demais ordens normativas” (NOBRE; RODRIGUES, 2011, p. 6-7).

⁸ “Na segunda fase, referida como modernidade ou Estado social (*welfare state*), iniciada na segunda década do século que se encerrou, o Estado assume diretamente alguns papéis econômicos, tanto como condutor do desenvolvimento como outros de cunho distributivista, destinados a atenuar certas distorções do mercado e a amparar os contingentes que ficavam à margem do progresso econômico. Novos e importantes conceitos são introduzidos, como os de função social da propriedade e da empresa, assim como se consolidam os chamados direitos sociais, tendo por objeto o emprego, as condições de trabalho e certas garantias aos trabalhadores” (BARROSO, 2002, p. 286).

⁹ “O fundamento da regulação e, por consequência, do direito regulatório, encontra-se na necessidade de proteção de um determinado objeto errático. (...) O cerne da regulação reside em outra seara qualificadora do mercado: o direito à igualdade.” (ARANHA, 2018, posição 276)

de saúde, trabalho, segurança alimentar e a disponibilização de cada vez mais utilidades materiais. (FRIEDMAN, 1988, p. 18)

A reconfiguração das operações estatais, portanto, promove a emergência do Estado Administrativo norte-americano, isto é, a ascensão gradual de uma estrutura orgânico-funcional responsável por concretizar os objetivos, diretrizes e metas da modernidade, consolidando-se, até os dias de hoje, como elemento marcante do arcabouço institucional estadunidense.

O Estado Administrativo sobreviveu a guerras, crises econômicas, ataques políticos e contestações de legitimidade em decorrência da resiliência adquirida pelas suas premissas conceituais básicas, precipuamente, sua abertura, pelo menos em tese, à flexibilidade.

Como veremos a seguir, na tentativa de delimitar o conceito de Estado Administrativo, o contínuo retorno aos princípios fundamentais como responsividade, delegação de competências, procedimentalização e centralidade da expertise e da ciência permitem o enraizamento duradouro desta estrutura como elemento inevitável da conexão do “agir político” e o do “fazer administrativo”.

1.1.3 O CONCEITO DE ESTADO ADMINISTRATIVO

Estado Administrativo, administração pública e Poder Executivo se entrelaçam, por vezes, como sinônimos ou termos complementares. Entre os vocábulos, Poder Executivo sobressai como a expressão mais estabelecida e difundida, incorporando os esforços para criação de fundamentos da separação dos poderes e carregando consigo a maior carga de vinculação tipicamente política ao sujeitar-se à reatividade eleitoral com mais intensidade.

De outro lado, quando se considera o processo de autonomização da administração pública como pressuposto da emergência do próprio Estado Administrativo, diferenciá-los ontologicamente se revela uma tarefa hercúlea, uma vez que ambos compartilham a aspiração de condução técnica da vontade pública.

Entretanto, é possível perceber que o termo “administração pública” abrange tanto o aspecto subjetivo relacionado às pessoas participantes do processo de condução do “fazer administrativo” quanto seu elemento objetivo-funcional focalizado nas atividades e nos órgãos administrativos. Enquanto isso, preponderantemente, a nomenclatura “Estado Administrativo” gravita sobre o caráter institucional-burocrático

de organização estatal, intrinsecamente ligado com a dimensão objetivo-funcional da administração pública.¹⁰

A noção de Estado Administrativo nasce em meio à constatação de insuficiência do modelo tripartite de separação de poderes para afirmar que a Administração Pública, aí incluída a jurisdição sob o viés tradicional de separação de poderes, situa-se em um espaço de íntima relação e harmonia entre a administração e a política. Trata-se de uma teoria que se nutre da assertiva já presente em Montesquieu de que os poderes contêm várias funções para que se impeça o domínio de uns pelos outros. (ARANHA, 2018)

Wilson (1887, p. 198-220) define administração pública como a execução detalhada e sistemática do direito público, isto é, são típicos atos de administração aqueles relacionados à tributação, segurança e serviços públicos. Para o autor, o Estado Administrativo, assim, abarcaria a estrutura mais óbvia de um governo por constituir a faceta operacional e próxima da sociedade, o governo em ação na conversão da vontade político-democrática em elementos materialmente executáveis.

No mesmo raciocínio, Dimock (1937, p. 40) atribui ao Estado Administrativo a responsabilidade pelas reais modificações sociais, isto é, aquelas materialmente verificáveis e usufruíveis, sem, no entanto, deixar de alertar para a natural desconfiança imputada à atuação maleável do administrador público. Exige, assim, como pressuposto legitimador da expansão dos poderes administrativos, sua contribuição para a concretização dos valores democráticos socialmente definidos como essenciais.¹¹

À vista disso, demanda que a atuação administrativa ocorra conforme uma unidade institucional planejada e em sincronia, dotada de adequada margem de flexibilidade e discricionariedade capaz de absorver novas tecnologias e práticas disruptivas. Deve, portanto, possuir mecanismos de diálogo aptos para construir pontes entre a administração pública e seus clientes, quais sejam, os cidadãos. (DIMOCK, 1937, p. 34)

Inspirado no movimento da administração científica, o Estado Administrativo fomenta a pesquisa, o planejamento e a identificação de princípios gerais da

¹⁰ Neste trabalho, em regra, destaca-se o aspecto da responsividade eleitoral para tratar do executivo, enquanto administração pública e Estado Administrativo são utilizados recorrentemente como intercambiáveis.

¹¹ Herring (1936, p. 43) fraciona o Estado Administrativo em três dimensões: (1) tarefas tradicionais como tributação e relações exteriores; (2) funções regulatórias, primordialmente, ligadas à utilidades públicas e (3) serviços públicos.

administração pública, apresentando o administrador como um elemento objetivamente controlável pelo procedimento. (WALDO, p. 56-58)

Paul Van Riper (1983, p. 477), inspirado nos conceitos de Max Weber, produz uma definição de Estado Administrativo fundada nas seguintes características: organização estruturada em níveis hierárquicos, baseada no recrutamento por mérito, dotada de processo de decisão racional, amparada pelo Estado de Direito e no devido processo legal com autossuficiência financeira para suportar o aparato organizacional e sustentação em técnicas e elementos quantitativos, além de adequado suporte tecnológico com incidência de métodos de controle, fiscalização e moralidade integralizada num arranjo institucional mutuamente cooperativo.

Sistematicamente, portanto, destacam-se dez pilares do Estado Administrativo: (i) unidade; (ii) flexibilidade, (iii) responsividade, (iv) delegação de competências; (v) discricionariedade administrativa; (vi) procedimentalização do agir administrativo; (vii) profissionalização; (viii) centralidade da expertise e da ciência; (ix) rede institucional colaborativa; e (x) métodos de controle.

O princípio da unidade fica evidenciado nos esforços para operacionalizar estruturas capazes de coordenar diferentes órgãos e múltiplos sujeitos com interesses difusos e, ocasionalmente, antagônicos em um ambiente preenchido pelo mesmo espírito institucional. (DIMOCK, 1937, p. 38)

Como fundamento do Estado Administrativo, admite-se (e até aconselha-se) a redistribuição do arranjo de poderes como resposta estratégica para necessidades sociais, econômicas e políticas. A flexibilidade abrange a alterabilidade do design hierárquico-funcional das instituições governamentais na adaptação de novas realidades e responsabilidades aos resultados esperados. (GULICK, 1933, p. 63)

Para Waldo (1948, p. 94), o Estado Administrativo promove a elevação do administrador ao status de centro de cooperação social quando lhe imputa o atributo da responsividade. É estabelecida, assim, uma relação direta em entre a heterogeneidade da sociedade e das relações sociais e a complexificação da administração pública. (DIMOCK, 1937, p. 29)

A expansão das responsabilidades estatais e a exigência de concretização material dessas responsabilidades, explicadas anteriormente nos parágrafos sobre a transição do paradigma do Estado Liberal para o Estado Social (tópico 1.1.2), ajudam a explicar a delegação de competências e a discricionariedade administrativa como

componentes fundamentais do Estado Administrativo.¹²

Observado do ponto de vista prático da atuação estatal, a delegação de competências apresenta-se como mecanismo apto a fomentar a especialização da atuação administrativa. (STONE, 1952, p. 288)

Já a discricionariedade consolida-se como decorrência lógica da posição ativa do administrador na consecução do seu *múnus* público, porquanto a fase de implementação deve ser dotada de liberdade na decisão dos meios necessários para cumprir adequadamente a tarefa previamente estipulada. (WILSON, 1887, p. 212)

A procedimentalização do agir administrativo, a profissionalização e a centralidade da expertise e da ciência, por sua vez, representam, mesmo que retoricamente, proteções contra o abuso de poder da administração, complementando o quadro legitimador do Estado Administrativo.

O elemento teleológico central da procedimentalização do agir administrativo abrange a noção enraizada na cultura jurídica anglo-americana de que ninguém pode ser privado da vida, da liberdade ou da propriedade sem o cumprimento do devido processo legal. (STONE, 1952, p. 291)

Centralizando o caráter profissional do administrador, em “*The Administrative State: a study of the political theory of American public administration*”, Waldo (1948, p. 97) separa uma parte de sua obra apenas para discorrer sobre contratação e treinamento, evocando um método democrático de recrutamento não baseado em riqueza, berço ou classe social, bem como estipulando ciclos de treinamento e aperfeiçoamento contínuo cada vez mais especializados para um determinado ramo de atuação.

Ainda, em concordância com o espírito positivista do início do Século XX, o Estado Administrativo posiciona a ciência¹³ como instrumento facilitador dos

¹² “A pluralização do Direito no Estado regulador, aliada às rápidas transformações técnicas, políticas, culturais e sociais de cada setor econômico, acabam por favorecer a discricionariedade dos agentes reguladores. Para acompanhar a velocidade das transformações os agentes reguladores, e o Direito Administrativo específico para cada área de atuação, são dotados de considerável discricionariedade para a escolha de seus atos”. (BLANCHET; BACELLAR, 2017, p. 1.149)

¹³ “A ciência, seja vista na sociedade em geral ou no governo, requer mão livres, mãos capazes de realizar experimentos, teste, erros, falhas e sucessos. Esse é o único método que a ciência conhece. Princípios e regras nunca antecedem a ciências. Eles a seguem. Ciência produz o direito, não o contrário. Depois de executados os passos da ciência, podemos reduzir o processo para princípios e regras, nunca antes. Inovações não são produzidas por regras. Regras são o resultado do desejo de perpetuar aquilo que foi descoberto. Todas as ciências presentes na atividade governamental, assim como em outras áreas, são produto de experimentação. De forma abrangente a atividade administrativa vem sendo utilizada pelo

propósitos humanos, substituindo as amarras da metafísica pela evolução exponencial do método científico. (WALDO, 1948, p. 47-50)

Por fim, a modelagem de uma rede institucional colaborativa e a definição de métodos de controle retratam um dos principais desafios do Estado Administrativo: a conciliação de autonomia, cooperação e controle. (DIMOCK, 1937, p. 36)

A autonomia infere algum grau de isolamento, enquanto a cooperação apela para mecanismos de comunicação institucional e influência recíproca. Já os métodos de controle e revisão complexificam a relação autonomia-cooperação, pois incluem um terceiro (ou terceiros) com poderes modificativos sobre as fases anteriores. Harmonizar esses valores num arranjo organizacional funcional e estável se mostra um projeto continuamente em execução.

De fato, a operacionalização do Estado Administrativo ao longo do século XX e neste início de século XXI encontra uma série de obstáculos que variam entre entraves políticos, econômicos e, até mesmo, constitucionais, uma vez que o aspecto da legitimidade desta estrutura encontra-se permeada de críticas sobre a sua compatibilidade democrática. Esses movimentos implicam um processo de complexificação e refinamento a seguir exposto.

1.2 A COMPLEXIFICAÇÃO DO ESTADO ADMINISTRATIVO

O Estado Administrativo apresenta-se como um terreno de permanente tensão, interação e conflitos entre elementos relacionados ao direito (juridicidade e compatibilidade constitucional), à democracia (participação e accountability) e capacidade epistêmica. (VERMEULE, 2015, p. 277)

Mantendo a linha de análise concentrada na realidade e em autores norte-americanos, a presente seção propõe abordar a inclusão de algumas variáveis fomentadoras de um processo de aprofundamento do Estado Administrativo.

governo como instrumento de experimentação. A atividade administrativa oferece às ciências governamentais a mão livre para experimentar”. [Tradução livre do original: “*Science, whether in society at large or in government, requires free hands, hands which can make experiments, trials and errors, failures and successes. It is the only method that science knows. Principles and rules never precede science. They follow it. Science makes law, not the reverse. After we have found out what we want to do and how to do it, we can reduce our processes to principles and rules, but not before. New things are not done by rules. Rules come as the result of the desire to perpetuate what we have discovered. All the science we have in government, as is true with other things, has been the result of experimentation. And by and large, the administrative agency has been the instrument which government has employed for its experiments. The administrative agency gives governmental science a free hand to experiment.*” (GREEN, 1935, p. 710)

Adiantando alguns temas, focaliza-se a dimensão regulatória do Estado Administrativo, institucionalizada pelas agências reguladoras, manifestando expressamente o entendimento de que a emergência deste modelo funcional-burocrático constitui um dos principais produtos da *Progressive Era*, conseqüentemente, da própria teoria do Estado Administrativo.

Ademais, será detalhada a estabilização de uma perspectiva pragmática da legitimidade do Estado Administrativo, fundada em uma espécie de *trade-off* em contraposição à visão mais dogmática e rígida de separação dos poderes.

Destaca, também, aspectos ligados ao contra-ataque político executado por diversos atores, abrangendo tópicos sobre (a) os movimentos do legislativo, (b) o discurso antagonista de alguns presidentes e (c) a resistência judicial amparada na doutrina da não-delegação.

Reserva, por fim, espaço para desenvolver considerações sobre os limites epistemológicos do Estado Administrativo, primordialmente, na relação ciência, contestação e democracia em um universo marcado pela incerteza.

1.2.1 O MODELO DE AGÊNCIAS INDEPENDENTES NORTE-AMERICANO

Kersch (2015, p. 69) atribui os desenvolvimentos teóricos e institucionais destacados nos tópicos anteriores, quais sejam, a autonomização da administração pública, a transição do Estado Liberal para Social e o surgimento da teoria do Estado Administrativo, à chamada Era Progressista ou *Progressive Era*, temporalmente fixada entre o final da Reconstrução (1877) até o início da Primeira Guerra Mundial (1914).

Liderado por políticos e juristas progressistas, o governo deixou a posição neutra do Estado Liberal para assumir uma função propositiva do Estado Social.

Kersch, assim, considera a Era Progressista como um movimento político paradigmático alimentado por diversas fontes em ebulição no início do século XX, entre elas: (i) o republicanismo cívico baseado no bem-comum, no dever patriótico, no sacrifício e no ato de servir; (ii) o evolucionismo dawniano centralizador do crescimento e desenvolvimento orgânico, (iii) a teoria hegeliana enquanto defensora do Estado como lugar e instrumento para realização dos ideais orgânicos e filosóficos da sociedade, e (iv) a evidência do pragmatismo filosófico de Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey estabelecendo a conexão inafastável entre ideias e os esforços para resolver problemas sociais concretos. (KERSCH, 2015, p. 72)

É nesse cenário do início do século XX que a regulação¹⁴ encontra legitimação na confiança gerada pela concepção de sociedade habilitada para gerenciar riscos e adversidades, produzindo, conseqüentemente, a criação das primeiras agências reguladoras independentes, em especial, a *Interstate Commerce Commission* (ICC), decorrente do *Interstate Commerce Act* de 1887.

As agências reguladoras encarnam, na tradição do Estado Administrativo estadunidense, a afirmação de uma estrutura estatal responsável pela administração das leis como algo essencialmente distinto da formulação das leis e, por isso, definida por exclusão, ou seja, trata-se da regulação entendida como a administração das leis que não se confunde com a formulação da política pública correspondente, o que não significa dizer que a administração das leis estaria despida de conteúdo normativo. (ARANHA, 2018, posição 454)

Na virada do século, nos governos de Roosevelt e Wilson, outras importantes leis consolidaram o ambiente das agências independentes: *Sherman Act* (1890), *Pure Food and Drug Law* (1906), *Federal Reserve Act* (1913) e o *Clayton Act* (1914). (GLAESER; SHLEIFER, 2003, p. 407)

Até o início do século XX, as disputas comerciais eram resolvidas essencialmente por litigância privada, isto é, cortes decidiam sobre responsabilidades corporativas por acidentes, práticas anticompetitivas, segurança de alimentos e medicamentos em um mecanismo de controle de danos e *a posteriori*. (GLAESER; SHLEIFER, 2003, p. 401)

Durante a Era Progressista, as agências reguladoras tomaram o controle sobre matérias relacionadas à ferrovias, antitruste e controle de qualidade de serviços de interesse público como resultado do esforço vitorioso em isolar esses temas do controle político-partidário, primordialmente, direcionando-os para unidades administrativas consideradas técnicas, guiadas pelo interesse público e não afetadas pelas paixões da política. (KERSCH, 2015, p. 73)

Conjugando esses elementos, portanto, Morrison (1988, p. 252) elenca quatro características fundamentais das agências reguladoras independentes, quais sejam: (i) em regra, formada por uma mesa de diretores; (ii) impossibilidade de demissão sem justa causa dos dirigentes das agências reguladoras independentes; (iii) além de

¹⁴ “O pressuposto do Estado Regulador, portanto, é a compreensão da intervenção estatal como garantia de preservação das prestações materiais essenciais à fruição dos direitos fundamentais, sejam elas prestações de serviços públicos ou privados, sobre as quais se aplica a insígnia da regulação, ou sejam elas outros tipos de atividades, tais como o exercício do poder de polícia, atividades de fomento e prestações positivas tradicionais de índole concreta e normativa.” (ARANHA, 2018, posição 367)

atribuições administrativas, possuem capacidades normativas e adjudicatórias e (iv) frequentemente, admitem um número variável, conforme a estrutura da agência, de indicação política de membros.

Outras agências reguladoras criadas nos anos seguintes são (MILLER, 1986, p. 42): *Federal Trade Commission* (1915), *Securities and Exchange Commission* (1934), *Federal Communications Commission* (1934), *National Labor Relations Board* (1935), *Energy Regulatory Commission* (1977) e *Commission on Civil Rights* (1983).

O modelo, dessa forma, consolidou-se como prática institucional durante todo o Século XX e início do Século XXI, sendo exportado para vários países, incluindo o Brasil, revelando incontestável êxito da proposta progressista após mais de cem anos da criação da primeira agência.¹⁵

O caminho, no entanto, não deixou de sofrer limitações.

A corrente progressista encontrou resistência em importante atores políticos e acadêmicos na voz de conservadores como Elihu Root, Henry Cabot Lodge, William Howard Taft, Herbert Hoover, Calvin Coolidge, Charles Evans Hughes, William D. Guthrie, James M. Beck e David Brewer. Essencialmente, eram críticos da excessiva instrumentalização do Estado e da socialização do direito que teria sido responsável por subverter a lógica natural da sociedade, colocando em risco valores como inovação, produtividade e crescimento. (KERSCH, 2015, p. 76-77)

O embate entre progressistas e conservadores exerceu influência inquestionável na consolidação do arranjo institucional regulatório do país. Miller (1986, p. 43) assinala que, mesmo diante do endosso da constitucionalidade das agências independentes pela Suprema Corte Norte-Americana em *Humphrey's Executor v. United States* (1935) e *Wiener v. United States* (1958), permaneceu forte, nas universidades, no judiciário e na política, o debate sobre a conciliação do modelo regulatório das agências independentes ao ideal da separação tripartite dos poderes.¹⁶

¹⁵ “Não é difícil de se enxergar a íntima conexão dessa concepção de Estado com a valorização dos órgãos reguladores de hoje, quando, em virtude da amplitude, dimensão e importância do poder regulamentar das agências reguladoras, estas são percebidas como um quarto poder, que sintetiza o governo moderno como um governo administrativo.” (ARANHA, 2018, posição 467)

¹⁶ Em linguagem simples, repete-se corriqueiramente o questionamento sobre a compatibilidade constitucional de instituições aglutinadoras dos poderes executivo, legislativo e judiciário representadas nas agências reguladoras. Isso ocorre, pois “a ideia central que embasa a separação dos poderes é evitar a concentração do poder em uma pessoa ou grupo dominante. Em 1215, o poder absoluto das monarquias começou a surgir. Os barões conseguiram obter do rei João-Sem-Terra o juramento à Magna Carta, ideia que será desenvolvida no item seguinte. Assim, pelo Princípio da Separação dos Poderes, estabelece-se

Esse confronto não provoca, como consequência, o enfraquecimento do Estado Administrativo, mas exige sua complexificação. No próximo tópico, são explicados alguns movimentos que ensejaram o refinamento da teoria, mais especificamente, o relacionamento dos elementos centrais da teoria constitucional norte-americana, no modelo madisoniano, com o chamado *trade-off* administrativo e as garantias substitutas (*surrogate safeguards*).

1.2.2 O TRADE-OFF ADMINISTRATIVO E AS GARANTIAS SUBSTITUTUTAS

Seguindo as conclusões dos tópicos anteriores, o Estado Administrativo consolida-se como aparato condutor da realidade material, organizando-se, finalisticamente, para a manutenção das condições de sociabilidade e desenvolvimento, manifestando-se institucionalmente, entre outros, por meio das agências reguladoras.¹⁷

Adrian Vermeule (2015, p. 251), um dos principais teóricos da matéria, destaca cinco características da forma moderna Estado Administrativo: (i) aumento do escopo das atribuições governamentais, principalmente federais; (ii) delegação massiva de competências do Congresso para a Presidência e demais corpos burocráticos; (iii) criação de agências independentes; (iv) o poder de adjudicação derivado de julgamentos administrativos e; por último, (v) a combinação de poderes “quase” legislativos (poder normativo), “quase” judiciais (poder de adjudicação) e executivos em instituições administrativas.

Extremamente importante para a teoria constitucional norte-americana, o ideal identificado pela República Madisoniana elenca duas premissas fundamentais contra a tirania: a rejeição da acumulação de poderes em uma única instituição, ou pior, em uma única pessoa e a impossibilidade de existência democrática de um poder estatal afastado de um mecanismo de controle. (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 113)

Seguindo o desenho de Vermeule, no entanto, o Estado Administrativo tensiona elementos centrais da República Madisoniana.¹⁸

o equilíbrio do poder (*balance of power*) a ser mantido entre as três funções: a Executiva, a Legislativa e a Judiciária. A teoria tripartida dos Poderes, como princípio de organização do Estado constitucional, é uma contribuição de Locke e Montesquieu. A doutrina é baseada na crença de que a concentração de poder em um só Poder do governo conduz ao despotismo” (PEIXOTO, 2004, p. 34).

¹⁷ “A propriedade administrativa do Estado, nesse sentido, vai marcar o protagonismo alcançado pela administração pública enquanto resposta a problemas que tensionam o ordenamento jurídico, de modo que o seu desenvolvimento decorre de necessidades concretas do Estado e da sociedade. Esse dinamismo reflete a ideia da existência de uma priorização do regime jurídico administrativo da atualização dinâmica de suas exigências sobre obediência às exigências originais” (ALMEIDA; OLIVEIRA, 2020, p. 900).

¹⁸ “O aumento da complexidade da escala do executivo, desde a época de Madison, implica o

Questiona-se tanto (a) como pode ser constitucional a aglutinação de poderes normativos, adjudicativos e executivos em instituições administrativas independentes quanto (b) como pode ser democrática a existência de agências administrativas despidas de mecanismos de *accountability* política ou responsividade eleitoral?

Esse conflito é discutido empiricamente por diversos pesquisadores. (BAMBERGER, 2006; MAGGETTI; INGOLD; VARONE, 2013; NESTI, 2018)

Contudo cresce em relevância teórica e prática, a perspectiva pragmática apontada por autores como Vermeule (2015, 2017a)¹⁹ e Miller (1986)²⁰ que tomam o Estado Administrativo como realidade consolidada por anos de prática institucional, no qual o desacordo com fundamentos constitucionais, em específico, separação dos poderes, *accountability* e controle social, não constitui situação superável pela escolha de determinado design de competências e hierarquia, mas circunstância gerenciável para níveis ótimos de coordenação conforme escolhas democraticamente aceitáveis.²¹

Usando a racionalidade econômica, perde força a lógica do jogo de soma zero na avaliação do dissenso entre o Estado Administrativo e fatores constitucionais, baseado na ideia que vincula o fortalecimento das instituições do Estado Administrativo

reconhecimento da obsolescência da função de controle ou monitoramento. No Estado Administrativo, o escopo das responsabilidades do executivo é vasto, tornando as instituições legislativa e judiciais carentes da capacidade de monitor frações relevantes da atividade do executivo, até mesmo quando partidos políticos opositores ocupam o executivo e os poderes ou mesmo com a ajuda de ‘alarme de incêndio’ acionados por grupos de interesse relacionados a alguma matéria específica”. [Tradução livre do original: “*The vastly increased complexity and scale of the executive, since Madison’s day, ensures that the monitoring function is largely obsolete. In the administrative state, the scope of the executive’s responsibility is vast, and legislative and judicial institutions lack the capacity to monitor any important fraction of what the executive does, even where opposing political parties occupy the executive and other branches, and even with the help of ‘fire alarms’—alerts from interest groups with stakes in particular issues*”. (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 19)

¹⁹ Vermeule (2015, p. 251) destaca a seguinte linha de raciocínio sobre a constitucionalidade do Estado Administrativo: primeiro, questiona-se a compatibilidade da forma moderna de Estado Administrativo em cotejo com os mandamentos constitucionais; caso a resposta seja positiva, resta consolidada a legitimidade dessa forma de organização estatal; na hipótese de resposta negativa, o que fazer, então, com um Estado Administrativo considerado inconstitucional quando essa forma de modelagem estatal encontra-se consolidada como prática institucionalizada?

²⁰ Miller (1986, p. 49) resolve a questão pragmaticamente: embora o problema detenha uma potencial carga de discutibilidade teórica, a realidade verificada após cem anos da criação da primeira agência reguladora norte-americana caminha no sentido de estabilidade do modelo das entidades independentes. A absorção institucional da prática consolidou as agências reguladoras como uma estabilidade *de facto*, sem, porém, permanecer imune a críticas e projetos de reforma.

²¹ Segundo Vermeule, baseado na aceitação pública dos mecanismos existentes, o discurso teórico predominante converge para uma visão pragmática da legitimidade do Estado Administrativo, optando por priorizar o aperfeiçoamento das instituições administrativas para um grau ótimo de funcionamento no sentido de uma legitimidade sociológica. (VERMEULE, 2017a, p. 2488)

ao estiolamento direto de aspectos relacionados à separação dos poderes, *accountability* e controle social.

No sentido contrário, pragmaticamente, adota-se a lógica do *trade-off*, privilegiando a escolha consciente para priorizar determinada característica em detrimento de outra conforme o desenho institucional considerado adequado, as pressões externas, as vantagens comparativas, as tensões orçamentárias, a superioridade epistemológica, entre outros.²²

Kessler e Sabel (2021, p. 191) chamam essa decisão de barganha estratégica.²³

Vermeule e Sustain (2020, p. 22-23) utilizam a lógica do *trade-off*²⁴ para explicar o duelo entre discricionariedade administrativa e abuso de poder. Para eles, os compromissos materiais assumidos pelo Estado Administrativo geram o crescimento de obrigações executivas catalizadoras da expansão da discricionariedade do administrador público, conseqüentemente, acompanhada do risco de abuso de autoridade.

Nesse cenário, surge uma situação perde-ganha exteriorizada pela assunção do risco de abuso do poder público em benefício de maior grau de liberdade concedido ao administrador na consecução do interesse coletivo.²⁵

²² “O Direito Público troca os riscos de abuso de poder de agentes oficiais por outros objetivos e compromissos. Entre eles inclui-se participação pública e *accountability*, capazes de alavancar um executivo forte; na mesma direção, atua a eficiência; políticas públicas racionais e coordenadas; e (um tema crucial nos trabalhos de Alexander Hamilton) a promoção do bem comum e do bem-estar geral, frequentemente concretizado pela atuação de agentes públicos, no exercício legítimo da ‘energia’ constitucional. Para concretizar esses múltiplos objetivos, a Constituição e o Estado Administrativo propõem canalizar e delimitar a discricionariedade administrativa ao invés de eliminá-la ou minimizá-la.” [Tradução livre do original: “*Public law, in effect, trades off the risks of official abuse against other goals and commitments. These include public participation and accountability, which will sometimes lead to a stronger executive; efficiency in government, which can lead in the same direction; rational and coordinated policymaking; and (a crucial theme in Alexander Hamilton’s work) the promotion of the common good and overall welfare, often by means of executive action from public officials, who sometimes display constitutionally legitimate “energy.” In the service of these multiple goals, the Constitution and the administrative state attempt to channel and constrain, rather than eliminate or minimize, executive discretion*”. (SUNSTEIN; VERMEULE, 2020, p. 22-23)

²³ É nesse cenário de *trade-off* que uma agência administrativa pode balancear mecanismos de participação ativa da sociedade na alocação de recursos e na definição de prioridades em contraposição a um modelo baseado nas opções definidas por burocratas profissionais, enquanto outra, de forma inversa, escolhe privilegiar a expertise técnica sobre objetos específicos e, conseqüentemente, limitar o escopo de influência popular. Em tese, o primeiro modelo é compatível com temas como educação e urbanização e o segundo com assuntos como segurança de alimentos e trabalho.

²⁴ A alusão ao *trade-off* também explica a sistemática adesão do Estado Administrativo aos mecanismos de delegação de competências para órgãos cada vez mais especializados a fim de responder aos novos desafios decorrentes de alterações econômicas, sociais e políticas. (VERMEULE, 2016, p. 59)

²⁵ As alegações de que o Estado Administrativo poderia se estruturar como uma tirania da burocracia recebem um contraponto com Posner e Vermeule em “*The Executive Unbound: After the Madisonian*

Para Ari Sundfeld (2000, p. 25), a própria opção por um sistema de entes com independência em relação ao executivo (agências reguladoras) funciona como uma medida cautelar contra a concentração de poderes na mão do Estado, inevitável nos ambientes intervencionistas.

A dinâmica do *trade-off*, conseqüentemente, ajuda a esclarecer a tendência norte-americana manifestada na criação das chamadas garantias substitutas (*surrogate safeguards*), isto é, os mecanismos criados para mitigar e/ou mediar o conflito entre Estado Administrativo e outras instituições constitucionais quando não estão disponíveis os elementos tradicionais da separação dos poderes. (VERMEULE, 2015, p. 262-263)

São consideradas garantias substitutas na experiência estadunidense: o *Administrative Procedure Act* de 1946 (APA)²⁶, os mecanismos de revisão judicial de decisões administrativas (*Hard look review*, Doutrinas *Chenery*, *Chevron* e *Auer*), a supervisão do Congresso (*congressional oversight*) e a vigilância presidencial (*presidential oversight*).

Esses mecanismos funcionariam como medidas cautelares ou repressivas contra o abuso de poder do Estado Administrativo e de seus desdobramentos, especialmente, das agências reguladoras.

Entretanto, como se esclarecerá no próximo tópico, mesmo diante da existência das garantias substitutas, o Estado Administrativo norte-americano observou o aumento da contestação de sua legitimidade por atores políticos em um reconhecido contra-ataque às premissas centrais de independência, discricionariedade administrativa e delegação de competências.

Republic". Para os autores, o relaxamento de limites legais inerentes à discricionariedade administrativa é acompanhado pelo crescimento de mecanismos políticos de controle, de modo que a Administração provavelmente nunca esteve tão passível de constrangimento externo quanto hoje: "*the pressures of the administrative state loosen legal constraints, causing liberal legalists to develop tyrannophobia, or unjustified fear of dictatorship. They overlook the de facto political constraints that have grown up and, to some degree, substituted for legal constraints on the executive. As the bonds of law have loosened, the bonds of politics have tightened their grip. The executive, "unbound" from the standpoint of liberal legalism, is in some ways more constrained than ever before*". (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 5)

²⁶ O APA representa um compromisso muito discutido, reflete o consenso pós-Segunda Guerra Mundial que reconheceu os benefícios da discricionariedade no âmbito administrativo, mas, também, limita essa discricionariedade com garantias processuais e revisão judicial". (ALMEIDA; OLIVEIRA, 2020, p. 884)

1.2.3 O CONTRA-ATAQUE POLÍTICO

Marini, ao longo da obra “*Unmasking the administrative state - The Crisis of American Politics in the Twenty-First Century*” (2019), confirma a prolongada hostilidade direcionada ao Estado Administrativo promovida por diversas figuras políticas. Em específico, destacam-se (a) os movimentos do legislativo, (b) o discurso antagonista de alguns presidentes e (c) a resistência judicial amparada na doutrina da não-delegação.

Imposto pelo Legislativo, o mais significativo regulamento normativo limitador do Estado Administrativo é o *Administrative Procedure Act* (APA), que, por sua vez, constrói um conjunto de salvaguardas procedimentais para reduzir o risco de abuso de poder. (SUNSTEIN; VERMEULE, 2020, p. 31)

Outro diploma, menos conhecido, consiste no *Congressional Review Act* (CRA) de 1996. Este regramento estabelece um sistema rápido (*fast-track procedure*) para habilitar a revogação pelo Congresso de disposições decorrentes do poder normativo das agências administrativas independentes conforme o seguinte rito: toda norma produzida pelas agências deve ser remetida ao Congresso para exame e, eventualmente, agendamento de votação bicameral para aprovação de resolução conjunta de rejeição do referido regulamento; aprovada a resolução, posteriormente, é enviada para o Presidente para concordância ou veto, de modo que o assentimento do chefe do executivo ou a derrubada do eventual veto pelo Congresso geram a nulidade da norma produzida pelas agências independentes. (LARKIN, 2018, p. 191)

Na mesma direção, o pensamento antiadministrativista contemporâneo ressoa em outras propostas legislativas para restrição da atuação administrativa, são elas: o *Regulatory Accountability Act* (RAA), o *Executive in Need of Scrutiny* (REINS) Act, *Searching for and Cutting Regulations that are Unnecessarily Burdensome* (SCRUB) Act e o *Separation of Powers Restoration Act* (SOPRA).

O *Regulatory Accountability Act* (RAA) conjuga uma série de propositivas para modernização do APA como, por exemplo, limitar o nível de deferência judicial para decisões administrativas, obrigar agências, quando solicitadas, a viabilizar audiências orais para discutir a base de evidências que sustentam o exercício do poder normativo sobre determinado aspecto técnico, científico, econômico ou, por si só,

dotado de complexidade fática capaz de gerar alto impacto externo²⁷, além de exigir o cumprimento de um superior padrão de irrefutabilidade na regulação de matérias causadoras de elevada repercussão. (METZGER, 2017, p. 11)

O *Executive in Need of Scrutiny* (REINS) Act ambiciona desenvolver um procedimento de consentimento prévio do Congresso como requisito indispensável para regulações consideradas de grande relevância, enquanto o *Searching for and Cutting Regulations that are Unnecessarily Burdensome* (SCRUB) Act projeta a instalação de comissão para expurgar de forma rápida os regulamentos reconhecidos como desnecessários. O *Separation of Powers Restoration Act* (SOPRA), seguindo uma das propostas do RAA, concentra-se na limitação da deferência das Cortes sobre matérias de direito inseridas no contexto administrativo. (LEVIN, 2019, p. 487)

Entre os Presidentes, Donald Trump (2017-2021) retoma o legado de Ronald Reagan (1981-1989) e elenca o Estado Administrativo como um de seus principais inimigos.

Durante a campanha presidencial e o período inicial da sua administração, o Presidente Donald Trump tornou clara intenção de se dirigir a esse problema. De fato, ele e os membros sêniores da administração prometeram reestruturar o Estado Administrativo como até então conhecido. (...) Como passo adicional no seu programa de reforma regulatória, o Presidente Trump assinou 15 resoluções conjuntas com o Congresso com a finalidade de anular normas das agências promulgadas durante o último ano da administração do ex-Presidente Barack Obama.²⁸

Contudo, a retórica discursiva de antagonismo ao maquinário institucional-burocrático estatal encontra espaço em manifestações de políticos tanto do Partido Republicano, mais expressivo em movimentos como o *Tea Party*, quanto no Partido Democrata.

Trump não é o primeiro ou mais acentuado crítico do Estado Administrativo. O Presidente Richard Nixon, também, repetidamente, atacou a burocracia federal. O Presidente George W. Bush ganhou fama por centralizar e politizar o poder executivo atraindo a

²⁷ “Uma vez que os atos praticados por agentes reguladores impactam diretamente nas relações econômicas, a escolha regulatória deve ser balizada por instrumentos que estejam aptos a proporcionar a consagração, no mundo dos fatos, dos interesses públicos envolvidos em cada setor específico da regulação”. (BLANCHET; BACELLAR, 2017, p. 1150)

²⁸ [Tradução livre do original: “During the presidential campaign and initial period of his administration, President Donald Trump made clear that he intends to address that problem. In fact, he and senior members of his administration have vowed to remake the administrative state as we currently know it. (...) As an additional step in his regulatory reform program, President Trump signed fifteen congressional joint resolutions designed to nullify agency rules promulgated during the last year of former President Barack Obama's administration”. (LARKIN, 2018, p. 189-190)

administração para o seu controle. Presidentes democratas absorvem parte do espírito antiadministrativista, o Presidente Bill Clinton proclamou ‘o fim da era do governo gigante’ e o vice-Presidente Al Gore liderou o movimento da “*New Performance Review*” conhecido como um esforço ‘para modificar a cultura da burocracia nacional a fim de afastá-la da complacência e da subserviência’ e para fornecer o governo ‘honesto e eficiente’ que o ‘povo Americano tanto merece, [mas] muito tempo não teve’. O paralelo mais próximo do Presidente Trump encontra-se no Presidente Ronald Reagan, responsável por uma campanha de cortes drásticos na estrutura governamental, além de promover um certo alívio regulatório como ‘um dos fundamentos’ do seu projeto de recuperação econômica. Reagan é reconhecido como propulsor no movimento de inserção da retórica antigovernamental ao discurso político; famosamente, ele proclamou em seu discurso de posse que ‘o governo não é solução para nossos problemas, o governo é o problema’.²⁹

Nesse cenário, o chamado *deep state* ou Estado profundo constitui um dos principais focos de crítica, dado que esta camada da administração seria quase completamente impenetrável para outros poderes.

No poder judiciário, além da pressão externa pela superação da Doutrina *Chevron* por círculos jurídicos libertários-conservadores (SUNSTEIN; VERMEULE, 2020, p. 107), atores internos simpatizam com o movimento antiadministrativista por meio, entre outros, da crítica a um dos pilares do Estado Administrativo, qual seja, a delegação de competências.³⁰

²⁹ Tradução livre do original: “*Trump is hardly the first or even the most anti-administrative modern President. President Richard Nixon also repeatedly attacked the federal bureaucracy, and President George W. Bush was famous for centralizing and politicizing the executive branch to bring administrative government more under his control. Democratic Presidents have done their share of bureaucracy bashing as well, with President Bill Clinton proclaiming that the “era of big Government is over” and Vice President Al Gore spearheading the New Performance Review, an effort “to change the culture of our national bureaucracy away from complacency and entitlement” and to provide the “honest and efficient” government that the “American people deserve ... [but] for too long ... haven’t gotten. The closest parallel to President Trump, however, is President Ronald Reagan, who campaigned on similar promises of dramatically cutting back the national government and made regulatory relief “one of the four ‘cornerstones’” of his program for economic recovery. Reagan is credited with prominently injecting antigovernmental rhetoric back into national political discourse; he famously proclaimed in his first inaugural address that “government is not the solution to our problem; government is the problem”.* (METZGER, 2015, p. 14)

³⁰ “De particular relevância aqui, o ataque ao estado administrativo mostra-se evidente, também, na Suprema Corte. As vozes antiadministrativas possuem menor número na Corte quando comparada com a esfera política, manifestando-se, frequentemente, por meio de votos separados, mas, igualmente, proeminentes. Liderados pelos Ministro Thomas com o presidente da Corte Ministro Roberts, Ministro Alito e, agora, o Ministro Gorsuch oferecendo reclamações semelhantes, eles imputam ao Estado Administrativo moderno uma ameaça à liberdade e à democracia, além de sugerir que as características centrais deste esquema podem ser inconstitucionais.” [Tradução livre do original: “*Of particular relevance here, an attack on the national administrative state is also evident at the Supreme Court. The anti-administrative voices are fewer on the Court than in the political sphere and often speak in separate*

A doutrina da não delegação ou *non-delegation doctrine* encontrou espaço no discurso judicial durante as batalhas ao redor do *New Deal*, expressamente, em dois julgados paradigmáticos, o *United States v. Chicago, Mil.* (1931) e o *United States v. Shreveport Grain & Elevator Co.* (1932).

Esses julgados estabelecem, de forma um pouco confusa, que (a) o poder legislativo do Congresso não pode ser delegado e/ou (b) o Congresso não pode delegar poder legislativo, salvo quando estabelecidas limitações de observância obrigatória.

Seja na sua versão mais radical (a) ou na atenuada (b), a doutrina da não-delegação aparece de forma esparsa em outros julgados, sem aplicação consistente pelo judiciário norte-americano, não se consolidando como um instrumento eficaz para controle de decisões administrativas arbitrárias ou sem significativo amparo legal. (DAVIS, 1969; POSNER; VERMEULE, 2002; TUSHNET et al., 2015)

No entanto, mesmo diante da inconsistência empírica e teórica da *non-delegation doctrine*, os seus fundamentos são recorrentemente retomados nas críticas direcionadas ao Estado Administrativo. (SUNSTEIN; VERMEULE, 2020, p. 88)

Atualmente, no campo das críticas com arrimo em premissas constitucionais, Philip Hamburger, em “*Is Administrative Law Unlawful?*” (2015), retoma aspectos da teoria da não-delegação para remover as justificativas de legitimidade do Estado Administrativo, considerando-o, em resumo, como forma de usurpação do poder legislativo e desvirtuamento da separação dos poderes. Hamburger, entre outros, representam uma onda contestatória presente em algumas universidades norte-americanas que abordam elementos da teoria política para criticar o Estado Administrativo.

Entretanto, fora das abordagens estritamente político-jurídicas, o Estado Administrativo, também, observa a ascensão de um movimento fundado nos limites epistemológicos desta concepção de Estado, uma vez que a adoção automática da centralidade da ciência e da expertise não garante o sucesso das iniciativas estatais, seja por meio da modelagem de políticas públicas ou via instrumentalização do saber teórico pelas agências reguladoras.

Em verdade, como a seguir estruturado, o Estado Administrativo encontra-se

opinions, but they are increasingly prominent. Led by Justice Thomas, with Chief Justice Roberts, Justice Alito, and now Justice Gorsuch sounding similar complaints, they have attacked the modern administrative state as a threat to liberty and democracy and suggested that its central features may be unconstitutional” (METZGER, 2017, p. 3).

imerso em um espaço de incerteza, no qual a relação entre ciência, contestação e democracia reduzem a segurança causal das atividades administrativas.

1.2.4 LIMITES EPISTEMOLÓGICOS

Vermeule (2015, p. 273) define a capacidade epistêmica do Estado Administrativo como a habilidade para aplicar a lógica da causalidade científica na concretização dos objetivos estatais escolhidos como prioritários em um procedimento mediado pelo conhecimento técnico (expertise).

Seguindo a racionalidade da capacidade epistêmica administrativa destacada por Vermeule (2015, p. 274), são propostas algumas questões: (a) como o governo entra em contato com áreas distintas de conhecimento? (b) depois da entrada, como é o processamento da informação? (c) comparativamente, instituições governamentais possuem melhor capacidade epistêmica em relação à agentes privados e mercadológicos? (d) do ponto de vista informacional, instituições governamentais, agentes privados e mercadológicos são substitutos ou complementares?

Habermas, por sua vez, assinala a difícil interlocução entre política e ciência:

A comunicação entre políticos demandantes e os cientistas competentes nas diversas especialidades dos grandes institutos de pesquisa representa zona crítica da tradução de questões práticas para problemas formulados cientificamente, bem como da tradução de informações científicas para a resposta de questões práticas. (HABERMAS, 2014, p.163)

Para lidar com a temática do gerenciamento de conhecimentos técnicos e científicos no Estado Administrativo, serão apresentadas duas tipologias: a primeira produzida por Richard French (2019) a partir das teorias sobre Políticas Públicas Baseadas em Evidências (PBE) e a segunda definida por Lorne Schrefler (2010) tratando especificamente da manipulação da expertise nas agências administrativas independentes.

A teoria sobre Políticas Públicas Baseadas em Evidências (PBE) ou *Evidence-Based Policy* (EBP) abrange uma área de pesquisa em expansão responsável por investigar a relação entre conhecimento científico e atuação pública. Na dianteira desse movimento, Richard French (2019) identificou quatro correntes de pensamento para

entender como evidências científicas e atuação governamental criam mecanismos de interação e cooperação.³¹

A primeira escola é chamada de “*reinforce school*”. Funda-se no potencial promissor, mas não utilizado, da mediação epistemológica da expertise na dinâmica de resolução de problemas. Considera responsabilidade das instituições públicas a conversão dos conhecimentos e técnicas disponíveis em estratégias de PBE.³²

É, portanto, a mais otimista das correntes.

A segunda escola, denominada “*reform school*”, começa a reconhecer as falhas de comunicação existentes entre a forma como são produzidos conhecimentos científicos e o procedimento que antecede a atuação governamental.³³

Projeta, portanto, um cenário de reformas direcionadas à PBE que priorizam (i) a absorção de conhecimentos técnicos como meio de ampliação de perspectivas, não como instrumento direto para resolução de problemas, (ii) a aceitação de variados tipos de evidência³⁴ e (iii) estudos que privilegiam o contato direto e contínuo entre pesquisadores e criadores de políticas públicas. (FRENCH, 2019, p. 6)

A “*reform school*”, assim, se coloca como otimista, ao mesmo tempo que contém ressalvas.

Na terceira escola, a “*reinvent school*”, French (2019, p. 6-7) destaca a exigência de modificações substanciais não apenas reformadoras para superar as barreiras de interação, focando em modificações tanto na forma como o conhecimento científico é elaborado e transmitido (*knowledge assessment*) quanto no modo como ele é absorvido

³¹ “Define-se evidência como o produto da pesquisa: conhecimento organizado produzido de acordo com padrões reconhecido pelas disciplinas acadêmicas fundamentais. Política Pública é conceituada como a posição ou a abordagem das autoridades públicas – governos, agências, diretorias escolares, militares, polícia – para enfrentamento de problemas ou reconhecimento de oportunidade capazes de afetar o bem-estar público.” [Tradução livre do original: “*We define evidence as the product of research: organized knowledge produced in accord with the standards of the relevant academic disciplines. Policy is defined as the position or approach adopted by public authorities – governments, agencies, school boards, the military, the police – toward problems or opportunities which are perceived to affect public welfare.*” (FRENCH, 2019, p. 1)

³² Críticas direcionadas à *reinforce school*, frequentemente, abordam a excessiva subordinação do processo político de tomada de decisões à pesquisas especializadas e o alto nível de otimismo em relação à participação dos atores governamentais, pois requer do criador da política pública uma racionalidade elevada capaz de compreender metodologias e conclusões científicas. autonomamente (FRENCH, 2019, p. 5)

³³ Dentre várias complicações, a distância entre os campos naturais de atuação dos cientistas e dos efetivos criadores de políticas públicas, a escassez de espaços de interlocução e o muro na linguagem tornam a interação desses meios errática e inconsistente.

³⁴ Outras dimensões do conhecimento são importantes, ultrapassando a perspectiva tecnocrática. Explicativamente, possuem relevância os saberes tácitos provenientes da experiência prática institucional marcada por erros e acertos passados. (VERMEULE, 2015, p. 273)

e gerenciado por legisladores, administradores e, eventualmente, juristas (*governance of evidence*).

Alguns pontos elementares da governança do saber proposta pela *reinvent school* envolvem a avaliação crítica sobre (i) como as pesquisas são realizadas, levando em consideração as condições materiais e de financiamento, (ii) de qual forma os dados produzidos podem ser utilizados numa sociedade democrática e plural e (iii) quais mecanismos possuem aptidão para reduzir os vieses ideológicos e de confirmação.

Por fim, a quarta corrente (*reject school*) aceita o valor da produção científica na modelagem de soluções para problemas sociais, mas rejeita o recurso a um suposto conhecimento científico universal e imparcial capaz de resolver todas as controvérsias políticas, econômicas e regulatórias. (FRENCH, 2019, p. 9).

French (2019, p. 9), resumidamente, elenca dois argumentos centrais da *reject school*: (i) as questões reais sobre políticas públicas envolvem mais variáveis complexas que aquelas apresentadas em estudos técnicos, pois o standard metodológico reconhecido como símbolo epistemológico distintivo de pesquisas científicas não encontra reprodução idêntica na vida real e (ii) a convicção sobre a capacidade da PBE servir como escudo contra a política não se coaduna com o princípio democrático, por sua vez, inafastável do processo de tomada de decisão pública.³⁵

Em outra perspectiva, mais focada na atuação de agências administrativas independentes no aproveitamento do conhecimento científico, Schrefler (2010) fornece a seguinte tipologia: (a) uso instrumental do conhecimento; (b) uso simbólico do conhecimento; (c) uso estratégico do conhecimento; e (d) uso nulo do conhecimento.

O uso instrumental ocorre quando a administração utiliza o conhecimento científico produzido sobre determinado assunto para operacionalizar tarefas. Trata-se da perspectiva racional do processo de criação de uma política pública capaz de conectar objetivos e resultados de uma forma lógica e baseada em pressupostos causais amplamente reconhecidos. (SCHREFLER, 2010, p. 314)

³⁵ Centralizando as contribuições de Robert Dahl e Charles Lindblom para a teoria da democracia pluralista, Abrucio e Loureiro (ABRUCIO; LOUREIRO, 2018) destacam o papel dos cidadãos como juízes do seus interesses em contraposição à tecnocracia administrativa: “Diferentemente de uma visão tecnocrática da política, esses últimos autores mostram os limites da capacidade analítica e da racionalidade técnica para resolver os conflitos nas sociedades contemporâneas, potencialmente geradores de guerras, violência, pobreza, incapacidades e sofrimento de toda ordem. Ao contrário, afirmam que a racionalidade ou a inteligência do processo democrático consiste na capacidade de incorporar o conhecimento técnico e a análise racional à política, e não a sua exclusão recíproca”. (ABRUCIO; LOUREIRO, 2018, p. 38)

De outro lado, para Schrefler (2010, p. 315), quando o emprego do gerenciamento de dados relacionados à resolução de alguma temática dentro das agências administrativas ocorre somente como substrato retórico para garantir a legitimidade da escolha, verifica-se o uso simbólico do conhecimento.

Exemplificativamente, se determinada metodologia de análise é considerada como predominante e mais acertada, sua utilização em certos contextos pode servir apenas como fundamento contra críticas direcionadas à racionalidade da direção tomada, sem, necessariamente, possuir qualquer vínculo epistemológico. (SCHREFLER, 2010, p. 315)

Um exemplo atual seria a utilização, mesmo em situações desnecessárias, da análise econômica de custo-benefício.³⁶

Enquanto isso, o uso estratégico do conhecimento desenrola-se em duas modalidades: o estratégico-político e o estratégico-argumentativo (*substantiating*). (SCHREFLER, 2010, p. 314)

A utilização estratégico-política da expertise está relacionada com a posição de determinada agência administrativa na disputa por poderes, recursos e prestígio em contraposição (ou colaboração) com outros atores, tais como demais órgãos, o judiciário e, também, os próprios regulados.³⁷

Já o manuseio estratégico-argumentativo do conhecimento conecta-se com o conteúdo da escolha decretada pela agência administrativa, isto é, quando se opta por uma corrente de argumentos em concordância com uma opção pré-determinada. (SCHREFLER, 2010, p. 316)

Por fim, na última modalidade proposta pela autora, o uso nulo do conhecimento ocorre quando não existem opções de estudos e técnicas com grau de aceitabilidade adequado para servir como fundamento para escolhas das agências administrativas ou quando o ambiente de incerteza não estimula qualquer tomada de posição. O uso nulo do conhecimento serve para proteger a instituição de alguma ação equivocada ou para justificar a omissão sobre determinado assunto. (SCHREFLER, 2010, p. 316)

³⁶ “A análise de custo-benefício pode se manifestar como uma abordagem de ‘tamanho único’ para as matérias regulatórias, ignorando particularidades e complexidade de problemas específico.” [Tradução livre do original: “Cost-benefit analysis in particular may amount to a ‘one-size-fits-all’ approach to regulatory analysis, an approach that ignores the particularities and complexities of local problems.” (VERMEULE, 2015, p. 276)

³⁷ Schrefler (2010, p. 315) retoma o conceito de uso tático de conhecimento de Carol Weiss.

Na mesma linha, Vermeule (2015, p. 273) assinala a ausência de justificação epistêmica suficiente para atrelar probabilidades reconhecidas cientificamente e resultados pré-determinados, reconhecendo que o Estado Administrativo caminha para a direção da incerteza, no qual, por si sós, expertise e a ciência não serão capazes de prescrever uma escolha única entre as opções viáveis.

Ocorre, no entanto, que mesmo no cenário de incerteza, o gerenciamento de informações não deixa de ser exigido, tendo em vista que uso da expertise e da ciência no Estado Administrativo, seja de forma principal ou colateral, constitui um dos pilares legitimadores dessa forma de atuação estatal.

Outros autores, no mesmo espírito de contestação dos limites epistemológicos da lógica cartesiana de resolução de problemas mediados pela expertise, questionam os preconceitos implícitos presentes nas decisões administrativas (JOLLS; SUNSTEIN, 2006), as implicações do enfraquecimento da noção de neutralidade da Administração (GOOCH; WOFFORD, 2017), os limites da quantificação dos dados (MERRY, 2011; SUNSTEIN, 2014), e, seguindo a lógica da economia behaviorista ou comportamental, a influência do comportamento humano e da psicologia nas iniciativas estatais (THALER, 2019; THALER; SUSTEIN, 2019).

O ponto principal deste subcapítulo é demonstrar uma gradação complexa na confiança da capacidade do Estado Administrativo cumprir com uma de suas premissas fundamentais de legitimidade, qual seja, a centralidade da expertise e da ciência. De nenhuma forma se advoga pelo negacionismo científico sobre matérias de interesse público, apenas se esclarece a urgência do aperfeiçoamento das teorias, técnicas e práticas epistemológicas presentes no Estado Administrativo.

1.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO

Este capítulo busca construir os elementos fundamentais do Estado Administrativo norte-americano, principalmente, nos aspectos legitimadores da mudança de postura dos órgãos governamentais quanto ao gerenciamento de problemas econômicos e sociais.

A linguagem utilizada pelos autores do Estado Administrativo contém um caráter proativo, centralizando aspectos como planejamento e organização. A ciência e o espírito empreendedor também encontram espaço da dinâmica da administração ao longo do século XX.

Além desses elementos fundamentais, a última parte desta seção buscou direcionar os esforços reflexivos para diversos vetores de complexificação da relação

entre Estado, ciência e política. O cenário construído demonstra a contínua necessidade de aperfeiçoamento dos métodos, instrumentos e práticas estatais na consecução de suas finalidades constitucionais.

Inicia-se, aqui, o estudo dialógico entre as realidades brasileiras e norte-americanas na missão comum de aprimoramento das funções governamentais, embora não se possa esquecer que os dois países enfrentam diferenças estruturais relevantes.

CAPÍTULO 2: A DIMENSÃO REGULATÓRIA DO ESTADO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E A LEI GERAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

“Hoje, tanto devem ser racionais as escolhas públicas do que fazer (políticas) quanto as do como fazer (administrativas), pouco importando sua amarração ou inserção em cerebrinos sistemas políticos extravagantes e ideologias teoricamente preconcebidos.” (MOREIRA NETO, 1998, p. 40)

O capítulo 1 abordou o nascimento e complexificação do Estado Administrativo norte-americano. No Brasil, a análise da evolução da estrutura administrativa costuma ser enfrentada pela avaliação da transição do patrimonialismo para um modelo de administração pública burocrática seguido por um regime administrativo gerencial.³⁸

No tópico 2.2.2 da seção anterior, foram elencados dez pilares do Estado Administrativo: (i) unidade; (ii) flexibilidade, (iii) responsividade, (iv) delegação de competências; (v) discricionariedade administrativa; (vi) procedimentalização do agir administrativo; (vii) profissionalização; (viii) centralidade da expertise e da ciência; (ix) rede institucional colaborativa; e (x) métodos de controle.

Assim, na sua primeira parte, este capítulo apresenta os conceitos abordados pela reforma gerencial dos anos 1900 com a finalidade de manifesta aproximação com as premissas delimitadoras do Estado Administrativo na difícil definição de padrões democráticos, participativos, eficientes e plurais de condução da organização estatal.

Nesse processo, em um segundo momento, elege-se o fenômeno regulatório e a emergência das agências reguladoras como foco de análise na construção daquilo aqui chamado de dimensão regulatória do Estado Administrativo Brasileiro.

Posteriormente, será fornecido um quadro claro sobre as origens do modelo institucional brasileiro de agências reguladoras e seus desafios atuais, dando especial destaque para a distinção entre agência reguladora e órgão regulador, bem como centralizando as inovações realizadas pela recente iniciativa para organização geral das agências por meio da Lei 13.848/2019.

³⁸ Secchi (2009, p. 354) define a administração pública gerencial como um modelo normativo pós-burocrático para a estruturação e a gestão baseado em valores de eficiência, eficácia e competitividade.

2.1 A REGULAÇÃO COMO PRODUTO DO MODELO GERENCIAL DE ADMINISTRAÇÃO

O quadro regulatório nacional depende em grande medida das construções culturais, de gestão e institucionais produzidas pela reforma administrativa do final do século XX.

Com a intenção de esclarecer o cenário de simbiose entre a atividade regulatória e as práticas administrativas disruptivas da administração gerencial, esta seção encontra-se subdivida em três tópicos: (i) um panorama histórico abreviado sobre o curso transicional entre patrimonialismo, administração burocrática e modelo gerencial; (ii) um subcapítulo específico para os fundamentos gerais da administração gerencial e (iii) um esforço plurifocalizado para singularizar semanticamente o vocábulo “regulação”.

2.1.1 ENTRE PATRIMONIALISMO, ADMINISTRAÇÃO BUROCRÁTICA E MODELO GERENCIAL

A evolução do estudo da Administração Pública brasileira acompanha a produção de diversas modelagens organizacionais. Seguindo a ordem tradicional de sistematização do assunto, Bresser Pereira (2002, p. 16) elenca três modalidades de administração, quais sejam, a administração patrimonialista, a administração pública burocrática e a administração pública gerencial:

Existem três formas de administrar o Estado: a “administração patrimonialista”, a “administração pública burocrática” e a “administração pública gerencial”. A administração patrimonialista é do Estado, mas não é pública, na medida em que não visa ao interesse público. É a administração típica dos Estados que antecederam o capitalismo industrial, mais particularmente das monarquias absolutas que antecederam imediatamente o capitalismo e a democracia. É a administração que confunde o patrimônio privado do príncipe com o patrimônio público. Sobrevive nos regimes democráticos imperfeitos através do clientelismo. A administração pública burocrática é aquela baseada em um serviço civil profissional, na dominação racional-legal weberiana e no universalismo de procedimentos, expresso em normas rígidas de procedimento administrativo. A administração pública gerencial também pode ser chamada de “nova gestão pública” (*new public management*). (BRESSER PEREIRA, 2002, p. 16)

Essa divisão não é estática, ocorre, majoritariamente, com a finalidade de fornecer um quadro analítico de fácil explicação. Como afirma Secchi (2009, p. 362),

as categorias possuem pontos de convergência, combinando em suas definições aspectos relevantes de continuidade e ruptura.³⁹

No Brasil, Abrucio e Loureiro (2018, p. 40-41) atribuem à estrutura da administração estatal, até a década de 1930, um caráter patrimonialista com baixo volume de políticas públicas e frágil desempenho público.

O período colonial (1500-1821)⁴⁰ apresenta uma configuração embrionária de organização socioeconômica, com destaque para a escravidão, o comércio exterior e a grande propriedade, refletida na legislação administrativa editada por Portugal, cujo padrão especial de poder mesclava o público e privado no contorno da ordem jurídico-administrativa vigente. (SALGADO, 1985, p. 48)

No Império (1822-1988), a montagem da burocracia constitui um dos elementos de construção do Estado-Nação. Mesmo após promulgação da Constituição de 1824, continua apresentando aspectos patrimoniais, embora conjuntamente a um novo paradigma. São exploradas, nessa fase, as bases de um modelo burocrático em emergência, posicionando as secretarias de Estado como espaço fundamental da atividade do Poder Executivo e, por consequência, das atividades burocráticas. (CAMARGO; CABRAL, 2017, p. 31)

Neste momento, a burocracia exercia dupla função: (i) participar da estruturação das diretrizes do país por meio de cargos burocráticos específicos ou no Conselho de Estado, assessorando o imperador e (ii) distribuição de empregos públicos, visando garantir apoio político e social.⁴¹

A República Velha (1889-1930) é marcada pelo retrocesso político por meio do sistema oligárquico estadual fundado nos moldes clientelistas, naquilo que ficou conhecido como política do coronelismo, provocando, conseqüentemente, a

³⁹ “O modelo burocrático e os modelos gerenciais compartilham a manutenção da distinção wilsoniana entre política e administração pública. A separação de funções entre política e administração permeia o modelo burocrático weberiano, em que o processo de construção da agenda pública é visto como tarefa eminentemente política, enquanto a implementação da política pública é de responsabilidade da administração. No gerencialismo, a responsabilidade sobre os resultados das políticas públicas recai sobre os ombros dos políticos. No entanto, a distinção entre política e administração é suavizada quando evoca a descentralização do poder de decisão, o envolvimento da comunidade e de burocratas no desenho das políticas públicas”. (SECCHI, 2009, p. 362)

⁴⁰ Elege-se o período colonial como marco inicial da evolução da estrutura administrativa brasileira, sem, no entanto, rejeitar as contribuições sobre o estudo de formas de organização de comunidades tradicionais. A definição possui apenas finalidade analítica e decorre da disponibilidade de material bibliográfico.

⁴¹ “(...) a relação entre políticos e burocratas no Império – particularmente no Segundo Reinado – foi marcada por burocracia centralizada forte, mas que não buscou modernizar a forma de reprodução e legitimação da política e da sociedade”. (ABRUCIO; LOUREIRO, 2018, p. 40)

fragilização da burocracia pelo dismantelamento do Estado Brasileiro. (ABRUCIO; LOUREIRO, 2018, p. 41)

Mais tarde, manifesta-se, no Brasil, de forma permanente, com a Revolução de 30 e o governo de Getúlio Vargas, o modelo de administração burocrática.⁴²

A criação do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) em 1936, durante o Era Vargas (1930-1945), é considerada paradigmática. Abrucio e Loureiro (2018, p. 42) explicam como o órgão tornou-se plataforma central de controle da administração pública brasileira, responsável pela constituição de uma burocracia profissional, realização de cursos, seminários, treinamentos e outros incentivos para a qualificação do corpo de servidores públicos.⁴³

Enquanto isso, manifestando o aspecto de continuidades e rupturas da administração brasileira, o governo varguista e seus sucessores conviveram com o padrão de recrutamento clientelista do patrimonialismo para algumas áreas, preservando o sistema daspiano afastado do sistema político para outras.

O sistema de administração paralela de Vargas e Kubitschek configurou-se como estratégia de ambos os presidentes, com o objetivo de manter um sistema com aberturas para o clientelismo e a disputa política, ao mesmo tempo que desenvolviam capacidades técnicas e um sistema meritocrático que ampliava as condições do Estado em entregar resultados e coordenar as ações estatais”. (ABRUCIO; LOUREIRO, 2018, p. 42)

O período conturbado da sucessão presidencial de Jânio Quadros e João Goulart (1961-1964), após o fim do governo Kubitschek, marca a início do regime militar e do

⁴² Barroso (2002, p. 287) atribui o início da modernidade no Brasil à Revolução de 30, que apesar do golpe do Estado Novo de 1937, é responsável por gerar um nova ordem econômica e social. Na visão de Weber, o funcionamento da dominação burocrática obedece, entre outros elementos, o princípio das competências oficiais fixas, isto é “1) existe uma distribuição fixa das atividades regularmente necessárias para realizar os fins do complexo burocraticamente dominado, como deveres oficiais; 2) os poderes de mando, necessários para cumprir estes deveres, estão também fixamente distribuídos, e os meios coativos (físicos, sacros ou outros) que eventualmente podem empregar estão também fixamente delimitados por regras; 3) para o cumprimento regular e contínuo dos deveres assim distribuídos e o exercício dos direitos correspondentes criam-se providências planejadas, contratando pessoas com qualificação regulamentada de forma geral”. (WEBER, 2004, p. 198)

⁴³ “O DASP foi além da seleção de bons quadros à administração pública. Em contraste com o modelo imperial, foi erigida estrutura institucional, profissional e universalista de meritocracia, tornando-se, assim, o primeiro momento institucionalizado de reforma administrativa da história brasileira. Cabe reforçar aqui uma terceira distinção do modelo varguista: a estrutura institucionalizada foi além das funções clássicas do Estado, como as Forças Armadas e a diplomacia, e englobou, basicamente, a produção de políticas públicas para o desenvolvimento – embora outras áreas também tenham sido beneficiadas, como a previdência social e a gestão de meios, como gestão de pessoal, compras e elaboração do orçamento públicos “. (ABRUCIO; LOUREIRO, 2018, p. 42)

processo de modernização autocrática exteriorizada, no âmbito administrativo, no Decreto-Lei de 200/1967.

Em primeiro lugar, prescrevia que a administração pública deveria se guiar pelos princípios do planejamento, da coordenação, da descentralização, da delegação de competência e do controle. Em segundo, estabelecia a distinção entre a administração direta — os ministérios e demais órgãos diretamente subordinados ao presidente da República — e a indireta, constituída pelos órgãos descentralizados — autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. Em terceiro, fixava a estrutura do Poder Executivo federal, indicando os órgãos de assistência imediata do presidente da República e distribuindo os ministérios entre os setores político, econômico, social, militar e de planejamento, além de apontar os órgãos essenciais comuns aos diversos ministérios. Em quarto, desenhava os sistemas de atividades auxiliares- pessoal, orçamento, estatística, administração financeira, contabilidade e auditoria e serviços gerais. Em quinto, definia as bases do controle externo e interno. Em sexto, indicava diretrizes gerais para um novo plano de classificação de cargos. E finalmente, estatuiu normas de aquisição e contratação de bens e serviços. (DA COSTA, 2008, p. 851)

Entre 1979 e 1994, o Estado brasileiro vivia em uma contínua crise: estagnação da renda *per capita*, inflação alta, regime militar, adaptação ao regime democrático, impeachment de Fernando Collor de Mello, esgotamento do modelo protecionista de substituições de importações e falta de competitividade das indústrias brasileiras. (PEREIRA, 1996, p. 9)

Nesse ambiente, Abrucio (1997, p. 9) acrescenta quatro fatores socioeconômicos catalisadores da crise do Estado na segunda metade do século XX: (i) a primeira crise do petróleo em 1973, agravada em 1979, (ii) a pressão fiscal, (iii) a crise de governabilidade e (iv) as transformações produtivas provocadas pela globalização e transformações tecnológicas.

Osborne e Gaebler (1995, p. 16) são precisos na identificação do movimento de falência da burocracia tradicional e na imprescindibilidade de reinvenção do governo:

O ambiente contemporâneo exige instituições extremamente flexíveis e adaptáveis; instituições que produzam bens e serviços de alta qualidade, assegurando alta produtividade aos investimentos feitos. Requer instituições que respondam às necessidades dos clientes, oferecendo-lhes opções de serviços personalizados; que influenciem pela persuasão e com incentivos, sem usar comandos; que tenham, para seus empregados, uma significação e um sentido de controle, que eles as sintam como se fossem deles. Instituições que confirmem poder aos cidadãos, em lugar de simplesmente servi-los. (OSBORNE; GAEBLER, 1995, p. 16)

O insucesso do Decreto-Lei de 200/1967 converte-se em motor político, econômico, social e acadêmico na direção de uma transformação estrutural das dinâmicas administrativas brasileiras, resultando nas reformas dos anos 1990 que buscavam a absorção de elementos do modelo gerencial da Administração Pública.

2.1.2 O MODELO DE ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL

Queiroz e dos Santos (2006, p. 149) destacam três perguntas realizada com frequência da década de 1990: (i) como fazer para que os órgãos administrativos funcionassem bem? (ii) como controlar o administrador para que ele não fizesse mal uso do dinheiro público? e (iii) como diminuir as despesas do Estado?

Assumindo posição de destaque, Luiz Carlos Bresser Pereira foi um dos idealizadores da reforma da Administração Pública brasileira na direção de modelo gerencial ocorrida na década de 1990.⁴⁴

Como panorama legal geral da Reforma observa-se a promulgação (a) da Lei 8.031/1990 sobre privatizações, substituída pela Lei 9.491/1997 que ampliou o movimento, (b) das Emendas Constitucionais 5, 6, 7, 8 e 9 de 1995, completadas pelas Emendas 19 e 20 de 1998 e (c) das normas que gravitam sobre a criação das agências reguladoras. (QUEIROZ; DOS SANTOS, 2006, p. 152)

Para Bresser Pereira (2002, p. 12), apenas as reformas estatais que modificam substancialmente o funcionamento do aparato do Estado merecem ser chamadas de reformas administrativas. Nessa missão, a reforma gerencial buscava implementar três dimensões de reordenação: (i) cultural, (ii) gestão e (iii) institucional. (PEREIRA, 2002, p. 12)

O aspecto cultural envolve a superação da cultura patrimonialista enraizada como valor na forma de clientelismo e fisiologismo, substituída pela noção de administração pública profissional. (PEREIRA, 2002, p. 12)

No campo da gestão, o modelo gerencial opta pela aplicação do modelo de qualidade total. (PEREIRA, 2002, p. 8)

A literatura sobre a gestão pela qualidade total (*Total Quality Management* ou TQM) concentra-se em dilemas típicos dos setores privados. Contudo, a noção de

⁴⁴ “(...) a administração burocrática é lenta, cara, autorreferida, e pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos. (...) “A necessidade de uma administração pública gerencial, portanto, decorre de problemas não só de crescimento e da decorrente diferenciação de estruturas e complexidade crescente da pauta de problemas a serem enfrentados, mas também de legitimação da burocracia perante as demandas da cidadania.” (BRESSER, 1996, p. 11).

melhoria contínua fundada nos pilares da análise quantitativa, na avaliação de recursos humanos, no reconhecimento das necessidades dos clientes e na reformação de técnicas de gestão encontra um liame significativo com as pretensões de modernização governamental (HYDE, 1992, p. 26). Essa conexão é operacionalizada pela reforma gerencial.

Nesse contexto, o fator responsividade encontra expressão na lógica gerencial pela busca da qualidade nas atribuições públicas. Desenha-se, então, uma organização preocupada com meios e processos, mas, principalmente, vinculada com a realização dos resultados no alcance do bem comum e na efetivação do interesse público, dando máxima eficiência ao ato administrativo, isto é, realizando justiça social por meio de uma gestão eficiente. (CASTRO; FIGUEROA, 2013)

O paradigma gerencial absorve a realidade contemporânea pressionada pela globalização e mudanças tecnológicas por meio de uma noção de eficiência adaptativa capaz de fornecer a flexibilidade necessária para a administração responder demandas sociais e econômicas. (ABRUCIO, 1997, p. 18)

Abrucio (1997, p. 37-40), assim, elenca algumas características e tendências das discussões pós-burocráticas que gravitam sobre o modelo gerencial: (a) parcerias com o setor privado e organizações não governamentais, (b) inserção de instrumento de avaliação de desempenho individual e organizacional, conectando qualidade e produtividade, (c) ampliação da autonomia de agências governamentais, (d) descentralização política, baseada na aproximação do cidadão e na coordenação entre esferas administrativas, (e) centralidade do planejamento estratégico, (f) flexibilização das normas do Direito Administrativo, (g) multiplicidade da política de pessoal e profissionalização do serviço público (h) incentivo ao desenvolvimento de habilidades gerenciais.

Outro ponto elementar do quadro gerencial envolve a ampliação da delegação de competências para espaços plurais de poder e, conseqüente, extensão dos poderes discricionários. A discricionariedade apresenta-se como a faculdade conferida à autoridade administrativa de escolher uma solução entre muitas, guiando-se livremente quanto à oportunidade e conveniência de seus atos e destacando o espaço livre de seleção de meios para efetivar o interesse público. (MEDAUAR, 2017, p. 239)

Ocorre um deslocamento canalizado pela visão de cidadão como cliente durante a administração gerencial. Pluralismo e participação democrática, também, encontram lugar no paradigma gerencial: “(...) o indivíduo deixa de ser um dado estatístico das

democracias formais, aquele eleitor periódico, esquecido e abandonado nos interregnos eleitorais, para tornar-se o centro de todo processo político. (...)”. (MOREIRA NETO, 1998, p. 37)

Esse ambiente observa o crescimento das exigências de coordenação de atividades para o gerenciamento da Administração Pública, fomentando variadas práticas de interação e ação conjunta entre órgãos estatais. A experiência gerencial abre margem para novas experiências, remodelando construções datadas e fomentando novos instrumentos com olhos na ampliação da eficiência e na maior evidência da gestão dos interesses públicos. (MOREIRA NETO, 1998, p. 40-41).

Como consequência desse cenário de ampliação das técnicas de governabilidade incentivadas pelo modelo gerencial, a forma moderna de regulação encontra espaço para florescer e proliferar. É bem verdade que a função regulatória do Estado brasileiro já se manifestava por meio de diferentes iniciativas estatais de regulamentação de atividades de interesse público, no entanto, a partir dos anos 1990, evidencia-se, efetivamente, o Estado Regulador qualificado pelo menor intervencionismo direto e maior intervencionismo indireto. (ARANHA, 2018, posição 2563)

Seguindo a mesma racionalidade da influência da teoria do Estado Administrativo para a adoção do modelo institucional das agências reguladoras demonstrada no capítulo 1, os pressupostos da teoria gerencial fornecem o arcabouço necessário para naturalização da perspectiva regulatória no Brasil.

Fala-se, no Estado regulador, de uma Administração Pública gerencial no lugar de uma Administração Pública burocrática. (ARANHA, 2018, posição 1967)

Em outras palavras, no Estado regulador, há um acompanhamento gerencial da concretização dos direitos fundamentais mediante opções regulatórias de encaminhamento do setor. (ARANHA, 2018, posição 1973)

Com foco nessa relação de influência recíproca, a emergência da regulação e das agências reguladoras será desenvolvida nos próximos tópicos com a finalidade de delimitar de forma definitiva a dimensão regulatória do Estado Administrativo brasileiro.

2.1.3 O QUE É REGULAR?

Aragão (2013, p. 252) aponta para a complexa tarefa de definição do termo “regulação”. Com a finalidade de esclarecer possíveis confusões terminológicas, esta

seção irá apresentar algumas abordagens acerca das tentativas de singularização conceitual do fenômeno regulatório.

Inicialmente, é elucidativa a listagem de pressupostos para o Estado Regulador construída por Márcio Aranha: (a) o Estado assume a posição de garantidor dos direitos fundamentais; (b) consolidação de um Estado interventivo; (c) engrandecimento das atividades de planejamento e gestão das leis (d) deslocamento da legitimidade do Estado para o ideal de administrador; (e) dependência do Estado na conformação objetiva em campos regulados; (f) emergência do Estado Subsidiário como catalizador da iniciativa privada por meio da ampliação do fomento, coordenação e fiscalização dos ambientes fundamentais. (ARANHA, 2018, posição 730)

Para Aranha (2018, posição 760), a regulação compreende uma “força de coerência sistêmica” direcionada ao resgate da ordem quando as circunstâncias internas de um determinado sistema social revelam uma disfuncionalidade:

A regulação, portanto, parte de sua configuração original de ideia programática inscrita em um sistema automático de retroalimentação e controle para se apresentar hoje como uma tecnologia de governo de sistemas sociais, que pode estar sediada em órgãos estatais – a regulação por excelência do Estado Regulador –, em mecanismos internos de controle empresarial – a meta-regulação, em que o Estado audita os regimes de controle interno das empresas –, em mecanismos institucionais privados – auto-regulação –, no vencedor do jogo político entre os atores setoriais – o livre mercado – ou, finalmente, em uma composição de tais opções. (ARANHA, 2018, posição 828)

Nesse cenário, Lopes (2018, p. 136) aborda a função do direito apta a disponibilizar estruturas normativas congruentes e generalizáveis e capaz de regular conflitos em sistemas sociais distintos, além de fornecer legitimação procedimental sob a forma de mecanismos mais abstratos e indiretos de controle social, intervindo de forma reflexiva e absorvendo a responsabilidade pelos resultados, sem, contudo, produzir materialmente as utilidades finais:

Ao direito, como sistema regulador abrangente de toda a sociedade, referindo-se ao mundo da vida, ao sistema econômico e ao poder político-burocrático, cabem operações reflexivas que abrangem não apenas a sua função e performance, mas também a de outros sistemas, numa configuração coordenadora para preservação da integração social. (LOPES, 2018, p. 151-152)

Expressando uma visão tradicional de regulação, Clarissa Sampaio Silva (2005, p. 21) a compreende por meio das seguintes fases: a criação de regras, a aplicação dessas regras, a fiscalização e o sancionamento das infrações. Enquanto isso, para

Figueiredo (2005, p. 197), regular compreende o simples estabelecimento de regras jurídicas decorrente da noção mais elementar de direito.

Confirmando a simbiose entre regulação e direito, Aranha assinala que o “objeto de estudo do direito regulatório, por princípio, é algo jurídico e, portanto, para os fins do direito regulatório, a regulação, como objeto de estudo, encontra-se vertida no termo regime jurídico regulatório.” (ARANHA, 2018, posição 2352)

O mecanismo regulador presente na origem terminológica da regulação apresenta-se como um diferencial do regime jurídico regulatório, revelando-o como um conjunto de atuações normativas e administrativas capazes de interagir *pari passu* com os rumos efetivamente detectados no ambiente regulado para redirecioná-lo aos deveres normativos de concretização dos direitos fundamentais. (ARANHA, 2018, posição 2377)

Assim, o processo de evolução da regulação encontra-se vinculado aos avanços realizados pela teoria do direito na ampliação dos interesses a serem tutelados pelos ordenamentos. Consolidou-se a ideia de que o bom desenvolvimento da regulação encontra legitimidade nos fins que persegue, precipuamente, aqueles relacionados à valores expressos no texto constitucional. (CASAGRANDE FILHO, 2007, p. 52)

Dividido em dois momentos marcantes, Justen Filho destaca o primeiro movimento regulatório como de caráter exclusivamente econômico, porquanto, na etapa inicial, houve preponderância da intervenção estatal para sanear insuficiências e deficiências do mercado. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 32)

Na mesma direção, Othon Lopes, com raízes teóricas em Foucault e Luhmann, entende que a regulação funciona como uma tecnologia governamental ativa direcionada à estabilização das condições de mercado:

O mercado não é um dado, mas algo a ser construído pelo Estado com uma estrutura ativa não dirigista, em que se assegure a concorrência e o mecanismo de preço. Sabe-se também que a concorrência é desagregadora e carece de quadro institucional que gere um ambiente de cooperação. Nessa linha, a concorrência precisa ser produzida por uma tecnologia governamental ativa. (LOPES, 2018, p. 151-152)

A concepção de mercado como espaço não natural é compartilhada por Eros Grau quando afirma que “o mercado é uma instituição jurídica. Dizendo-o de modo mais preciso: os mercados são instituições jurídicas”. (GRAU, 2008, p. 27)

A calculabilidade e a confiança do mercado, tão caras para o capitalismo contemporâneo, são institucionalizados pelo Estado, especificamente, pelo direito.⁴⁵

Para o Aragão (2013, p. 253), a regulação econômica envolve a integração de um quadro normativo (marco regulatório), a aplicação concreta de suas regras e composição de conflitos decorrentes dessa relação. Este autor resume o conceito de regulação da economia na seguinte definição:

o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis. (ARAGÃO, 2013, p. 257-258).

Adiante, Marçal Justen Filho evidencia a elevação de um segundo movimento regulatório, chamado por ele de regulação social, cuja característica marcante encontra-se situada na inclusão de preocupações sem caráter diretamente econômico, embora de elevada relevância sociopolítica:

O Estado não poderia ser concebido como um simples "corretor dos defeitos econômicos" do mercado, mas lhe incumbiria promover a satisfação de inúmeros outros interesses, relacionados a valores não econômicos. Assim, o elenco dos fins buscados através da regulação escapa facilmente de uma abordagem exclusivamente econômica. É necessário proteger o meio ambiente e os direitos de minorias, por exemplo. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 38)

Nesse contexto, Di Pietro ressalta a presença simultânea de dois elementos considerados contraditórios *prima facie*: a regularidade e a mudança. Para autora, a regulação se propõe a garantir adequado grau de estabilidade para o ambiente em que atua, enquanto, ao mesmo tempo, abre margem para mudanças que privilegiam a própria noção de estabilidade. (DI PIETRO, 2003, p. 27)

Entre regularidade e mudança, independência e coordenação, ciência e direito, a regulação encontra nas agências reguladoras seu mais consolidado instrumento de estruturação orgânico-funcional. É por esse motivo que qualquer pretensão de singularizar semanticamente o termo “regulação” não pode deixar de analisar os

⁴⁵ “A generalidade e a abstração da lei garantem o indivíduo contra a arbitrariedade estatal, porque isso é indispensável ao ‘cálculo e segurança inerentes à produção capitalista’; mas o ‘cálculo e segurança inerentes à produção capitalista’ reclamam também previsibilidade no comportamento dos agentes econômicos.” (GRAU, 2008, p. 27)

elementos conceituais das agências reguladoras. Esta tarefa será realizada no próximo tópico.

2.2 ELEMENTOS CONCEITUAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Para Ari Sundfeld (2000, p. 18), a opção pelo modelo institucional das agências reguladoras decorre da necessidade estatal de influir nas relações econômicas de modo profundo e consistente, com a utilização de mecanismos de autoridade em relação ao regulado e autonomia frente ao poder político.

Numa visão otimista, essas instituições tornaram-se peças fundamentais do “projeto nacional de melhoria da qualidade dos serviços públicos e de sua universalização, integrando ao consumo, à cidadania e à vida civilizada enormes contingentes mantidos à margem do progresso material”. (BARROSO, 2002, p. 311).

Enquanto Barroso (2002, p. 293) atribui a emergência das agências reguladoras às transformações no papel do Estado nas funções de planejamento, regulação e fiscalização, Sundfeld (2000, p. 19) se preocupa em desvincular esse processo do movimento de privatização. Essa ausência de vinculação ocorreria, pois, tais instituições existem em países que não discutem a controvérsia entre estatização e privatização, como os Estados Unidos, bem como são criadas, também, para ambientes sem influência do influxo privatizante (órgão de defesa da concorrência e mercado financeiro).

De fato, o vínculo com o fenômeno das privatizações pode não ser da natureza das agências reguladoras, mas, no Brasil, os movimentos se entrelaçam conforme as exigências de abertura do mercado brasileiro, naquilo que ficou conhecido como compromisso regulatório.

Com razão, Queiroz e dos Santos (2006, p. 139) apontam para a influência do declínio econômico do final do Século XX no direcionamento de países subdesenvolvidos – entre eles, o Brasil – na direção de um movimento de privatização como meio de quitação de dívidas públicas, conseqüentemente, acompanhado da concepção de Estado regulador que deixa de fornecer diretamente serviços para supervisionar, regular e recriar as condições para que sejam prestadas utilidades essenciais à população.

O modelo brasileiro de agências reguladoras, apesar das diferenças quanto aos ambientes político, ideológico e econômico, é comumente associado ao padrão estadunidense, em razão da comunhão de algumas premissas, entre elas, a adoção de

determinado grau de isolamento político e neutralidade promovida pela superior qualificação técnica dos agentes envolvidos. (BINENBOJM, 2005, p. 147-148)

Para Binenbojm (2005, p. 153), “enquanto nos Estados Unidos as agências foram concebidas para propulsionar a mudança, aqui foram elas criadas para garantir a preservação do status quo”.⁴⁶

Sobre as diferenças conjunturais entre Brasil e EUA no processo de emergência do modelo de agências reguladoras independentes, Binenbojm afirma que

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. Com efeito, o modelo regulatório brasileiro foi adotado no bojo de um amplo processo de privatizações e desestatizações, para o qual a chamada reforma do Estado se constituía em requisito essencial. É que a atração do setor privado notadamente o capital internacional para investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos objeto do programa de privatizações e desestatizações estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das regras do jogo nas relações dos investidores com o Poder Público. (BINENBOJM, 2005, p. 152)

No Brasil, além dos esforços da ascensão do modelo gerencial de administração exposto anteriormente, ocorrem outros três movimentos reformadores importantes para a reordenação econômica brasileira ocorridos nos anos 90. São considerados responsáveis por criar o ambiente para a emergência das agências reguladoras, assim: (i) a extinção de algumas limitações ao capital estrangeiro, (ii) a flexibilização dos monopólios estatais e (iii) as privatizações.

Essas modificações na forma de atuação estatal fazem parte dos mecanismos implementadores do princípio da subsidiariedade.⁴⁷

⁴⁶ “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” (BINENBOJM, 2005, p. 153). Para Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2009, p. 168), o “fortalecimento das agências americanas, durante o New Deal, foi justificado pela ideia do crescimento da regulação estatal e da produção legislativa, com o objetivo de superar a crise instaurada especialmente com a Grande Depressão de 1929. Nesse período (década de 30), a Europa e os países da América Latina adotaram solução diversa para escapar da crise global: estabeleceram uma política estatizante que afastava a necessidade de criação de agências independentes, pois era o próprio Estado o executor dos serviços públicos e de diversas atividades econômicas”.

⁴⁷ “Esse princípio foi adotado na Constituição de 1967 com a regra de que o Estado somente deve exercer atividade econômica para subsidiar a iniciativa privada quando ela seja deficiente. Na Constituição atual, contém-se, em termos um pouco diversos, no artigo 173, caput, em que está determinado que a atividade econômica só deve ser exercida pelo Estado por motivo de segurança ou interesse coletivo relevante,

Por sua vez, as agências reguladoras apresentam-se como autarquias, pessoas jurídicas de direito público, devendo ser criadas por lei (art. 37, IX, da Constituição Federal). São, no entanto, autarquias especiais em razão de características específicas desenhadas para garantir certo grau de autonomia e isolamento político.⁴⁸

Barroso (2002, p. 296) entende que a definição desse regime jurídico especial objetiva construir um espaço livre de ingerências indevidas, demarcando-se um espaço de legítima discricionariedade baseada em juízos técnicos. Assim, a autonomia das agências reguladoras é produto de um desenho institucional direcionado para essa finalidade específica, dependendo, primordialmente, de dois mecanismos: a autonomia político-administrativa e a autonomia econômico-financeira.⁴⁹

A autonomia político-administrativa está atrelada às garantias sobre (i) nomeação dos diretores indicados politicamente por meio de nomeação pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, (ii) mandato fixo dos cargos de direção e (iii) impossibilidade de demissão dos diretores, ressalvados os casos de falta grave devidamente apurada, (iv) impedimento dos diretores de prestar, direta ou indireta, serviço para as empresas sujeitas à atividade regulatória da agência durante o mandato e após a sua finalização por um período determinado, chamado quarentena. (BARROSO, 2002, p. 296-298)

Enquanto isso, a autonomia econômico-financeira abrange a reserva dos recursos materiais, por meio de transferência de patrimônio efetuadas por dotações orçamentárias e receitas próprias, como aquelas decorrentes de taxa de fiscalização, multas, convênios e outros acordos. (CUÉLLAR, 2008, p. 99)

Barroso (2002, p. 300-301) expõe um catálogo de funções atribuídas às agências reguladoras: (a) controle de tarifas, (b) universalização do serviço; (c) fomento da competitividade, (d) fiscalização do cumprimento do contrato de concessão e (e)

conforme definido em lei. Embora previsto apenas com relação às atividades econômicas, o princípio vem sendo aplicado com relação aos serviços sociais não exclusivos do Estado” (DI PIETRO, 2005, p. 218).

⁴⁸ “Quando criou essas agências o legislador federal optou por enquadrá-las no gênero *autarquias*, que está entre as organizações da Administração Indireta citadas pela Constituição Federal (art. 37, entre outros). As autarquias, segundo uma definição tradicional que, embora não seja diretamente constitucional é aceita sem discussões por todo mundo -, distingue-se dos outros entes estatais descentralizados por possuir *personalidade de Direito Público*” (SUNDFELD, 2000, p. 26).

⁴⁹ “No caso das agências reguladoras brasileiras recentes a outorga de autonomia parece haver objetivado, ao menos inicialmente, oferecer segurança a investidores estrangeiros, atraindo-os para a compra de ativos estatais. O desafio, aqui, como em qualquer outro processo de autonomização, é o de construir um sistema de controles e influências que assegurem uma atuação democrática, atenta a interesses gerais e à ordem jurídica, etc” (SUNDFELD, 2000, p. 24).

arbitramento de conflitos entre consumidores, poder concedente, concessionário, comunidade e investidores potenciais.

Outro fato que merece destaque na construção da dimensão regulatória do Estado Administrativo brasileiro envolve o entrelaçamento das atividades regulatórias com os projetos de políticas públicas traçados pelo governo central.⁵⁰

“Assim, por exemplo, à ANEEL compete implementar as políticas e diretrizes do “Governo federal” (art. 2º, Lei n. 9.427/96); a ANATEL deve implementar a política nacional de telecomunicações (art. 19, I, Lei n. 9.472/97), em cuja elaboração são reservadas relevantes competências ao Presidente da República (art. 18, Lei n. 9.472/97); a ANP deve observar a política energética nacional, cujas diretrizes são formuladas pelo Presidente da República mediante proposta do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE (arts. 1º, 2º e 8º, I, Lei n. 9.478/97); a ANS deve se ater às políticas públicas do Conselho Nacional de Saúde Suplementar – CONSU (art. 4º, I, Lei n. 9.961/00); a ANA implementará as políticas do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (arts. 2º a 4º, Lei n. 9.984/00); a ANVISA executará a política nacional de vigilância sanitária, cuja formulação compete ao Ministério da Saúde (art. 2º, § 1º, I, Lei n. 9.782/99); a ANTT e a ANTAQ deverão atender às políticas adotadas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes (arts. 1º, I, e 20, I, Lei n. 10.233/01)”. (ARAGÃO, 2013, p. 269)

No desempenho de suas atividades, essas instituições atuam por meio de um arranjo funcional tríplice, conjugando (i) a função executiva, (ii) a função normativa e (iii) a função judicante.

A função executiva comporta a autoadministração da agência, abrangendo a implementação das políticas públicas e diretrizes direcionadas pelo legislador, por meio da realização *in concreto* dos comandos normativos. (BARROSO, 2002, p. 301)

Em relação à função normativa, Sundfeld (2000, p. 30) a qualifica como produto da exigência de gerenciamento constante do órgão administrativo instrumentalizada pela contínua edição e substituição de normas específicas que ultrapassam a generalidade dos mandamentos definidos pelo Legislativo:

O fato é que, para realizar os interesses gerais da atualidade no contexto de um Estado intervencionista, não basta editar uma lei abstrata, genérica e distante, dizendo, por exemplo, que nenhuma exploração da atividade industrial pode ultrapassar certo limite de poluição, causando dano à saúde do vizinho. E preciso que o Estado vá trabalhando com a realidade todo o tempo, para definir, nas situações que se põem, o que é ou não uma emissão de poluentes aceitável; assim se obterá a

⁵⁰ Aranha (2018, posição 476) alerta para a controvérsia entre teóricos do direito administrativo e constitucional sobre a diferenciação entre política pública e regulação.

paulatina diminuição da emissão de poluentes. É preciso impor graus crescentes de restrições à emissão de poluentes, e para isso a lei é insuficiente. (SUNDFELD, 2000, p. 28)

Essa atividade, no entanto, conflita com concepções tradicionais de legalidade, implicando um processo de reformulação da relação entre normas regulamentares e leis criadas pelo legislativo. No campo dos estudos sobre regulação, no Brasil, diversos autores se preocupam com os limites, contingências e controle do poder normativo das agências reguladoras, motivo pelo qual se reconhece o melhor tratamento da matéria por essas produções. (DI PIETRO, 2005; GROTTI, 2004; GUERRA, 2011; GUIMARÃES, 2002; OLIVEIRA, 2009; SILVA; NELSON, 2013)

A função judicante envolve o exercício de “competências decisórias, resolvendo conflitos em âmbito administrativo entre os agentes econômicos que atuam no setor e entre eles e os consumidores”. (BARROSO, 2002, p. 304)

Por fim, Aragão (2013, p. 266) fornece algumas classificações das agências reguladoras:

- a) quanto à esfera federativa: federais, estaduais e municipais;
- b) quanto à especialização setorial: unissetoriais ou multissetoriais;
- c) quanto à autonomia organizacional: algumas agências editam seu próprio regimento interno (ANATEL), outras o têm produzido pelo governo central (ANEEL).
- d) quanto à natureza das atividades reguladas: agências reguladoras da prestação de serviços públicos (ANATEL), agências reguladoras da exploração de monopólios públicos (ANP), agências reguladoras da exploração de bens públicos (ANA) e agências reguladoras de atividades econômicas privadas (ANVISA e ANS).

2.2.1 ORGÃO REGULADOR X AGÊNCIA REGULADORA

A utilização única do critério de atuação regulatória pode provocar uma confusão na distinção entre órgãos reguladores e agências reguladoras, porquanto, apesar da especialização dessas últimas quanto à função regulatória, o fato é que nem toda regulação é exercida por essa espécie de entidade. (ARAGÃO, 2013, p. 252)

Embora a função reguladora desenvolvida pelo Estado não seja novidade e já fosse desempenhada por intermédio de órgãos da Administração ou se entidades semi-independentes, a criação sistemática de entes reguladores independentes no Brasil se verificou especialmente a partir de 1996 (com a criação inaugural da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL), em consequência do processo de reforma do Estado que se iniciou no Brasil na segunda metade dos anos 90. (CUÉLLAR, 2008, p. 31)

Antes do movimento de institucionalização das agências reguladoras ocorrido nos anos 1990, Aranha destaca algumas estruturas já criadas com funções primordialmente regulatórias: Comissariado de Alimentação Pública (1918); Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), substituído pelo Conselho Nacional do Café (1931) e depois pelo Departamento Nacional do Café (1933) até a criação do Instituto Brasileiro do Café (1952); Instituto do Açúcar e do Alcool (1933); Instituto Nacional do Mate (1938); Instituto Nacional do Sal (1940); Instituto Nacional do Pinho (1941); Departamento Nacional de Energia Elétrica (1968). (ARANHA, 2018, posição 2632)

Para Aragão (2013, p. 267), uma agência reguladora independente caracteriza-se pela competência regulatória e autonomia reforçada. Assim, o autor afirma que hoje existem entidades reguladoras que não são independentes como o Instituto Nacional de Pesos e Medidas (INMETRO) e o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), bem como outras entidades públicas independentes que não reguladoras, como as universidades públicas (art. 207 da CF).

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)⁵¹ e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM)⁵² alimentam ainda mais a controvérsia doutrinária sobre a sua natureza (ou não) de agência reguladora. (ARAGÃO, 2013, p. 267-268)

Em síntese, deve-se guardar a ausência de equivalência semântica entre órgão regulador e agência reguladora, especificando para estas últimas características que ultrapassam o exercício da função regulatória.

Absorvendo essa potencial confusão, nos seus primeiros artigos, a Lei 13.848/2019 ou Lei Geral das Agências Reguladoras (LGAR) tenta resolver a questão de singularização terminológica das agências reguladoras como veremos posteriormente quando esta inovação legislativa for abordada.

3.2.3 AS ONDAS DE DESENVOLVIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Binenbojm (2005, p. 152-153) esquematizou para fins analíticos duas ondas de desenvolvimento das agências reguladoras setoriais brasileiras: a primeira onda, teria sido guiada pela implementação de mecanismos institucionais e jurídicos garantidores

⁵¹ “(...) parte da doutrina não considera como um ente regulador por não possuir competências normativas, mas apenas de decidir em cada caso concreto quanto à violação ou não da legislação da concorrência” (ARAGÃO, 2013, p. 268).

⁵² “(...) exerce a regulação do mercado de capitais com garantia de mandato para seus dirigentes, mas contra a qual cabe recurso para o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, órgão integrante da Administração Direta. Teria a autonomia orgânica, mas a autonomia funcional seria deficiente” (ARAGÃO, 2013, p. 268).

da independência das agências em relação aos agentes políticos e ao Poder Judiciário; a segunda onda, observou a inclusão de preocupações democráticas relacionadas ao controle político, responsividade e legitimidade democrática das agências reguladoras.

Nesse contexto, a primeira onda privilegiou a independência política dos dirigentes e sua liberdade técnica, a autodeterminação decisional, a autonomia normativa e a emancipação gerencial, orçamentária e financeira, enquanto a segunda implicou o aprofundamento da compreensão do princípio da legalidade, da pressão ao sistema clássico de separação dos poderes e da tensão com o regime democrático. (BINENBOJM, 2005, p. 153-153)

A terceira onda, não abordada pelo autor, mas decorrente dos atuais desafios enfrentados pelas agências reguladoras, divide-se em quatro vetores a seguir explicados:

(i) vetor político: alguns atores políticos passaram a direcionar ataques relacionados à independência das agências reguladoras na estrutura administrativa brasileira. Recentemente, houve acalorado embate público entre o atual Presidente Jair Bolsonaro e a ANVISA acerca de questões relacionadas à normas emitidas no contexto da pandemia de Covid-19, mais especificamente, sobre a autorização de uso emergencial de vacinas. Paralelamente, modificações decorrentes de eventual reforma administrativa direcionadas a extinção da estabilidade no serviço público podem afetar a autonomia das agências reguladoras (GUERREIRO; ALMEIDA, 2021; MARTINS-FILHO; BARBERIA, 2022);

(ii) vetor institucional: no campo das interações entre órgãos estatais e não-estatais, são verificados desafios no processo de cooperação entre diversos agentes e entidades. A diversidade de interesses, a difícil interlocução e a ausência de espaços de troca colocam o fortalecimento das técnicas de diálogo institucional no foco das demandas contemporâneas (OLIVEIRA, 2015; PEREIRA NETO; LANCIERI; ADAM, 2014; PINTO, 2014; ROCHA, 2013; SILVA; GUIMARÃES, 2020);

(iii) vetor epistemológico: o início do Século XXI observaram a proliferação de teorias e tecnologias regulatórias. Exemplificativamente, temos as contribuições teoria da escolha pública, da teoria processual administrativa da regulação, da teoria social da regulação, da regulação responsiva, da regulação inteligente, da autorregulação, entre outros. No Brasil, especificamente, a absorção das técnicas de Análise de Impacto Regulatório, bem como o reconhecimento de seus limites causais encontram-se no

centro dos desafios direcionados pelo vetor epistemológico (DE OLIVEIRA; MIOTTO; BRAGA, 2021; FRAZÃO, 2021b);

(iv) vetor legal: entre as variadas normas promulgadas nos últimos anos com potencial ou direta influência na dimensão regulatória do Estado Administrativo brasileiro, destacam-se as adições à Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), promovidas pela Lei 13.655/2018 (DALLEONE; MOREIRA, 2020; LEITÃO; GOUVEIA, 2019), os elementos axiológicos destacado pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, Lei 13.874/2019 (FRAZÃO, 2021a; VERAS; ARAUJO, 2021), e, por fim, mas, provavelmente, mais importante, são as inovações promovida pela Lei Geral das Agências Reguladoras, Lei 13.848/2019 (CRISTIANA FORTINI, MARJORIE CAVALCANTI, 2021; DA CUNHA, 2019; GUIMARÃES, 2020).

Este quadro, portanto, sintetiza os principais elementos de tensionamento do Estado Regulador nacional. A seguir, especificamente sobre a Lei Geral das Agências Reguladoras, serão elaboradas algumas considerações iniciais sobre essa novel legislação.

2.2.2 LEI GERAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS (LGAR)

Por muito tempo advogou-se pela promulgação de um regramento geral para agências reguladoras, porquanto a proliferação dessas instituições em todos os níveis da Administração Pública criava um quadro normativo desconexo, no qual o reconhecimento de técnicas e procedimentos exigia a análise singular das legislações relativas a cada uma dessas autoridades. (CUÉLLAR, 2008, p. 136)

Ao dispor sobre gestão, organização, processo decisório e controle social, a Lei 13.848/2019 ou Lei Geral das Agências Reguladoras (LGAR) posiciona-se como marco legal paradigmático na busca do aperfeiçoamento desse modelo institucional.

No seu art. 2º, elenca um rol de entidades as quais considera como típicas agências reguladoras, quais sejam: a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL); a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); a Agência Nacional de Águas (ANA); a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ); a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); a Agência Nacional do Cinema

(ANCINE) e a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC); a Agência Nacional de Mineração (ANM).⁵³

Este dispositivo não causa controvérsia pela inserção de nenhuma das instituições incluídas acima, o vetor de complicação, neste caso, envolve compreender o status de entidades com funções reconhecidamente regulatórias e não inseridas no rol.

Com efeito, a intenção legislativa parece coadunar-se com as reflexões expostas no tópico 2.2.1 sobre a diferenciação entre órgão regulatórios e agências reguladoras, reconhecendo para as últimas um conjunto de características distintivas além do exercício da atividade regulatória.

O regramento exposto na LGAR reconhece a natureza especial atribuída à agência reguladora pela (i) ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, (ii) pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e (iii) pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como (iv) pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

Os aspectos (i), (ii) e (iii) são considerados elementos tradicionais decorrentes do projeto inicial de institucionalização das agências reguladoras independentes, já trabalhados nos tópicos sobre a ascensão do modelo gerencial de administração pública e no subcapítulo sobre elementos conceituais fundamentais dessas instituições.

Para otimizar as reflexões desta seção, serão focalizados dispositivos incluídos na Lei 13.848/2019 considerados disruptivos para a construção daquilo que está sendo chamado de dimensão regulatória do Estado Administrativo brasileiro.

Entre esses novos atributos, encontra-se o dever de adoção pelas agências reguladoras de práticas de gestão de riscos e de controle interno, especificamente, elaborar e divulgar programa de integridade direcionadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção.

Outro ponto relevante da LGAR encontra-se na singularização de um capítulo da lei para tratar do processo decisório das agências reguladoras. Foi estabelecido, assim: (a) a obrigatoria adequação entre meios e fins, proibida a fixação de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela ao interesse público; (b) o dever de

⁵³ Deixa, no entanto, uma ressalva para aplicação da LGAR às autarquias especiais caracterizadas, nos termos desta lei, como agências reguladoras e criadas a partir de sua vigência (art. 2º, parágrafo único, da Lei 13.848/2019).

exteriorizar os argumentos de fato e de direito que justifiquem suas decisões, incluindo a edição ou não de atos normativos; (c) a adoção ampla da consulta pública, da audiência pública e da Análise de Impacto Regulatório (AIR); (d) o caráter colegiado do processo de decisão da agência reguladora sobre matéria regulatória; (e) os encontros deliberativos do conselho diretor ou da diretoria colegiada serão públicos e gravados em meio eletrônico; e (f) a divulgação prévia da pauta de reuniões.

Ademais, no espírito de ampliação das possibilidades de controle por outros poderes e, como consequência, redução do déficit democrático, houve positivamente de uma série de mecanismos para prestação de contas e controle social, como a cláusula expressa acerca do controle externo exercido pelo Congresso Nacional, com ajuda do Tribunal de Conta da União.

Ainda, nesse contexto, a previsão de relatório anual sobre as atividades das agências implica o controle pelos poderes Legislativo e Executivo do cumprimento da política setorial, essencialmente, por meio da verificação da compatibilidade das atividades com o plano estratégico vigente e o plano de gestão anual.

O plano estratégico é elaborado para cada período de quatro anos, contendo objetivos, metas e resultados estratégicos esperados das ações da instituição, abrangendo competências regulatórias, fiscalizatórias, normativas e elementos de gestão. Deve, ainda, indicar fatores externos com potencial risco de influência no cumprimento dos programas. O plano de gestão anual consiste no instrumento de planejamento da agência, abordando ações, resultados e metas direcionados aos processos finalísticos e de gestão.

Essas medidas buscam aperfeiçoar o acompanhamento da gestão dessas entidades, dando mais transparência, além de estimular relações de cooperação entre a agência e o Poder Público no atingimento das políticas públicas previamente definidas. Busca, desta maneira, o aumento na eficiência e na qualidade das atividades regulatórias.

A Lei 13.848/2019, ainda, consolida outro instrumento relacionado ao controle das atividades regulatórias na chamada agenda regulatória:

Art. 21. A agência reguladora implementará, no respectivo âmbito de atuação, a agenda regulatória, instrumento de planejamento da atividade normativa que conterá o conjunto dos temas prioritários a serem regulamentados pela agência durante sua vigência.

§ 1º A agenda regulatória deverá ser alinhada com os objetivos do plano estratégico e integrará o plano de gestão anual.

§ 2º A agenda regulatória será aprovada pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada e será disponibilizada na sede da agência e no respectivo sítio na internet.

Fechando o capítulo sobre prestação de contas e controle social, a LGAR promove a multiplicação do sistema de ouvidorias para todas as agências regulatórias, prevendo a existência de um agente sem subordinação hierárquica para atuar como ouvidor em cada instituição.

O ouvidor seria, então, responsável por zelar pela qualidade e tempestividade das atividades das agências, monitorar o processo de apuração de denúncias e reclamações contra a agência e elaborar anualmente relatório. Terá, ainda, acesso a todos os processos da agência reguladora, devendo guardar sigilo das informações reservadas ou confidenciais.

A LGAR, também, centraliza alguns fatores de desempenho, são eles: a qualidade dos serviços realizados pela agência, o estímulo à pesquisa no setor regulado pela agência e a cooperação com os órgãos de defesa da concorrência, de defesa do consumidor e de defesa do meio ambiente.

Neste último aspecto, a Lei 13.848/2019 posiciona como fundamental o regramento sobre o diálogo institucional decorrente da interação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência, da articulação entre agências reguladoras, da articulação das agências reguladoras com os órgãos de defesa do consumidor e do meio ambiente e da interação operacional entre as agências reguladoras federais e as agências reguladoras ou os órgãos de regulação estaduais, distritais e municipais.

Entre as medidas de destaque no campo do diálogo institucional, visualiza-se: (i) possibilidade de duas ou mais agências reguladoras editar atos normativos conjuntamente sobre matéria sujeita a mais de uma regulação setorial; (ii) intercâmbio de experiências e informações entre si ou com os órgãos integrantes do Poder Público; (iii) autorização de celebração de termo de ajustamento de conduta com força de título executivo extrajudicial; e (iv) articulação de atividade com agências reguladoras ou órgãos de regulação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios nas áreas de competências estabelecida.

Por tudo exposto, coordenação é a palavra-chave da Lei 13.848/2019: coordenação entre agências e outros órgãos do Poder Público, coordenação entre

projetos, metas e resultados setoriais, coordenação entre reguladores, regulados e público interessado, essencialmente, coordenação entre ciência, política e direito.

2.3.3 DIÁLOGOS ENTRE A LEI 13.848/2019 E O *ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT*

Seguindo o espírito de análise dialógica, a intenção exteriorizada na Lei 13.848/2019 para figurar como marco legal geral das agências reguladoras torna recomendável o exercício de algumas reflexões direcionadas ao regramento produzido pelo estadunidense *Administrative Procedure Act* (APA).

O APA é considerado norma geral para dispor sobre a estrutura, funcionamento e mecanismos de controle das agências administrativas independentes norte-americanas.⁵⁴ Os esforços para criação dessa modalidade de regras iniciaram-se no ano 1933 quando a *American Bar Association* criou um comitê especial de Direito Administrativo (*Special Committee on Administrative Law*) para discutir a função judicial das agências administrativas, estabelecendo duas opções: (i) a transferência para um tribunal administrativo ou (ii) a criação de mecanismos de revisão (de fatos e de direito) das decisões administrativas por um tribunal caracterizado pela independência judicial. (GELLHORN, 1986, p. 219)

A iniciativa de 1933 terminou sem finalizar um projeto de código geral das agências, embora os anos seguintes tenham observado o surgimento de outras iniciativas similares oriundas de projetos da advocacia, da academia e do próprio governo central americano. Em geral, pairava sobre esses programas a dificuldade em unificar processos administrativos distintos, conquanto o estabelecimento de diretrizes procedimentais gerais por meio de regulamento gerava críticas sobre os perigos do excesso de generalização e risco de imprecisão nos comandos. (GELLHORN, 1986, p. 224)

Os ânimos arrefeceram durante a 2ª Guerra Mundial e retornaram com força no período posterior, resultando, na elaboração, em 1946, do *Administrative Procedure Act*.

⁵⁴ O termo agência utilizado no APA e nos julgados norte-americanos encontra divergência semântica com as conhecidas agências reguladoras brasileiras. Enquanto as últimas são estruturas marcadas por funções regulatórias setoriais específicas, as agências, conforme a utilização usual pelos estadunidenses, abrange toda a estrutura administrativa do governo americano, excluindo-se, entre outros, o Congresso, as Cortes e os Militares.

O APA está estruturado em nove sessões: (i) definições, trazendo a abrangência do termo agência (*agency*), norma (*rule*), função normativa (*rule making*), função judicante (*adjudication*), função administrativa (*license*), sanção (*sanction*), entre outros; (ii) informações públicas, abordando aspectos que privilegiam a publicidade dos procedimentos realizados pelas agências, proteção de dados colhidos pela atividade da instituição, ampla divulgação das pautas prioritárias e intercâmbio de informações entre órgãos; (iii) função normativa ou *rule making*, estabelecendo exigência de notificação geral (*general notice*) sobre o início dos trabalhos para produção de regulamentos, dando oportunidade de participação para os interessados por meio de material escrito e/ou apresentação oral; (iv) poder judicante ou *adjudication*, ressaltando a obrigatoriedade de intimação prévia e a concessão de espaço para oferecimento de considerações fáticas, acordos ou termos de ajustamento de conduta; (v) matérias auxiliares, tratando sobre possibilidade de atuação do interessado por procuração e vinculação à normas legais para autorização de inspeções e outros procedimentos com caráter invasivo, entre outras previsões acessórias; (vi) audiências ou *hearings*, admitido tanto para procedimentos decorrentes do poder normativo como judicante, destacando aspectos relacionados aos poderes e deveres das pessoas com poderes decisórios, além de absorver elementos típicos do processo judicial como o interrogatório cruzado (*cross-examination*) e o ônus da prova; (vii) outras regras procedimentais, incluindo a vedação de comunicações unilaterais aptas a desvirtuar o curso decisório; (viii) processo sancionatório, trazendo regras para garantir a autorização legal prévia para o exercício dessa função, bem como notificação prévia e contraditório; e, ao final, (ix) disposições finais, garantindo que as agências tenham autoridade necessária para produzir normas ou outras ordens direcionadas ao cumprimento das exigências estabelecidas no APA.

Dialogicamente, a Lei 13.848/2019 encontra similaridades com a proposta do APA: (i) preocupam-se em definir a extensão de conceitos importantes para suas relações, (ii) aborda, com especificidade, o processo decisório dessas instituições, focalizando na atividade normativa, (iii) amplifica as exigências de participação da comunidade interessada; (iv) comunga da expansão da observância do princípio da publicidade de forma compatível com a proteção de informações sigilosas, (v) ressalta a importância da divulgação dos planos estratégicos; e (vi) centralizam elementos de diálogo institucional para troca de informações e experiências com órgãos estatais e não-estatais.

Em contraposição, manifestam-se como pontos de dissonância entre as duas produções legislativas: (i) embora, reconhecidamente, o *Administrative Procedure Act* forneça o substrato legal básico do sistema regulatório estadunidense, o APA trata sobre agências administrativas em geral, entendidas como centros de autoridade do governo norte-americano, enquanto a LGAR aborda apenas agências reguladoras; (ii) o APA preocupa-se, precipuamente, em definir regras para o processo de adjudicação, enquanto o LGAR foca na atividade normativa; (iii) ocorre ampla importação de mecanismos do processo judicial para o processo decisório no APA, não abordado na mesma intensidade na LGAR; (iv) a LGAR destaca com mais força mecanismos de prestação de contas e controle social (Plano Estratégico, Plano de Gestão Anual e Agenda Regulatória); e (v) os mais de setenta anos que separam o APA e a LGAR possibilitam a abordagem expressa pela norma brasileira de mecanismos contemporâneos como o análise de impacto regulatório, conquanto a linguagem aberta do APA forneça vetores de fácil adaptação para demandas atuais.

De outro lado, a atenção dedicada pelo APA ao procedimento de adjudicação administrativo fornece uma conexão razoável com normas brasileiras para o processo administrativo, especialmente, em nível federal, a Lei 9.784/1999, porquanto, ambas compartilham da técnica de apropriação de conceitos do processo judicial, bem como autorizam o deslocamento de processos administrativos específicos para regramentos adequados, funcionando, conseqüentemente, como norma geral.

No âmbito da regulação este deslocamento para regramentos processuais específicos conforme a agência regulatória, amparado pelo movimento de autonomização do próprio direito regulatório, provocam a emergência de um fenômeno denominado neste trabalho como litigância regulatória.

3.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO

Esta seção buscou construir a dimensão regulatória do Estado Administrativo brasileiro, para isso, foram retomados aspectos da teoria da administração pública. Dialogicamente, encontra-se, como ponto de contato entre as abordagens brasileiras e norte-americanas, o empoderamento institucional de algumas entidades, entre elas, as agências reguladoras.

São construídos estímulos sistêmicos para melhorar processo decisório dessas instituições, conseqüentemente, afetando os níveis de qualidade regulatória. Entre os incentivos para especialização e os mandamentos de coordenação, as agências reguladoras vão se consolidando como corpos independentes de disputa democrática.

CAPÍTULO 3: DEFININDO A LITIGÂNCIA REGULATÓRIA

“É inevitável reconhecer que a defesa apaixonada de um modelo de agências independentes pode carregar, no mínimo, uma forte carga de ingenuidade. Protótipos abstratos costumam gerar monstros no mundo real, cujas complexidades com frequência se encarregam de distorcer, mesmo sem negá-los explicitamente, todos os belos princípios de que se partiu. Sonhar com autoridades equilibradas, imparciais, tecnicamente preparadas, democráticas, comprometidas com os interesses gerais, respeitadoras do Direito etc., em nada garante que a realidade vá se ajustar aos sonhos. Cada instituição comporta um lento e dolorido processo de criação e depuração.” (SUNDFELD, 2000, p. 25)

Neste ponto do trabalho, espera-se que esteja delimitada com clareza a dimensão regulatória do Estado Administrativo brasileiro, precipuamente, na sua faceta institucional por meio das agências reguladoras. O quadro desenhado pelos capítulos anteriores construiu algumas balizas fundamentais para o funcionamento dessas entidades, entre elas: (a) autonomia funcional e financeira; (b) certo grau de independência política; (c) liberdade técnico-decisória; e (d) conjunção de poderes administrativos, normativos e adjudicativos.

Propositadamente, não se abordou com profundidade a temática relacionada ao controle das agências reguladoras. O assunto é extenso e possibilita várias perspectivas de estudo. Levando isso em consideração, esta seção focaliza uma forma específica de controle caracterizada pela possibilidade de contestação, administrativa ou judicial, sobre determinado interesse regulatório (aspecto objetivo) entre agências reguladoras e regulados (aspecto subjetivo).

Explica-se: seja como decorrência do direito constitucional de petição, via administrativa, ou pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, via judicial, é possível o questionamento de matérias provenientes de interesses eminentemente regulatórios.

Trata-se, como por esse estudo denominado, do gênero litigância regulatória.⁵⁵

⁵⁵ Pesquisas realizadas nos principais buscadores públicos de informações e textos acadêmicos não devolveram resultados que utilizam o termo “litigância regulatória” ou “litígio regulatório” na acepção elaborada neste capítulo. Em língua portuguesa, proveniente de uma tradução, encontra-se como referência pretérita da expressão “litigância regulatória” o texto de Timothy Meyer (2011) sobre federalismo e *accountability* na litigância regulatória exercida por procuradores estaduais. Meyer, no entanto, não se preocupa em definir o significado preciso da expressão “litigância regulatória”, bem como vincula o termo à literatura do tema conhecido como “*regulation through litigation*”. A perspectiva da “*regulation through litigation*” traz importantes contribuições para a definição do fenômeno da litigância

Litigar carrega a ideia de questionamento, disputa e resistência. Assim, quando um sujeito discorda de uma decisão tomada por uma agência reguladora pode preferir contestá-la judicial ou administrativamente.

Atente-se que a missão final deste trabalho envolve o estudo da aplicação da teoria da deferência na litigância regulatória judicial. No entanto, sem a apresentação dos elementos abordados pelo capítulo 3, a opção por uma postura de deferência aparenta funcionar como a única posição possível diante do destaque das seções anteriores para os atributos relacionados à independência e ao almejado elevado grau de autossuficiência da dimensão regulatória do Estado Administrativo brasileiro.

Ocorre que inspirado nos movimentos que reconhecem o processo como espaço de deliberação e centralizam a importância do diálogo institucional e da participação dos interessados como consectário de Estado Democrático de Direito, a deferência deve ser enfrentada como uma das possibilidades possíveis para resolução do conflito.

Adiantando a conclusão deste capítulo, a litigância regulatória atua, no campo do controle, como mecanismo de *accountability*⁵⁶ das agências reguladoras, uma vez que:

- (i) pode ser um meio de verificação do cumprimento adequado da delegação de competências pelo ente delegante e pelo regulado;
- (ii) permite o compartilhamento de saberes epistêmicos tradicionais e tácitos em um espaço que admite a discutibilidade da expertise e da ciência com padrões adequados de contestação; e
- (iii) transversalmente, centraliza a relevância de direitos e garantias fundamentais (participação, contraditório, ampla defesa e devido processo legal e outros) nas demandas regulatórias.

Dessa forma, apenas quando investigada a potencial utilização da litigância regulatória como instrumento de consolidação democrática, participação e interlocução

regulatória, como será analisado em subcapítulos posteriores, no entanto, não podem ser consideradas expressões definidoras do mesmo evento.

⁵⁶ “(...) não existe um termo único em português que defina a palavra *accountability*, havendo que trabalhar com uma forma composta. Buscando uma síntese, *accountability* encerra a responsabilidade, a obrigação e a responsabilização de quem ocupa um cargo em prestar contas segundo os parâmetros da lei, estando envolvida a possibilidade de ônus, o que seria a pena para o não cumprimento dessa diretiva.” (PINHO; SACRAMENTO, 2009, p. 1348) O conceito de *accountability* não possui definição unívoca na literatura sobre o tema, prevalecendo a opção que o entende como a obrigação de um ator oferecer informação e/ou explicação sobre sua conduta, permanecendo questionamento sobre a inclusão (ou não) de uma fase sancionatória. (KOOP, 2011, p. 216)

institucional, matéria deste capítulo, a teoria da deferência poderá ser analisada como um dos instrumentos desse campo de interesse, tópico do próximo e último capítulo.

3.1 LITIGÂNCIA REGULATÓRIA COMO UM MECANISMO DE *ACCOUNTABILITY*

*Accountability*⁵⁷ significa o “dever de prestar contas” ou “a obrigação de apresentar razões”. Fundamenta-se, majoritariamente, na seguinte premissa: *onde existe liberdade para decidir, deve existir obrigação de justificar*.⁵⁸

Portanto, se durante o exercício da função regulatória, o Estado possui a prerrogativa de escolher determinados caminhos de ação, imputando responsabilidades e limitando ações dos regulados, tal poder deve ser acompanhado de mecanismos de responsividade e controle.⁵⁹

Nesse contexto, quando a litigância regulatória operacionaliza o “dever de prestar contas”, ela se apresenta como instrumento de *accountability* do Estado Administrativo no exercício de sua função regulatória.⁶⁰

⁵⁷ “O termo *accountability* ganha força no Brasil no mesmo momento em que a democracia se torna princípio fundamental do sistema político, após a queda do regime militar. Desde então, o termo circunda a literatura em companhia de expressões como controle social, participação e a própria democratização do Estado.” (DE MEDEIROS; CRANTSCHANINOV; DA SILVA, 2013, p. 746)

⁵⁸ “*Accountability* pode ser definida como a possibilidade de um ator demandar uma explicação ou justificação de outro agente por suas ações, sujeitando-o à elogiação ou punição conforme o juízo sobre sua performance ou explicação.” [Tradução livre do original: “*Accountability can be roughly defined as the ability of one actor to demand an explanation or justification of another actor for its actions and to reward or punish that second actor on the basis of its performance or its explanation.*”] (RUBIN, 2005, p. 2073)

⁵⁹ “Partindo do reconhecimento de que a evolução das democracias contemporâneas estaria dando lugar à contínua expansão das burocracias, Weber perguntava-se como conciliar os requerimentos de eficiência administrativa e a exigência de que as decisões político-administrativas traduzissem de forma adequada os interesses e preferências dos eleitores. Por um lado, considerava o autor, a progressiva complexificação das funções estatais passou a impor requerimentos de conhecimento crescentes, fenômeno que justificava a racionalização da administração e a delegação de responsabilidades decisórias a corpos técnicos especializados. Por outro, entretanto, na medida em que essa delegação acabaria por corresponder à ampliação do espaço para o exercício da discricionariedade por parte dos burocratas, definia-se o risco de que decisões administrativas viessem a não espelhar as preferências políticas dos representantes eleitos, frustrando-se com isso a expectativa de que os interesses dos eleitores pudessem ser adequadamente.” (MEIRELLES; OLIVA, 2006, p. 549)

⁶⁰ “A verdade é que o cidadão comum não possui condições técnicas de opinar sobre diversos temas que exigem um conhecimento técnico apenas pelo senso comum ou pelo que é divulgado pela imprensa. Por esse aspecto as decisões das agências reguladoras se tornam às vezes inacessíveis aos cidadãos comuns, há nestes casos a prevalência do técnico sobre o cidadão. Essa tensão entre cidadão e agências reguladoras têm gerado muitas críticas no processo de formulação e implementação de políticas regulatórias, pois demonstram de maneira contundente, os limites e as dificuldades técnicas que a sociedade civil encontra em participar dos processos de decisão extremamente complexos de uma agência reguladora. Há um longo caminho a ser percorrido para que se chegue a uma situação de plena participação social na formulação e implementação de políticas regulatórias, caminho este diretamente vinculado à previsão e à concretização da participação social nos processos regulatórios.” (SILVA, 2011, p. 147)

3.1.1 MODALIDADES DE *ACCOUNTABILITY*

Inicialmente, reconhecida a capacidade da litigância regulatória procedimentalizar a exigência de justificação da agência reguladora por ter tomado determinada decisão, assumindo-se como mecanismo de *accountability*, importa definir qual a modalidade de *accountability* melhor explica essa interação regulador-regulado.⁶¹

Bell (2019) apresenta três desenhos de *accountability*, também trabalhados por outros autores do Direito e da Ciência Política, em tese, aplicáveis para o Estado Administrativo na sua faceta regulatória, quais sejam, o principal-agente, o representante-eleitor e o modelo de confiança, a seguir definidos:

a) Principal-agente

Uma pessoa (ou instituição), chamado principal, atribui uma tarefa para outro(a), denominado (agente), esperando, conseqüentemente, que o agente responda pela execução da atividade. O agente atua em nome do principal, existindo, desta maneira, uma relação de autoridade e hierarquia originada por uma autorização originária. (BELL, 2019, p. 9)

Assim, o principal pode, mas não é obrigado, a delegar poderes para o agente. Exige-se a individualização do agente e a especificação dos poderes delegados. O principal detém superioridade moral, sendo, portanto, o detentor do juízo final sobre o comportamento do agente. Pode, por isso, instalar mecanismos variados de controle a fim de sancionar o desvio da conduta do agente, cuja busca por interesses privados encontra-se racionalmente limitada pelo desejo de não ser sancionado. (BRANDSMA; ADRIAENSEN, 2017, p. 41)

Em relação ao modelo principal-agente (a), a literatura é profícua na vinculação deste arquétipo com a delegação de competências, premissa básica do Estado

⁶¹ “A criação das agências reguladoras parece estar marcada, portanto, por uma configuração de relações onde há pouca abertura para a participação cidadã no debate em torno das políticas públicas, tendo em vista a predominância da lógica do mercado neste contexto - que coloca a eficiência no centro do debate, em detrimento da questão dos direitos; o insulamento destas instituições em relação à política e ao debate político; e também a complexidade técnica dos temas da regulação - de difícil acesso à população.” (SERAFIM, 2007, p. 204) “Uma burocracia completamente autônoma, como todo poder autorreferenciado, traz riscos à sociedade e à democracia. A discussão ganha novos contornos com os processos de reforma do Estado, nos quais uma das principais marcas foi o repasse da execução de atividades antes estatais a entes privados e, nesse contexto, instrumentos de *accountability* precisaram ser repensados.” (PÓ; ABRUCIO, 2006, p. 685).

Administrativo e extremamente cara para a configuração funcional das agências reguladoras. (BRANDSMA; ADRIAENSEN, 2017; GAILMARD, 2014)

Nesse cenário, *prima facie*, é possível imaginar duas abordagens do modelo principal-agente aplicáveis às agências reguladoras. No primeiro, o principal seria o Congresso, legítimo detentor do poder legislativo, responsável por incumbir, mediante autorização legal, ao Executivo (agente) a materialização no mundo da vida dos objetivos e compromissos firmados pela deliberação política. No segundo, o principal compreende o próprio Executivo que desloca algumas funções para as agências reguladoras (agente) na expectativa de melhor performance dessas áreas.⁶²

Ambos os modelos produzem um parâmetro razoável para o controle da atividade delegada. O primeiro serve para explicar o momento inicial de expansão das funções do Estado Administrativo, trabalhada com mais afinco no capítulo 1, enquanto o segundo representa o momento de consolidação das agências reguladoras como estratégia de design institucional, detalhado no capítulo 2. O regulado, no entanto, resta sem espaço.

b) Representante-eleitor

Baseia-se no modelo eleitoral comum, isto é, o eleitor vota em determinada pessoa para representá-lo. Neste caso, através do mandato, o representante possui liberdade para exercer o encargo, agindo na direção do melhor interesse geral, o que não representa, necessariamente, a vontade dos eleitores. (BELL, 2019, p. 10)

Nesse cenário, em regra, o eleitor pode exercer controle sobre a atuação do representante apenas durante novas eleições. Para Bell (2019, p. 10), diferente do controle sobre o cumprimento efetivo da vontade do principal pelo agente do modelo anterior, a *accountability* do representante enseja uma avaliação mais conjuntural do exercício do mandato, avaliando-se, entre outros aspectos, o grau de responsabilidade e compromisso nas decisões tomadas no interesse da comunidade como um todo.

O esquema (b) de responsabilidade eleitoral, no contexto da *accountability* do Estado Administrativo e das agências reguladoras independentes, não encontra compatibilidade com a condução dessa estrutura administrativa, primordialmente,

⁶² O modelo principal-agente também ajuda explicar o cenário onde o agente administrativo atua na direção da maximização dos seus interesses, criando custos e interferências não pensadas pelo principal. O modelo principal-agente também ajuda explicar o cenário onde o agente administrativo atua na direção da maximização dos seus interesses, criando custos e interferências não pensadas pelo principal.

diante da inexistência de processo eleitoral para escolha dos diretores dessas instituições.⁶³

A responsividade eleitoral das agências reguladoras apenas pode ser visualizada em grau secundário, pois o eleitor somente intervém diretamente na escolha de uma pequena porção dos integrantes do Poder Executivo, restando apenas uma influência reflexa no resultado das opções realizadas pelo representante eleito sobre os nomes elencados para as posições centrais das agências. (RUBIN, 2005, p. 2081)

c) Confiança

Nesse esquema proposto por Bell (2019, p. 10), a pessoa a quem a tarefa é confiada deve observar dois vetores de *accountability*. Em uma direção responde pela execução da atividade em relação ao ente delegante, enquanto, no outro lado, comunica-se com os beneficiários do encargo e seus interesses. Este modelo admite uma concepção ativa de cidadania, criando mecanismos de engajamento e interação entre público interessado e agentes governamentais.

Figura 1: Modelos de *Accountability* (Confiança)



Fonte: elaboração própria

O dever fiduciário público materializado na concretização real de utilidades públicas encontra-se permeado pelo dever cívico-republicano de respeitar a dignidade

⁶³ “De acordo com essas garantias institucionais, as nomeações seguem a seguinte dinâmica: os dirigentes das agências reguladoras serão nomeados pelo presidente da República para exercer um mandato fixo de “n” anos, que pode ultrapassar o próprio mandato presidencial, fazendo com que o nomeado continue presente na engrenagem estatal, ainda que o presidente que o nomeou ou o seu partido venham a ser derrotados nas eleições seguintes. Para evitar a influência política de um determinado partido, as nomeações são intercaladas, de forma que um único presidente não consiga nomear a totalidade ou a maioria dos dirigentes das agências, pelo menos nos primeiros anos de seu mandato. Assim, a permanência de dirigentes do governo anterior permitiria algum tipo de estabilidade para o quadro regulatório, a despeito das mudanças ocorridas em cada ciclo eleitoral.” (TÜRNER; PRADO, 2009, p. 34-35)

da pessoa sendo servida, permitindo e incentivando mecanismos de voz ativa para todos os afetados pela atividade. (BELL, 2019, p. 11)

Assim, enquanto os arquétipos (a) e (b) falham na consideração do beneficiário da delegação (regulado) como um centro subjetivo de participação pública, o modelo da confiança cumpre com o requisito de habilitação do regulado como instância de responsividade, dotado de dignidade própria e valor argumentativo significativo.⁶⁴

Abaixo, segue o diagrama do modelo de *accountability* de confiança adaptado para as agências reguladoras.

Figura 2: Modelo da confiança aplicado à litigância regulatória



Fonte: elaboração própria

3.1.2 A APLICAÇÃO DO MODELO DE CONFIANÇA À LITIGÂNCIA REGULATÓRIA

A centralização dos regulados no modelo de *accountability* por confiança mostra-se em consonância com a priorização dos mecanismos de participação ativa incentivados pelo Estado Democrático de Direito.⁶⁵

⁶⁴ “A participação é o caminho natural para o homem exprimir sua tendência inata de realizar, fazer coisas, afirmar-se a si mesmo e dominar a natureza e o mundo. Além disso, sua prática envolve a satisfação de outras necessidades básicas, tais como a interação com os demais homens, a autoexpressão, o desenvolvimento do pensamento reflexivo, o prazer de criar e recriar coisas, e, ainda, a valorização de si pelos outros.” (BORDENAVE, 1983, p. 16)

⁶⁵ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1993, p. 32), a participação popular é “uma característica essencial do Estado de Direito Democrático, porque ela aproxima mais o particular da Administração, diminuindo ainda mais as barreiras entre o Estado e a sociedade”. A literatura sobre agências reguladoras, recorrentemente, preocupa-se com as falhas relacionadas à deficiência de *accountability* desses entes e o seu déficit democrático: Gabardo e Graner (2020) estudam a importância da participação popular na análise de impacto regulatório pelas agências federais brasileiras, defendendo o potencial aprimoramento da qualidade regulatória brasileira pela institucionalização de mecanismos de diálogo com a sociedade civil; Teixeira e Bitencourt (2019) analisam como os conselhos de participação podem funcionar como instrumentos de legitimação das agências reguladoras; Moura e Silveira Neto (2017) discutem a tensão entre as agências reguladoras e o regime democrático na tentativa de superar o conceito de legitimidade democrática decorrente apenas do sufrágio universal na direção de uma legitimação baseada no exercício do poder guiado pelo interesse público.

Se tomarmos o princípio da participação⁶⁶, elencado pelo Estado Democrático de Direito como prioritário⁶⁷, impõe-se a consideração das funções do Estado Administrativo para além da delegação de poderes na relação principal-agente ou representante-eleitor, ganhando relevância o papel dos próprios beneficiários da delegação.⁶⁸

De fato, a colaboração do regulado mediada pelo princípio da participação tende a fortalecer o sistema de *accountability* do Estado Administrativo no exercício da função regulatória.⁶⁹

Sobre a matriz constitucional propulsora da participação pública na administração, Gustavo Henrique Justino de Oliveira (2005, p. 186-187) afirma que

a Constituição Brasileira estabelece no par. único do art. 1º que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Exemplificando, cumpre registrar que, sinalizando o caminho da colaboração entre Administração e população, a Lei Maior admite no inc. X do art. 29 “a cooperação das associações representativas no planejamento municipal”, concretizando-se, por exemplo, na idealização do plano diretor (art. 182 e seguintes). Por seu turno, o inc. VII do parágrafo único do art. 194 possibilita uma gestão democrática e descentralizada da seguridade social, “com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados”. Gestões similares estão previstas no inc. III do art. 198 (saúde), inc. II do art. 204, (assistência

⁶⁶ Adota-se, neste trabalho, uma definição de participação como capacidade de influência e modificação do resultado de uma decisão tomada por uma agência reguladora no âmbito regulatório. Segue a linha de Gustavo Henrique Justino de Oliveira (2005, p. 178) sobre participação administrativa: “é possível definir a participação administrativa como a intervenção individual ou coletiva dos cidadãos na gestão dos órgãos e entidades que integram a Administração pública, com reflexos no conteúdo das decisões deles emanadas”.

⁶⁷ “(...) o direito à participação, umbilicalmente ligado à democracia, é um pressuposto de realização do Estado Social e Democrático de Direito, na medida em que assegura, de um lado, a participação do cidadão em todos os mecanismos de controle da Administração Pública, realizando, assim, a dimensão do Estado de Direito e, por outro lado, garante a participação do cidadão na tomada de decisões políticas, concretizando, assim, a dimensão do princípio democrático.” (HEY MELO; SCHIER, 2017, p. 143)

⁶⁸ “(...) talvez seja possível preservar um desejável espaço de autonomia das agências em setores onde predomine a necessidade de estabilidade em longo prazo e de gestão não imediatamente responsiva à vontade das urnas, mesclando-o com um regime de controles parciais de natureza política, jurídica e social de forma a compatibilizá-lo com as exigências do Estado democrático de direito. Nessa hipótese, os controles serão menos uma ameaça que instrumentos de fortalecimento institucional e preservação do espaço próprio de autonomia das agências.” (BINENBOJM, 2005, p. 165)

⁶⁹ “Participação tende a melhorar o processo de tomada de decisão ao envolver uma gama variada de interesses na busca de uma solução comum. Adicionalmente, participação é capaz, no mínimo, de neutralizar o poder ao fornecer mecanismos de revisão e mudança ou, numa perspectiva mais robusta, fornece oportunidades de compartilhamento da governança entre cidadãos, políticos e administradores” [Tradução livre do original: “*Participation is also likely to improve decision making by involving a wide variety of interests and seeking a more ecumenical solution. Additionally, participation is, at a minimum, likely to temper power by providing mechanisms for review and change, and in its more robust forms, it is likely to provide opportunities for shared governance of citizens with full-time politicians and administrators.*”] (WANG, 2007, p. 266).

social) e inc. VI do art. 206 (ensino público). A conservação do patrimônio cultural brasileiro deve ser promovida com a cooperação da comunidade (§1º do art. 216), e a tutela do meio ambiente (bem de uso comum do povo) há de ser levada a efeito com a participação da comunidade (caput do art. 225), sendo dever do Estado a promoção da educação ambiental e da conscientização pública para o fim aludido (inc. VI do art. 225). (DE OLIVEIRA, 2005, p. 186-187)

Nesse contexto, no vetor que simboliza a atuação dos regulados, visualizam-se mecanismos de participação direta ou simples, exteriorizados pelas manifestações que dispensam intermediação de qualquer natureza, agindo em nome próprio e na qualidade, apenas, de cidadão. São exemplos não exaustivos as hipóteses de audiências públicas, ouvidorias, consultas públicas, coletas de informação, referendos administrativos e outras iniciativas populares diretas.

De outro lado, as formas de participação popular indireta ou qualificada requerem a intermediação de algum mecanismo que ultrapassa a noção simples de cidadania ativa, exigindo outro elemento de mediação deliberativa. Por exemplo, a participação de cientistas, acadêmicos e profissionais de determinada área é intermediada pelo conhecimento técnico específico daquela matéria.

É nesse contexto que a litigância regulatória funciona, também, como forma de participação popular indireta ou qualificada, neste caso, especificamente, mediada pelo processo. Na lição de Medauar (2021, p. 30), a “processualidade exprime o *vir a ser* de um fenômeno, o momento em que algo está se realizando”:

O esquema processual abrange, na sua série, todos os atos que, de modo mediato ou imediato, são teleologicamente vinculados à elaboração do ato final. Portanto, todo ato do procedimento mantém vínculo teleológico com o resultado final, para o qual se direciona. (MEDAUAR, 2021, p. 32)

Para a autora, essa processualidade encontra um ambiente propício nas atividades estatais em razão da exigência de cooperação dos sujeitos destinatários do ato estatal, sendo assim capaz de interligar diversos sujeitos por meio de direitos, deveres, ônus e poderes. (MEDAUAR, 2021, p. 33)

A ideia da processualidade extensiva a todos os poderes estatais e a identificação de seu núcleo comum possibilitam afirmar a existência de uma processualidade nas atividades da Administração Pública, quando aí se detectam aqueles elementos que integram esse núcleo. (MEDAUAR, 2021, p. 35)

Portanto, quando a litigância regulatória se operacionaliza pelo processo administrativo, vinculado ao direito constitucional de petição (art. 5º, XXXIV, a, da Constituição Federal)⁷⁰, verifica-se a litigância regulatória administrativa (LRA).

De outro lado, nos casos em que processo civil atua como meio de operacionalização da disputa, amparado na premissa fundamental de inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal)⁷¹, apresenta-se, nesta hipótese, a litigância regulatória judicial (LRJ).

Adiante, essas duas modalidades serão desenvolvidas com maior detalhamento, focalizando-se, por consequência do objetivo final deste trabalho, nas características da LRJ.

3.2 TAXONOMIA DA LITIGÂNCIA REGULATÓRIA

Retomando o conceito explicado no início deste capítulo, a litigância regulatória configura-se pela contestação, administrativa ou judicial, sobre determinado interesse regulatório (elemento objetivo) entre agências reguladoras e regulados (elemento subjetivo).

Exemplificativamente, um pedido administrativo para concessão de licença capacitação por servidor vinculado a determinada agência reguladora e uma ação judicial para discutir reequilíbrio econômico-financeiro do contrato realizado entre agência reguladora e empresa terceirizada especialista em serviços de segurança patrimonial não são considerados casos de litigância regulatória. Nas duas hipóteses estão ausentes algum interesse regulatório direto ou indireto.

No entanto, um pedido administrativo para autorização de uso emergencial de vacinas contra a Covid-19 realizado por empresa farmacêutica perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e uma ação judicial que discute a fixação de multa por uma agência reguladora contra particular diante de descumprimento de normas de segurança são amostras típicas de litigância regulatória.

Na missão de explicar com mais cuidado as razões para os primeiros exemplos não se encaixarem no conceito de litigância regulatória, enquanto os segundo são exemplos típicos, este capítulo pretende desenvolver com razoável cuidado (i) o aspecto subjetivo da litigância regulatória, distinguindo a modalidade adversarial simples e a

⁷⁰ “(...) são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (...)”.

⁷¹ “(...) a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (...)”.

complexa; (ii) o aspecto objetivo, principalmente, diferenciando interesse regulatório direto e indireto; (iii) litigância regulatória administrativa (LRA) e (iv) litigância regulatória judicial (LRJ).

3.2.1 ASPECTO SUBJETIVO DA LITIGÂNCIA REGULATÓRIA

A perspectiva subjetiva do conceito de litigância regulatória exige a presença de uma agência reguladora em um dos polos da disputa e no outro o preenchimento da posição é efetuado por um regulado.⁷²

Em relação à agência reguladora, esta pode ser federal, estadual, distrital ou municipal.⁷³

Entre os regulados, pode abranger ente político (União, Estado, Distrito Federal ou Município), pessoas jurídicas de direito público pertencentes à administração direta ou indireta, pessoa jurídica de direito privado, pessoa física, ente personalizado ou não. Adota-se, portanto, um conceito amplo de regulado, exigindo-se, apenas a repercussão do interesse regulatório na esfera jurídica do ser afetado.

Ademais, analisando as características subjetivas da litigância regulatória, apresentam-se, ainda, duas modalidades quanto ao número de participantes do litígio: (i) litigância regulatória adversarial simples e a (ii) litigância regulatória complexa.

A litigância regulatória adversarial simples é caracterizada pelo embate frontal entre um regulado e uma agência reguladora, enquanto a litigância regulatória complexa se distingue pela multiplicidade de sujeitos na lide.

Nos casos de litigância regulatória complexa, eventualmente, regulados e agências e reguladoras podem possuir interesses fragmentados na categoria todos contra todos – complexa contraposta - ou compartilhar interesses na categoria alguns contra outro(s) – complexa sobreposta.

⁷² Quando as partes do conflito são ocupadas apenas por agências reguladoras, verifica-se a litigância regulatória institucional. Nestes casos, são questionados, em regra, aspectos de competência e sobreposição de funções na direção do aprofundamento da coordenação e cooperação entre as entidades. Trata-se de um claro exemplo de diálogo institucional. Ela também pode ser administrativa ou judicial, dependendo da natureza do processo em questão. A pretensão fundamental deste trabalho almeja analisar a litigância regulatória como instrumento de *accountability*, centralizando a relação regulador-regulado. Portanto, não serão realizadas explicações pormenorizadas sobre a litigância regulatória institucional, uma vez que a matéria por si só enseja um estudo detalhado e rigoroso.

⁷³ A opção pela restrição do elemento subjetivo quando se reconhece apenas agências reguladoras e não órgão reguladores como partes caracterizadoras da litigância regulatória explica-se pela capacidade do primeiro termo (agências reguladoras) abranger instituições com características legais e procedimentais comuns, enquanto o segundo (órgão reguladores) faz referência a um gama de entidades infinitamente maior diante da exigência única de capacidade de repercutir na função regulatória do Estado. Esta diferenciação foi explicada no tópico 2.2.1 deste trabalho.

3.2.2 ASPECTO OBJETIVO DA LITIGÂNCIA REGULATÓRIA

Para estabelecer um conceito adequado de interesse regulatório (aspecto objetivo da litigância regulatória), primeiro, destaca-se a tipificação produzida por Márcio Aranha (2018) sobre regulação regional, geral e setorial.

A regulação regional abrange o “controle de atividades econômicas *lato sensu*, tendo em conta a divisão espacial federativa de poder político”, sendo reconhecida, por exemplo, nos regimes especiais de tributação e no federalismo fiscal. (ARANHA, 2018, posição 122)

A regulação geral compreende as iniciativas de controle estatal sobre “a totalidade da economia independentemente de consideração de regiões ou setores”, caracterizando-se pela regulação de matérias de interesses difusos como aquelas relacionadas ao direito do consumidor, direito ambiental e defesa da concorrência. (ARANHA, 2018, posição 122)

Por fim, a regulação setorial distingue-se “por operar em determinados segmentos de atividades definidas convencionalmente como afins” ao concentrar temas fragmentados como “educação, saúde, telecomunicações, energia, petróleo, transportes, recursos hídricos, sistema financeiro” e outros. É, tradicionalmente, o foco dos estudos sobre direito regulatório. (ARANHA, 2018, posição 123)

Absorvendo essa tipologia, o interesse regulatório, assim como entendido por este trabalho, gravita sobre a definição de regulação setorial, isto é, envolve matérias aglutinadas conforme algum atributo econômico ou social específico. Exclui-se, portanto, interesses regulatórios decorrentes da regulação geral ou regional, embora seja necessário reconhecer que reflexamente a regulação setorial pode abranger elementos dessas modalidades.

Assim, um interesse regulatório deve abranger algum tópico sobre regulação de águas, saúde, energia, medidas fitossanitárias, segurança de alimentos, entre outros.

Entretanto, na litigância regulatória, este interesse apresenta-se tanto de forma direta como indireta. O interesse regulatório direto alcança alguma controvérsia materialmente setorial, exemplificativamente, os critérios para autorização de importação de determinado insumo, regras técnicas de segurança de produtos, concessão de alguma licença necessária à atividade produtiva e demais possibilidades.

O interesse regulatório indireto assimila a discussão de algum requisito procedimental substrato de um interesse regulatório direto, tais como questões acerca

de ônus da prova, direito de sustentação oral, oferecimento de razões, realização de perícias, entre outros.

Com razão, Aragão (2013, p. 714) insiste que as “exigências procedimentais, longe de serem meras formalidades, constituem, quando impostas pelo ordenamento jurídico, requisito da validade dos atos e normas a serem editados”.

Em suma, essas modalidades se entrelaçam de modo que uma mesma demanda regulatória pode conter simultaneamente ambas as pretensões de interesses direto e indireto (mista).

Ademais, como já adiantado, a litigância regulatória classifica-se em administrativa ou judicial conforme a natureza do processo materializador da demanda. Conseqüentemente, a seguir, são produzidas considerações acerca dessas duas fundamentais espécies de litígio.

3.2.3 LITIGÂNCIA REGULATÓRIA ADMINISTRATIVA (LRA)

O foco deste trabalho está na litigância regulatória judicial e na instrumentalização da teoria da deferência como mecanismo de resolução dessa modalidade de demanda. No entanto, em razão da apresentação dos conceitos de litigância regulatória como gênero, exige-se a explicação mínima do quadro teórico e prático da LRA sem prejuízo de um aprofundamento em estudos oportunos.

A litigância regulatória administrativa funciona como um instrumento de participação indireta ou qualificada do regulado mediada pelo processo administrativo, cuja capacidade de questionar razões, justificativas e decisões das agências reguladoras, eventualmente, modificando o resultado, qualifica-a como um mecanismo de *accountability*.

O fundamento constitucional da LRA encontra-se no direito constitucional de petição (art. 5º, XXXIV, a, da Constituição Federal), *in verbis*:

(...) são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (...).

Trata-se, portanto, de uma previsão que autoriza o regulado contestar administrativamente uma agência reguladora acerca de um interesse regulatório na defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, originando-se de dissenso entre regulador-regulado durante o exercício das funções executiva, judicante e normativa.

Os ordenamentos, de regra, impõem a processualidade em determinados tipos de atuação administrativa que mais diretamente afetam direitos dos indivíduos ou restringem atividades, como exemplo, na decretação de sanções, disciplinares ou não; no consentimento de atividades que possam prejudicar terceiros ou a coletividade; e, ainda, quando a função administrativa se sujeita, no seu exercício, à observância da igualdade entre administrados. (MEDAUAR, 2021, p. 61)

A LRA executiva e a judicante são mais difíceis de singularizar diante da costumeira vinculação dessas atividades com casos concretos e de alta carga decisória da própria agência. No entanto, capta-se que a LRA executiva envolve, por exemplo, a concessão de autorizações e licenças para o exercício de alguma atividade, o desenho concreto de alguma política pública e outras tarefas com caráter de normalidade.

Enquanto isso, a LRA judicante, tipicamente, envolve alguma situação de anormalidade que pode gerar o reconhecimento de infrações e aplicação de sanções ou de outras formas de reparação.⁷⁴

Essa atividade decisória, recorrentemente, encontra-se vinculada às regras do processo judicial, sendo, por vezes, chamada de atividade “quase-judicial” das agências reguladoras. Elman (1965, p. 653) afirma que, nos moldes do processo judicial, o julgamento administrativo da agência deve levar em consideração todos os dados e evidências disponibilizados, bem como respeitar o ônus da prova e os argumentos expostos pelas partes.⁷⁵

A vinculação da LRA à atividade judicante das agências reguladoras expõe um cenário interessante quando se leva em consideração a atuação dessas instituições como

⁷⁴ Sobre a utilização da função da atividade judicante das agências reguladoras na resolução de conflitos, Willeman (2005, p. 219) afirma o seguinte: “O ato regulatório de julgamento terá como objetivo principal o restabelecimento da normalidade no segmento regulado, bem como o bem-estar da sociedade em relação à atividade objeto da regulação. Isto implica dizer que nem sempre o resultado de um julgamento por uma Agência Reguladora culminará em decisão condenatória na aplicação de uma sanção à empresa que compoinha o segmento regulado. Poderá ocorrer a celebração de acordos substitutivos em que o regulado se compromete a cessar a atividade reprovada e aprimorar ou aumentar o espectro de atividade que possam traduzir benefícios à sociedade. A explicação para esta possibilidade é que o ato regulatório não se prende tão-somente às partes que se põe, diante do conflito de interesses que lhe é submetido; a decisão busca, na medida do possível, trazer uma regra que discipline todo o segmento regulado”.

⁷⁵ “Existem alguns aspectos do processo que são iguais ou muito próximos nas esferas judicial e administrativa, a começar pelo seu conceito, já que o processo sempre compreende uma série de atos coordenados para a realização de um fim esta- tal que é a aplicação da lei. Em ambas as esferas, o processo constitui instrumento, forma, modo de proceder. (...) Ambos são processos de aplicação da lei. Ambos estão sujeitos aos princípios da legalidade, do formalismo, da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da motivação, da publicidade, da economia processual, da segurança jurídica, este último servindo de fundamento às regras que impõem respeito aos direitos adquiri- dos, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, bem como aos prazos de prescrição e decadência, além das regras legais sobre preclusão.” (DI PIETRO, 2013, p. 44)

parte na disputa regulador-regulado e como autoridade decisória final pelo menos administrativamente e salvo eventual cabimento de recurso hierárquico impróprio.⁷⁶

Elman (1965, p. 653) relembra que, em termos ideais, a cultura jurídica tradicional persegue uma concepção neutra de juiz, o que, no contexto da atividade regulatória, não encontra compatibilidade com a organização funcional das agências.⁷⁷

De fato, mesmo que a autoridade dentro do ente regulador competente pelo julgamento final não faça parte diretamente do departamento responsável pela instrução, juntada de evidências e pareceres, a agência como um todo é encarregada por produzir um resultado satisfatório sobre as políticas regulatórias a ela incumbidas, tornando dificultoso um julgamento imparcial. (ELMAN, 1965, p. 653)

Na tipologia, ainda sobra a litigância regulatória administrativa normativa.

Antes da Lei Geral das Agência Reguladoras (Lei 13.848/2019), este tópico seria destacado pela ausência de disposições gerais sobre o processo de tomada de decisão normativa nas agências reguladoras.

Ocorre que, com as inovações da LGAR, houve procedimentalização de alguns tópicos relacionados à elaboração de atos normativos. Exemplificativamente, entre os art. 4º e 13, foi estabelecida (i) a obrigatoriedade de indicações de pressupostos de fato e de direito para edição ou não de atos normativos; (ii) a expansão da Análise de Impacto Regulatório; (iii) a disponibilização de documentação para os interessados; e (iv) a abertura de espaço para críticas e sugestões encaminhadas pelos interessados.

Tais disposições implicam no potencial surgimento de dissenso capaz de resultar na contestação de interesses regulatórios diretos e indiretos, configurando, portanto, a LRA normativa.

Absorvendo todas essas nuances, a definição da litigância regulatória administrativa como um fenômeno autônomo de outros processos administrativos tende

⁷⁶ No recurso hierárquico impróprio “não há hierarquia entre a autoridade que emitiu o ato e a autoridade que julgará o recurso: enquanto a primeira é um dirigente de pessoa jurídica da Administração Indireta, esta integra os quadros da Administração Direta. Trata-se geralmente de recurso ao Ministro de Estado contra ato de presidente de autarquia vinculada ao seu Ministério” (ARAGÃO, 2013, p. 712). A discussão sobre o cabimento (ou não) desse instrumento jurídico constitui controvérsia abordada por diversos autores. No contexto da LRA, o prosseguimento da disputa em recurso hierárquico impróprio não desnatura o conceito de litigância regulatória administrativa, porquanto se mantém inalterado o elemento central da definição, qual seja, a contestação administrativa de um interesse regulatório entre regulado e agência regulatória mediado pelo processo administrativo. A circunstância da decisão final não ser realizada pela agência não se apresenta como elemento essencial do termo.

⁷⁷ As agências reguladoras, por vezes, na sua atividade normativa, são responsáveis, também, pela modelagem procedimental do processo administrativo regulatório, uma vez que costumam produzir autonomamente os ritos processuais das suas demandas internas.

a trazer benefícios para o ambiente regulatório, dado que almeja tratar com especificidade os sujeitos, os temas e procedimentos que envolvem a contestação administrativa de interesses regulatórios.⁷⁸

O aperfeiçoamento da LRA como mecanismo de participação, *accountability* e resolução de conflitos regulatórios, amparado por uma boa teoria sobre os poderes executivo, adjudicativo e normativo das agências reguladoras, tende a melhorar a consistência das decisões dessas instituições.⁷⁹

Nesse ambiente, além do aspecto procedimental, a LRA também se posiciona como um espaço para discussão de questões regulatórias substantivas, sendo, pela proximidade, uma das primeiras formas de questionamento de inovações regulatórias, visto que a introdução de uma nova estratégia tende a causar impacto inicialmente discutido no âmbito da própria agência reguladora.⁸⁰

Desde já, a LRA aproveita-se das construções dogmáticas existentes sobre o processo administrativo, observando os princípios e regras procedimentais já consolidados nesse campo.⁸¹

Aragão (2013, p. 706-707), por exemplo, vincula os princípios do processo administrativo aos preceitos gerais do Direito Administrativo decorrente na norma constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) no seguinte catálogo: (a) princípio do contraditório, (b) princípio da ampla defesa, (c) princípio da oficialidade; e (d) princípio do formalismo moderado.

A LRA, no entanto, não é suficientemente resolvida pelos princípios e regras construídos genericamente para regular o processo administrativo. Estes devem servir

⁷⁸ “O processo administrativo vem considerado, então, como medida e atuação de uma relação administrativa no exercício de um poder objetivado, em termos de composição paritária das posições dos sujeitos interessados, inclusive sujeitos representantes dos interesses públicos oficiais.”

⁷⁹ “Se na história recente o processo administrativo era apenas um instrumento do controle da legalidade em prol da garantia dos direitos individuais, os seus objetivos se ampliaram para a finalidade de contribuir para uma maior adequação da Administração Pública à juridicidade e aos interesses a que deve atender: uma decisão processualizada, conseqüentemente debatida, tende a ser uma decisão de melhor qualidade” (ARAGÃO, 2013, p. 704).

⁸⁰ “Mediante a colaboração individual ou coletiva de sujeitos no processo administrativo, realiza-se aproximação entre Administração e cidadãos. Rompe-se, com isso, a ideia de Administração contraposta à sociedade; muda a perspectiva do cidadão visto em contínua posição de defesa contra um poder público que age de modo autoritário e unilateral; quebra-se a tradição de interesse público oposto a interesse privado.” (MEDAUAR, 2021, p. 79)

⁸¹ No âmbito federal, as construções formuladas pela Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, direta e indireta, são extremamente caras para o regime procedimental das agências reguladoras federais. Um aprofundamento sobre as peculiaridades do processo administrativo pode ser realizado em Medauar (2021).

apenas como alicerce para a construção de uma teoria do processo adaptada à litigância regulatória administrativa.

De fato, a LRA envolve sujeitos, demandas e interesses diferenciados em relação a outros campos da atividade administrativa, além de se distinguir internamente conforme o ramo de atuação de uma agência reguladora (infraestrutura, energia, telecomunicações, petróleo).⁸²

A melhor técnica exigiria o desenvolvimento de teorias sobre processos administrativos regulatórios em número idêntico a quantidade de agências reguladoras, especificando, ao máximo, determinado procedimento. Aqui, no entanto, a pretensão é mais modesta, busca-se apenas a consolidação de uma espécie diferenciada de processo administrativo que se mantém conectada com as teorias consolidadas e dialoga com as contribuições recentes a fim fornecer à litigância regulatória administrativa elementos teóricos capazes de consolidar essa forma de participação indireta do cidadão na direção do melhoramento da qualidade regulatória.⁸³

A decisão resultante do processo administrativo, embora imputada a uma autoridade, decorreu da realização de vários atos, para os quais colaboraram interessados. As informações colhidas, os dados técnicos e os argumentos propiciam, como se ressaltou, ampla base objetiva para se decidir. (MEDAUAR, 2021, p. 75)

O redimensionamento do processo administrativo no ambiente regulatório não ocorre, no entanto, sem resistências. Em texto com mais de 20 de anos de publicação, Ari Sundfeld (2000, p. 38) aponta para o ainda atual déficit do tratamento pelo direito administrativo das matérias relacionadas aos procedimentos internos das agências reguladoras, pois “o espírito realmente forte nas agências é o de que regular seria tratar

⁸² “A regulação acaba por acarretar na pluralidade do Direito, que já não é oriundo de uma única fonte, mas sim, irradia de diversos agentes diferentes. O Direito Administrativo, que sempre acompanha as transformações pelas quais passa o modelo de Estado, é especialmente afetado pelo fenômeno da pluralização. A multiplicidade de agentes exercendo funções administrativas – e, portanto, praticando o Direito Administrativo – de modo específico para cada setor regulado, considerando as normas e peculiaridades daquele setor, conduz à pluralização do Direito Administrativo: já não há um único Direito Administrativo global e unitário, mas sim, vários que operam de forma específica para cada entidade e setor regulado.” (BLANCHET; BACELLAR, 2017, p. 1.148)

⁸³ No contexto da LRA, ganham relevo questões relacionadas à conciliação, mediação e arbitragem administrativa, outras formas consensuais de resolução de conflitos, termos de ajustamento de conduta e reparação extrajudicial.

de questões técnicas e econômicas (...). O Direito muitas vezes é visto como um grande empecilho a ser vencido”.⁸⁴

Adiante, seguindo a pretensão de tratar com especificidade a contestação de interesses regulatórios mediados pelo processo civil, o próximo subcapítulo almeja construir o arcabouço teórico da litigância regulatória judicial, primordialmente, (i) conectando a LRJ aos marcadores teóricos que entendem o processo como espaço de deliberação, abordam a litigância de interesse público, defendem a ampliação da participação no processo civil e propõem uma visão substancial de jurisdição, comungando com preocupações do processo estrutural, além de (ii) diferenciar a abordagem da LRJ com os temas consolidadas na revisão judicial de decisões administrativas e na judicialização da política e na “*regulation through litigation*”.

3.2.4 LITIGÂNCIA REGULATÓRIA JUDICIAL (LRJ)

A litigância regulatória judicial (LRJ) desempenha função de aparato de participação indireta ou qualificada do regulado, operacionalizada pelo processo civil, no qual sua capacidade de questionar razões, justificativas e decisões das agências reguladoras, eventualmente modificando o resultado, qualifica-a como um mecanismo de *accountability*.

O fundamento constitucional da LRJ encontra-se na premissa fundamental de inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), *in verbis*:

(...) a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Trata-se, portanto, de uma previsão que legitima o regulado contestar judicialmente determinado caminho tomado pela agência reguladora relacionada a um interesse regulatório direto ou indireto.⁸⁵

⁸⁴ “Alguns reguladores também não se têm mostrado sensíveis à ideia de processo administrativo. Explico-a em poucas frases. As agências, especialmente quando punem as empresas reguladas e resolvem disputas entre elas, são obrigadas a realizar processos, cuja estrutura básica é em alguma medida inspirada na dos processos judiciais. Para que isso? Para garantir direitos como os de defesa, de ciência dos motivos das decisões e de impugnação, de ser tratado com igualdade frente à parte contrária etc. (...) O desprezo pelo Direito é sempre um caminho desastroso; os reguladores, que têm tarefas e poderes imensos, precisam ser alertados disso. O dever de obedecer ao Direito nem é uma velharia nem um item a mais do ‘custo Brasil’. Todo Estado civilizado respeita sua ordem jurídica e luta por sua preservação, mesmo durante as grandes transformações.” (SUNDFELD, 2000, p. 38)

⁸⁵ “(...) ao analisar o Princípio da Separação dos Poderes, inferimos que a função primeira do Judiciário, além de julgar os casos particulares, submetendo-os às leis, é a de controlar os atos dos demais Poderes, sejam os administrativos ou os legislativos. Com isso vem a pacificação dos conflitos, escopo último da jurisdição, alcançando a área social, não só no âmbito econômico, mas principalmente na esfera política” (PEIXOTO, 2004, p. 35).

A litigância regulatória judicial pode ocorrer via processo individual, processo coletivo, controle abstrato de constitucionalidade, controle concreto de constitucionalidade, recurso especial repetitivo, recurso extraordinário repetitivo, entre outros, cada um com peculiaridades processuais diferenciadoras e potencial impacto na estrutura regulatória distinto.

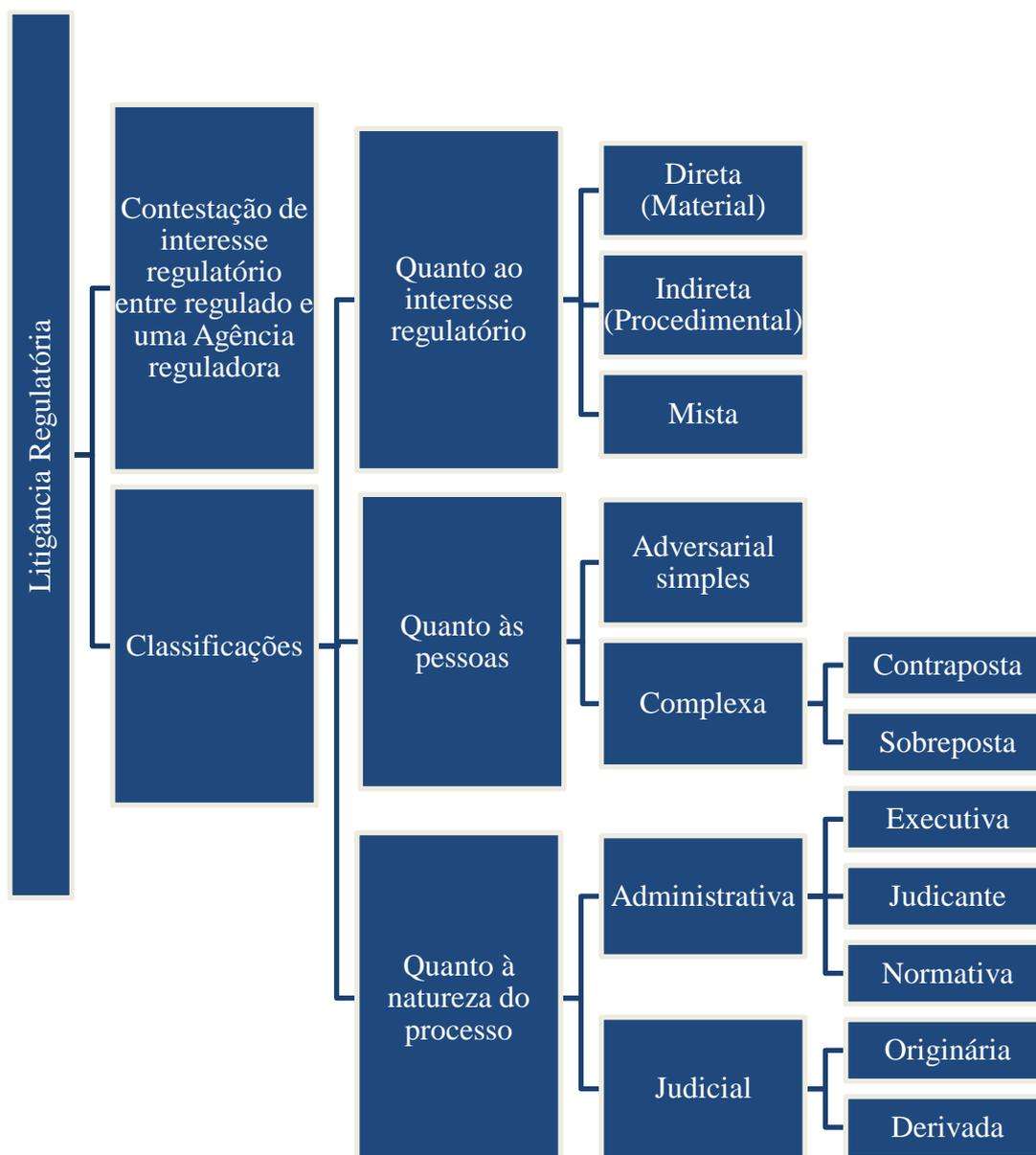
Ainda, a LRJ subdivide-se em derivada ou originária: (i) a derivada ocorre quando existe processo administrativo anterior sobre aquele mesmo interesse e (ii) a originária acontece nos casos em que o judiciário é acionado em caráter inicial, portanto, sem prévia discussão em âmbito administrativo.

Dessa forma, utiliza-se o termo litigância regulatória judicial para nomear o fenômeno da interação entre regulado, agência reguladora e judiciário por meio de ações judiciais que discutem interesses regulatórios. Essas demandas manifestam com propriedade aquilo que Sofia Temer chama de natureza política e plural do processo, por sua vez, capaz de provocar relevantes questionamentos sobre as funções exercidas pelo Estado-juiz e sua relação com as finalidades pretendidas pelos sujeitos processuais. (TEMER, 2020, p. 93)

3.2.5 MAPA MENTAL DA LITIGÂNCIA REGULATÓRIA

Segue, assim, para fins de consolidação das discussões do Capítulo 3, o seguinte mapa mental:

Figura 3: Mapa mental da Litigância Regulatória



Fonte: elaboração própria

3.3 CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE A LITIGÂNCIA REGULATÓRIA JUDICIAL

A litigância regulatória judicial manifesta um caráter conjuntural diante da capacidade de influenciar a esfera de direitos de uma quantidade indeterminada de pessoas. Em verdade, tendo em vista que o próprio ato regulatório integra um interesse

público, conseqüentemente, alguma expressão dessa dimensão coletiva sempre é atraída para as demandas regulatórias judicializadas.⁸⁶

Para Sofia Temer (2020, p. 95), “no ambiente político e público que é o processo, há exercício de poder que se exerce de maneira discursiva, num ‘canal de debate público’ ou ‘arena de discussão’, troca de influxos com a sociedade e de conformação da ordem jurídica e do mundo social”.

Nesse contexto, evidencia-se que a litigância regulatória judicial compreende ações que estão se tornando cada vez menos bilaterais pela possibilidade de discutibilidade de interesses não convergentes. Ela, também, assume, em regra, apenas formalmente caráter individual, porquanto os efeitos reflexos de uma demanda regulatória ultrapassam a esfera de direitos apenas das partes. Por fim, verifica-se a redução da centralidade do aspecto patrimonial do litígio em razão da inserção de elementos sociopolíticos na substância da controvérsia.⁸⁷

Na mesma linha, a LRJ observa a redução do caráter patrimonial compensatório da litigância tradicional quando concentra demandas que discutem estratégias e programas de Estado com efeitos, majoritariamente, prospectivos.

Neste ponto, absorvendo as considerações de Abram Chayes (1976) sobre a morfologia da litigância de direito público, evidencia-se um novo padrão de prestação jurisdicional construído, também, por demandas regulatórias:

- a) o escopo da demanda deixa de se vincular a um fato determinado, envolvendo, agora, uma decisão estratégica, um programa, uma política pública;
- b) a estrutura das partes não é obrigatoriamente bilateral, mas pode envolver diversos polos com interesses não convergentes;
- c) a apreciação dos fatos e dados tem reduzido o seu caráter retrospectivo para observar a ascensão da adjudicação preditiva, prospectiva e quase legislativa;
- d) a decisão final deixa de ser compensatória e com efeitos limitado às partes da demanda para produzir julgados flexíveis e adaptados para o caso concreto, produzindo

⁸⁶ “(...) o processo é um espaço necessariamente plural e que são variados os interesses e as finalidades pretendida no e pelo processo, num cenário de natural complexidade. A diversidade surge com um contraponto ao modelo único de processo, destinado a um tipo de litígio, composto pelas típicas partes (...)” (TEMER, 2020, p. 92)

⁸⁷ Apesar disso, “o processo continua sendo pensado e estruturado, na maioria de seus institutos relativos aos arranjos subjetivos e modalidades de atuação, apenas para a clássica função de composição da lide (bilateral, individual e patrimonial), embora esta seja elemento apenas acidental à atividade jurisdicional”. (TEMER, 2020, p. 100)

efeitos para uma quantidade indeterminada de pessoas, inclusive aquelas ausentes no processo;

e) o caráter impositivo da decisão final é diminuído, privilegiando a negociação e a equidade;

f) a decisão judicial terminativa não encerra a participação do judiciário diante da imprescindibilidade da participação do juiz na fase de concretização daquilo que foi decidido no litígio;

g) o juiz não atua passivamente e sua função não está limitada a causa de pedir da demanda, mas deve agir proativamente avaliando fatos e dados na modelagem da prestação jurisdicional para garantir a viabilidade do resultado; e

h) as demandas no processo não envolvem disputas privadas, mas a operação de alguma atividade estatal de regulação.

Consequentemente é preciso tomar o processo como espaço público de deliberação, exigindo-se uma concepção substancial de jurisdição capaz de assimilar o elemento republicano-democrático. (MORAES, 2014) Na mesma linha, Sofia Temer defende que “não há dúvida de que a variedade das relações jurídicas e seu desenvolvimento dinâmico devem ser adequadamente tratados no processo(...).” (TEMER, 2020, p. 115)

Por esses motivos, podemos visualizar a pressão que um modelo ampliado de jurisdição exerce sobre o processo civil. Institutos clássicos como preclusão, coisa julgada, participação, representação adequada, recursos, custas e execução são repensados para dar substrato procedimental para uma nova gama de possibilidades de adjudicação.

Mecanismos como pedido de informações, audiências públicas e *amicus curiae* são instrumentalizados para permitir a evocação de interesses sociais ou políticos que expandam o escopo de participação para uma ideia de construção jurisdicional substantiva. Ou seja: ações judiciais complexas como as demandas regulatórias judicializadas exigem um processo civil mais flexível e capaz de absorver o conteúdo extrajurídico dessas matérias.

A especialização das agências reguladoras e a tendência de se constituírem como instituições autôcentradas e autorreferenciadas exigem a criação de formas democráticas de contestação e revisão que, claro, respeitem suas capacidades institucionais, mas que não excluam da accountability cidadã questões relevantes para

toda a sociedade, seja pelo manto da técnica ou da expertise, seja por uma ideia limitada de separação dos poderes.

3.3.1 MARCADORES TEÓRICOS POSITIVOS

Este trabalho reconhece a litigância regulatória judicial como a utilização da jurisdição para criar um ambiente interativo entre regulados, agências reguladoras e judiciário mediante padrões democraticamente orientados, rejeitando a ideia de que esse fenômeno promove interferência indevida do Poder Judiciário ou deslocamento de poder para instituições judiciais em detrimento de instâncias como o Legislativo e o Executivo.

A perspectiva, assim, adotada para analisar as demandas regulatórias judicializadas aproxima-se dos seguintes marcadores teóricos: (a) processo como deliberação pública; (b) litigância de interesse público; (c) ampliação da participação; (d) visão substancial de jurisdição; e (e) processo estrutural.

As teorias que compreendem o processo como espaço deliberação pública assumem a ideia diálogo democrático encontrada em Gargarella (2015)⁸⁸, em Hicks

⁸⁸ “Pensamos que ‘nós, o povo’ são e deverão permanecer soberanos; que todos somos e dever ser tratados como iguais; que o conflitos jurídicos devem ser decididos coletivamente; que ninguém possui capacidades intelectuais ou epistemológicas que os posiciona em lugar privilegiado para interpretar o direito; que controvérsias interpretativas sérias devem ser decididas por meio do diálogo democrático, ou de forma que honre e reproduza ao máximo nosso comprometimento com o diálogo democrático: questões interpretativas fundamentais precisam ser respondidas de acordo com nossos compromissos básico sobre autoridade democrática.” [Tradução livre do original: “*We think that “we the people” are and should remain the “sovereign;” that we are and should be treated as equals; that conflicts about the law should be decided collectively; that nobody has intellectual or epistemic capacities that put him or her in a privileged position at the time of interpreting the law; that serious interpretative controversies should be decided through democratic dialogue, or in ways that honored and reproduced as much as possible our commitment to democratic dialogue: fundamental interpretative questions need to be responded in accordance with our basic assumptions about democratic authority.*”] (GARGARELLA, 2015, p. 63)

(2002)⁸⁹, em Seidenfeld (2021)⁹⁰, em Lois e Marques (2013)⁹¹ e Gualadano e Dalledone (2022)⁹².

A “*public interest litigation*” ou litigância de interesse público constitui campo de estudo que gravita sobre a interação entre demandas sociais e judiciário, preocupando-se, entre outros, com a legitimidade dos resultados disruptivos oriundos de processos judiciais, presente em Cummings e Rhode (2009) e Denvir (1976), além de reflexões sobre a colaboração processual mediada por juiz com funções de gerenciamento do debate, conforme Fowkes (2012).

A ampliação da participação no processo civil caminha a partir de uma remodelagem do litisconsórcio, da intervenção de terceiros e outras formas de atuação, seguindo as contribuições de Sofia Temer de um “processo plural, estruturado por todos os sujeitos e adaptável”. (TEMER, 2020, p. 124)

A ideia, portanto, é, analisando tais aspectos conjuntamente, admitir arranjos subjetivos variados e flexíveis, para conforma e adequar o processo à realidade e aos distintos perfis da atividade jurisdicional e às distintas finalidades pretendidas pelos sujeitos que interagem no processo. Acreditamos, nessa linha, que há três vetores principais que podem orientar a estruturação de um novo regime de participação no processo civil: *diversidade, responsabilidade e flexibilidade*. (TEMER, 2020, p. 92)

Ao fim e ao cabo, portanto, os vetores da diversidade, responsabilidade e flexibilidade pretendem permitir a adoção dos comportamentos

⁸⁹ “A legitimidade de um sistema democrático se encontra nos seus compromissos com justificação pública: políticas públicas envolvem o exercício de poder, devendo ser justificadas por razão que podem ser aceitas por todos aqueles afetados.” [Tradução livre do original: “*The legitimacy of a democratic system of governance rests on its commitment to public justification: social and political policies, because they involve the exercise of power, should be justified by reasons that could be accepted by all those affected.*”] (HICKS, 2002, p. 224)

⁹⁰ “Revisão judicial que obriga a agência a revelar os *trade-offs* inerentes ao julgamento regulatórios, isto é, o julgamento de valor substrato da decisão regulatória, conseqüentemente, tornaria mais fácil a avaliação pública do cabimento daquela ação. (...) Identificados os *trade-offs* regulatórios, o Congresso ou o Presidente, instituições democraticamente controláveis, possuiriam incentivos para intervir quando houvesse reação pública quanto às escolhas de valor realizadas pela agência.” [Tradução livre do original: “*Judicial review that forces the agency to reveal the policy trade-offs inherent in its regulatory judgment—that is, the value judgment underlying its regulatory decision—therefore would facilitate public evaluation of whether the agency action was justified. (...) Once the regulatory trade-offs are accurately identified, Congress or the president—the democratically accountable institutions of government—have incentives to step in to constrain the agency if either feels sufficiently concerned by the public reaction to the agency’s choice of values.*”] (SEIDENFELD, 2021, p. 1135)

⁹¹ “Assim sendo, os partidários da democracia deliberativa partem do pressuposto de que, mesmo em uma sociedade complexa, é possível que sejam tomadas decisões coletivas sobre o exercício do poder.” (LOIS; MARQUES, 2013, p. 116)

⁹² “Assim, os diálogos têm ressurgido como categoria invocada para qualificar a interação entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo na interpretação e aplicação da Constituição como se fosse o resultado de uma conversa, e não de uma disputa sobre quem tem a melhor interpretação ou a última palavra sobre ela.” (GUALANO; DALLEONE, 2022, p. 120)

necessários para concretizar o estado ideal de coisas pretendido pelos princípios da economia processual, da duração razoável, da segurança, do contraditório, e da primazia da resolução do mérito (aqui compreendido de forma ampla, incluindo-se o atendimento dos diversos fins pretendidos no processo), e, podem, desde já, e com o emprego do postulado da eficiência ser utilizados da interpretação e reconstrução normativa dos institutos relativos à participação no processo judicial. (TEMER, 2020, p. 130)

A visão substancial de jurisdição decorre das contribuições de Daniela Marques de Moraes (2014) sobre a justiça sob o olhar do outro, um outro que requer reconhecimento, associando, assim, solidariedade, alteridade, cooperação e responsabilidade.

Por fim, a litigância regulatória judicial comunga das preocupações do processo estrutural promovidas por Arenhart (2015) e Vitorelli (2022), primordialmente, no aspecto que considera que “um litígio estrutural não se resolve na lógica lícito-ilícito. Ele decorre do modo como determinada estrutura opera na sociedade, gerando determinadas consequências, que se pretende modificar.” (VITORELLI, 2022, p. 153)

3.1.2 MARCADORES TEÓRICOS NEGATIVOS

Delimitadas vinculações teóricas positivas da litigância regulatória judicial, cumpre demarcar seu espaço negativo, isto é, o que a LRJ pretende se afastar: (i) a LRJ busca ultrapassar o aspecto revisional do controle judicial das agências reguladoras, (ii) rejeita a carga, excessivamente, pessimista atribuída por uma parte da literatura sobre judicialização da política acerca da participação do judiciário em assuntos sensíveis a outros poderes e (iii) não pode ser considerada sinônimo do fenômeno chamado “*regulation through litigation*”.

Explicando com mais cuidado, usualmente, a relação regulado-judiciário-agência reguladora encontra abrigo na literatura sobre a revisão das decisões administrativas ou controle judicial das agências reguladoras, estando, presente em diversos livros de Direito Administrativo.

A divergência entre a proposta da litigância regulatória judicial e a literatura sobre controle judicial das agências reguladoras é, primordialmente, de escopo.

Enquanto os textos sobre revisão das decisões administrativas se preocupam com a identificação do conteúdo sujeito à revisão, a eficácia e as motivações da revisão judicial, a contraposição entre revisão formal e material e outros temas focalizados no aspecto revisional, a LRJ pretende ampliar o espectro de análise a partir do reconhecimento dos poderes de participação do regulado e das agências reguladoras

mediados por noção de jurisdição substancial, isto é, reconhecida como espaço de discutibilidade de questões relevantes democraticamente.

Nesse último ponto, a emergência do judiciário com lócus de disputa de interesses importantes em termos políticos, também, enseja o desenvolvimento da diferenciação entre litigância regulatória judicial e judicialização da política.

Em suma, a regulação envolve escolhas alocativas. Escolhas alocativas abrangem algum grau de juízo político. Assim, decisões regulatórias, por mais que sejam instruídas por juízos técnicos rigorosos, em última instância, significam uma escolha político-institucional de privilegiar a expertise como fundamento decisório.⁹³

Regulação e políticas públicas, portanto, entrelaçam suas “razões de existir” quando se visualiza a convergência relacionada à resolução de problemas relevantes e concretização de direitos elencados constitucionalmente.

A agenda do desenvolvimento se abre para o entendimento de como se formulam e executam políticas públicas, por meio de diferentes arranjos, seja para o atendimento de direitos diretamente seja para a organização das formas econômicas e sociais que se relacionam com esse resultado, a partir de iniciativas dirigidas e coordenadas pelo Poder Público. (BUCCI, 2013, p. 25)

Políticas públicas tratam do conteúdo concreto e do conteúdo simbólico das decisões políticas, e do processo de construção dessas decisões. (SECCHI, 2013, p. 2)

Uma política pública possui dois elementos fundamentais: intencionalidade pública e uma resposta a um problema público; em outras palavras, a razão para o estabelecimento de uma política pública é o tratamento ou a resolução de um problema entendido como coletivamente relevante. (SECCHI, 2013, p. 3)

Dessa forma se absorvemos a posição de Hirschl (2006, p. 728) de que não é exagerado afirmar que toda decisão estatal é uma decisão política, quando a litigância regulatória admite a contestação judicial de razões, justificativas e decisões das agências reguladoras, conseqüentemente, a LRJ encontra o tema da judicialização da política.⁹⁴

⁹³ “A simples existência em si de alocação destes mesmos elementos já evidencia que a ação estatal envolverá, sempre e sempre, a formulação de opções entre alternativas de meios e esforços. Isso porque, ainda que num cenário ideal de disponibilidade ótima de recursos de toda ordem (financeiros, materiais, humanos etc.); quando menos a ordenação estratégica de várias ações necessárias à concretização do comando constitucional já envolverá designação de prioridades – e nisso, o exercício de escolha.” (VALLE, 2021, p. 133)

⁹⁴ O termo “*judicialization of politics*” (judicialização da política) foi produto do esforço de sistematização de Tate e Vallinder no trabalho “*The Expansion of Judicial Global Power*” (1995). No Brasil, o termo foi apresentado por Faro (1996).

É amplamente reconhecida a dificuldade para conceituar, caracterizar e medir o processo de judicialização da política. (CARVALHO, 2004, p. 122) Contudo, Vianna, Burgos e Salles atribuem a emergência do movimento à ascensão do neoliberalismo, acompanhado dos processos de desregulamentação do mercado. Esse processo teve que se adequar à existência concomitante de uma estrutura de direitos construída pelo Estado Social, cujas pretensões de igualdade material enraizaram expectativas por políticas públicas direcionadas ao cumprimento das obrigações estatais assumidas pelo *Welfare State*. (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 40)

Nesse ambiente, cabe ao direito e ao judiciário institucionalizar demandas e resultados, anteriormente, atribuídos ao campo da política.⁹⁵

Hirschl (2006, p. 723) apresenta três faces da judicialização da política: (a) a difusão do jargão, regras, procedimentos legais da esfera política, especificamente, no processo de modelagem das políticas públicas; (b) expansão do domínio dos juízes e das cortes sobre processos afetos à políticas públicas, primordialmente, realizado pela jurisprudência sobre direitos constitucionais, promovendo o dimensionamento das regras sobre separação do poderes e federalismo nas relações entre instituições estatais; (c) direcionamento para juízes e cortes de assuntos puramente político (“*pure politics*”), isto é, matérias com acentuada carga política, tradicionalmente, orientadas por decisões do legislativo e do executivo.

Em suas três facetas, o movimento apresentado por Hirschl encontra ligação com o fenômeno denominado por este trabalho como litigância regulatória judicial, primordialmente, pela ampla utilização do direito e da sua função de mediar disputas políticas, econômicas e sociais.⁹⁶

O ponto de divergência entre a abordagem formulada pela litigância regulatória judicial e a judicialização da política envolve a perspectiva de enfretamento de questões, muitas vezes, comuns. De fato, são relevantes para as duas visões tópicos

⁹⁵ “Os juristas usam o termo judicialização para se referirem à obrigação legal de que um determinado tema seja apreciado judicialmente. Próximo a esse sentido, mas já com caráter normativo, afirma-se que judicialização é o ingresso em juízo de determinada causa, que indicaria certa preferência do autor por esse tipo de via” (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 17).

⁹⁶ “A ascensão do discurso legal e a popularização do jargão jurídico são evidentes em, virtualmente, todos os aspectos da vida moderna. Provavelmente, isso fica bem ilustrado pela subordinação de quase todo o processo de tomada de decisão no moderno Estado de Direito às normas e procedimentos quase-judiciais.” [Tradução livre do original: “*The ascendancy of legal discourse and the popularization of legal jargon are evident in virtually every aspect of modern life. It is perhaps best illustrated by the subordination of almost every decision-making forum in modern rule-of-law polities to quasi-judicial norms and procedures.*” (HIRSCHL, 2006, p. 723)

associados com a ascensão de uma juristocracia⁹⁷, a dificuldade enfrentada pelo judiciário para lidar com questões políticas substantivas, o deslocamento de responsabilidades, a vantagem para os políticos quando podem se eximir de obrigações usualmente a eles imputadas⁹⁸ e a utilização dos tribunais por grupos de interesse⁹⁹.

Contudo, a mudança de abordagem proposta pela litigância regulatória judicial pretende reconhecer as questões relevantes apontadas pela judicialização da política sem absorver a carga pessimista ressaltada por uma parte das reflexões sobre o movimento, excessivamente, preocupada com a legitimidade e o limite das interferências durante a atuação do judiciário.¹⁰⁰

Adota-se, portanto, uma visão pragmática da influência do judiciário nas atividades regulatória, uma vez que, mesmo indesejado, sua participação é inevitável. A LRJ preocupa-se, portanto, com as condições dessa interação.

Por último, a “*regulation through litigation*” compreende uma das facetas teóricas negativas da proposta de estudo da litigância de uma forma mais atenuada que a rejeição operada com os demais marcadores. Especificamente, afasta-se apenas a relação direta de equivalência semântica entre as duas locuções.

Como já salientado anteriormente, a LRJ apresenta-se como uma forma ampla de análise do relacionamento regulador-judiciário-agência reguladora, carregando características catalizadoras do diálogo democrático.

Enquanto isso, a “*regulation through litigation*” aparece como uma denominação para o uso da litigância judicial como mecanismo para forçar mudanças regulatórias. (VISCUSI, 2002, p. 1)

O resultado é que a regulamentação efetuada por meio de litigância não pode ser facilmente emendada ou desfeita quando ela não mais preencha os interesses de dada política pública. Este problema é o reverso do argumento dos custos de transação, que explica como a

⁹⁷ Para aprofundamento do tema, recomenda-se a leitura de Hirschl (2020).

⁹⁸ “Do ponto de vista dos políticos, a delegação de questões políticas contenciosas para as cortes pode ser um meio efetivo de transferir a responsabilidade, conseqüentemente, reduzindo os riscos para si mesmo e para o aparato institucional que operam.” [Tradução livre do original: “*From the politicians' point of view, delegating contentious political questions to the courts may be an effective means of shifting responsibility, and thereby reducing the risks to themselves and to the institutional apparatus within which they operate.*”] (HIRSCHL, 2006, p. 744)

⁹⁹ Ver mais em Carvalho (2004, p. 118).

¹⁰⁰ “Os trabalhos brasileiros acerca da judicialização da política, a sua maioria centrada no controle constitucional, dividem-se em função do posicionamento dos autores diante do aumento da influência do Poder Judiciário: alguns lhe são favoráveis, pois isso gera um aumento do controle sobre os poderes políticos, ao passo que outros lhe são contrários, uma vez que tal influência exacerbada confere grande poder a membros não eleitos e que não sofrem controles externos, opondo-se ao princípio democrático” (OLIVEIRA, 2005b, p. 564).

litigância regulatória ocorre. Embora os custos de transação para efetuar a litigância sejam inicialmente mais baixos que os custos de transação para alcançar os mesmos propósitos em um formato legislativo, os custos de desfazer a regulação resultante são extremamente altos. Custos mais altos envolvidos na transação para reverter a regulação já efetuada diminuem a accountability por reduzirem a responsividade de esquemas regulatórios à vontade política. (MEYER, 2011, p. 157)

Adverte-se, portanto, para o uso indiscriminado das duas expressões.

Apesar disso, a literatura sobre “*regulation through litigation*” pode oferecer valiosas contribuições para o estudo da litigância regulatória *per se*.

Um problema fundamental para a distinção dos papéis da litigância e da regulação envolve reconhecer a inexistência de mecanismos formais ou informais de coordenação da atuação dessas duas instituições.¹⁰¹

Espera-se, assim, que o quadro acima explicado seja suficiente para fixar as premissas da litigância regulatória como um mecanismo de *accountability* das agências reguladoras, destacando-se as características da modalidade judicial na construção de espaço de deliberação mediada pelo juiz.

3.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO

O objetivo central deste capítulo busca construir uma classificação adequada para o fenômeno aqui denominado de litigância regulatória. A finalidade não é meramente ilustrativa, a ideia marcante é a utilização instrumental da taxonomia explicada anteriormente por juízes, advogados, acadêmicos e comunidade interessada.

O detalhamento da litigância regulatória quanto ao interesse, às pessoas e à natureza do processo possibilita o refinamento da análise da demanda, conseqüentemente, aprimorando os mecanismos de resolução de controvérsias regulatórias.

Seguindo essa proposta metodológica, o próximo capítulo propõe demonstrar o uso concreto das classificações desenvolvidas nesta seção, demonstrando concretamente como esta ferramenta pode ser útil para esclarecer as demandas regulatórias.

¹⁰¹ [Tradução livre do original: “A general problem with distinct roles for litigation and regulation is that there is no formal or informal mechanism for coordinating the roles of these two institutions.”] (VISCUSI, 2002, p. 3)

CAPÍTULO 4: A APLICAÇÃO DA DEFERÊNCIA À LITIGÂNCIA REGULATÓRIA JUDICIAL NAS PRÁTICAS DECISÓRIAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES DE SOBREPOSIÇÃO

Oh, que maravilha.
Ter a força de um gigante; mas é tirânico
Usá-la como um gigante.¹⁰²

O capítulo 3 apresentou a fenômeno da litigância regulatória judicial (LRJ) como mecanismo de participação indireta fundada na contestação judicial sobre determinado interesse regulatório (aspecto objetivo) entre agências reguladoras e regulados (aspecto subjetivo). Essa disputa decorre de um dissenso acerca de um interesse regulatório material ou procedimental.

Houve destaque, também, para a capacidade da LRJ construir um espaço de deliberação e diálogo democrático sobre estes interesses, reduzindo a perspectiva de verticalidade da jurisdição ao posicionar o juiz como gestor do debate entre as partes.

Nesse ambiente, a deferência pelas razões, justificativas e decisões da agência reguladora aparece como instrumento para mediar essa interlocução. Seu caráter instrumental implica, no entanto, em um juízo de compatibilidade da postura deferente no caso concreto.

O agir com deferência judicial carrega uma concepção de respeito pelas capacidades institucionais das agências reguladoras, capacidades essas demonstradas expressamente nos capítulos 1 e 2. Ocorre que agir com respeito não implica completa sujeição às decisões tomadas por essas instituições, pois o caminho a ser privilegiado é aquele do diálogo democrático.

Tendo em vista, assim, a perspectiva dialógica e o tensionamento entre deliberação e deferência, este capítulo absorve a nomenclatura da litigância regulatória para explicar o quadro das teorias da deferência mais relevantes originadas em precedentes da corte suprema norte-americana (*Chevron*, *Auer* e *Chenery*) e suas premissas de aplicação específicas.

¹⁰² Citação atribuída a William Shakespeare utilizada por Sustain e Vermeule como epígrafe no início do livro *Law & Leviathan*. [Tradução do original: “*O, it is excellent. To have a giant’s strength; but it is tyrannous. To use it like a giant.*”] (SUNSTEIN; VERMEULE, 2020)

O objetivo final é verificar as condições de absorção dessas premissas pelas cortes de sobreposição brasileiras (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), trazendo tanto aspectos quantitativos como qualitativos.

Nesse caminho, um obstáculo inicial deve ser enfrentado, qual seja, responder se a postura de deferência encontra compatibilidade com a estrutura administrativo-jurídica brasileira. Sobre este tópico, serão realizadas, a seguir, algumas considerações.

4.1 A ABSORÇÃO DA TEORIA DA DEFERÊNCIA PELA PRÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA

O ambiente jurídico brasileiro não impõe resistências relevantes para a absorção no âmbito regulatório de práticas deferentes. Sem adentrar nas especificidades do modelo, o tradicional controle de legalidade reproduz um espírito de deferência em relação às decisões tomadas pela Administração.¹⁰³

Essa deferência encontra-se resumida no seguinte enunciado: “*o Judiciário não realiza controle de mérito das decisões administrativas*”. O mérito, nesse contexto, sintetiza um juízo de oportunidade e conveniência realizado pela Administração.

A identificação do espaço possível de revisão judicial das escolhas públicas envolve a prevenção ao subjetivismo do controlador. De outro lado, essa mesma delimitação competencial não pode outorgar à Administração uma blindagem contra sistemas democráticos de controle do poder, que é delimitado já a partir da própria Constituição. P. 403

Como delineado nos capítulos 1 e 2, a teoria do Estado Administrativo no Estados Unidos e a concepção de Administração gerencial no Brasil produziram as agências reguladoras como estruturas orgânico-funcionais dotadas de elevado grau independência e autonomia decisória, responsáveis, assim, por conectar direito, política e ciência.¹⁰⁴

No caso específico das agências reguladoras, a aproximação deferente estaria a reclamar, especialmente à vista da sistemática preconizada pela Lei nº 13.484/2019, de início, o conhecimento pleno da escolha regulatória – nisso se compreendendo não o ato normativo dela

¹⁰³ No Brasil, o controle de legalidade funciona como mecanismo de mediação da relação entre judiciário e decisões administrativas. Apesar disso, esse paradigma enfrenta uma séria crise de adaptação para a atual complexidade da estrutura administrativa impulsionada, entre outros, pela disputa sobre a real dimensão do princípio da legalidade.

¹⁰⁴ “As agências, frequentemente, encontram novos problemas localizados na fronteira do conhecimento científico e técnico, cuja capacidade de aferição de probabilidades por experts não é completamente confiável e a real incerteza predomina.” [Tradução livre do original: “*Agencies frequently encounter novel problems at the frontiers of scientific and technical knowledge, such that even expert probability assessments are unreliable and real uncertainty is pervasive.*”] (VERMEULE, 2016, p. 153)

decorrente, mas o conteúdo do rico processo decisório (...). (VALLE, 2021, p. 147)

A opção pela deferência, nesse contexto, parece ser o caminho natural desta forma de organização institucional.¹⁰⁵ O Judiciário passa a reconhecer outros atores como principais corpos decisórios para uma gama de matérias específicas, identificando as contribuições apenas marginais que uma revisão judicial aprofundada poderia gerar. (VERMEULE, 2016, p. 210)

A teoria da deferência, por sua vez, pode ser utilizada para mediar a interação entre cidadão, judiciário e administração pública como um todo. Este trabalho, no entanto, focaliza na instrumentalização da deferência para a resolução de demandas regulatórias.

Esquemáticamente, Horwitz (2008, p. 1078) define deferência como a situação em que uma autoridade decisória (D1) deixa de lado seu julgamento autônomo para seguir o caminho adotado por outra autoridade (D2) em uma circunstância que D1 reconhece a multiplicidade de opções a serem escolhidas, inclusive no cenário onde D1 tomaria uma decisão diferente de D2.

Em suma, *a deferência absorve o reconhecimento das capacidades institucionais das agências reguladoras para a realização de escolhas regulatórias.*

Ocorre que a deferência não funciona como um “cheque em branco” entregue para as agências reguladoras, mas, sim, deve observar parâmetros adequados de aplicabilidade. Vermeule (2016, p. 30) afirma que deferência não significa total abdicação, existindo, ainda, uma parcela de poder nas Cortes para a definição de fronteiras substanciais:

Deferência não significa que as agências vão sempre vencer; significa que a deferência se aplica onde legislação for silente ou ambígua.¹⁰⁶

¹⁰⁵ A deferência surge como produto das premissas do Estado Administrativo. Essa relação é tão forte que a deferência por si poderia constituir uma décima primeira premissa. Em verdade, “suas raízes são muito mais profundas que as opiniões recentes. A deferência surge como o produto de um longo processo de aperfeiçoamento de princípios legais por juízes, os quais, com o tempo, se tornaram conscientes dos limites do seu próprio conhecimento e construíram de dentro do direito as premissas da deferência – a essência da abnegação.” [Tradução livre do original: “*Its roots run far deeper than this or that recent opinion. Rather deference arises from the long-term working out of legal principles by judges who, over time, become aware of the limits of their own knowledge and who build deference into law itself— the essence of abnegation.*”] (VERMEULE, 2016, p. 31)

¹⁰⁶ [Tradução livre do original: “*But deference never meant that agencies would always win; it was always deference where law is silent or ambiguous.*”] (VERMEULE, 2016, p. 30)

Primeiro e fundamentalmente, nenhuma deferência será concedida quando a decisão da agência for claramente incorreta. As Cortes sempre mantêm a autoridade para verificar limitações legais claras.¹⁰⁷

Nós reconhecemos que algumas agências provocam sérias questões constitucionais e estamos atentos que muitas pessoas acham nosso desenho muito ingênuo. Isso está longe do cenário perfeito. Às vezes, as agências podem violar o direito. Outras podem agir arbitrariamente. Ainda, é possível que seus julgamentos sejam injustos. Podem ser influenciadas por poderosos interesses privados, bem como podem se colocar à venda. Podem, em outros casos, não utilizar a expertise. Podem, também, violar a liberdade. Podem, no fim, reduzir o bem-estar geral e atuar de forma contrária ao bem comum.¹⁰⁸

Assim, seguindo a proposta dialógica de todo este trabalho, explicar-se-á as condições de aplicação de três modalidades de deferência elaboradas pela prática jurisprudencial norte-americana (*Chevron*, *Auer* e *Chenery*) e consolidadas no interior da concepção de Estado Administrativo.

As três propostas contribuem para a construção de um arcabouço de regras universalizáveis para análise das escolhas públicas, reduzindo, portanto, o subjetivismo da apreciação judicial. (VALLE, 2019, p. 418)

Concomitantemente, essas teorias serão refletidas conforme a visão exposta no capítulo 3 de litigância regulatória judicial como espaço de deliberação democrática, investigando-se os pontos de tensão entre essas abordagens para, por último, ser investigada a aplicação do conceito de deferência pelas práticas decisórias dos Tribunais Superiores (STJ e STF).

4.1.1 SEC V. CHENERY CORP (1943/1947)

Inicialmente, o termo agência utilizado nos julgados norte-americanos não constitui equivalente semântico das agências reguladoras brasileiras. Enquanto as últimas são estruturas marcadas por funções regulatórias setoriais específicas, as agências, conforme a utilização usual pelos estadunidenses, abrange toda a estrutura

¹⁰⁷ [Tradução livre do original: “*First, and most fundamentally, no deference will be afforded if the agency’s interpretation is clearly incorrect. Courts always retain ultimate interpretive authority to police clear legal boundaries.*” (VERMEULE, 2016, p. 75)

¹⁰⁸ [Tradução livre do original: “*We acknowledge that some agency practices do raise serious constitutional questions, and we are keenly aware that many people will find the picture we have just drawn to be far too rosy. This is far from the best of all possible worlds. Sometimes agencies violate the law. Sometimes they act arbitrarily. They can be unfair. They can be influenced by powerful private interests; they might even do their bidding. They might not use their expertise. They can threaten liberty. They can reduce welfare and act in ways contrary to the common good.*”] (SUNSTEIN; VERMEULE, 2020)

administrativa do governo americano, excluindo-se, entre outros, o Congresso, as Cortes e as instituições militares.

A Doutrina *Chenery* originou-se do julgado *SEC v. Chenery Corp* de 1943, também conhecido como *Chenery I*. Em resumo, define o princípio básico de vinculação da ação administrativa com as razões prévias oferecidas pela agência, impedindo, assim justificações supervenientes para sanar vícios originários. (STACK, 2007, p. 955)

A vedação de racionalizações posteriores, entretanto, não oferece elementos para definir parâmetros de deferência como alocação de competências entre instituições. O ponto fundamental de *Chenery* implica na fixação temporal do momento adequado para oferecimento de justificativas para a ação administrativa, ou seja, durante a contestação judicial das decisões das agências, os argumentos a serem considerados são aqueles produzidos contemporaneamente à decisão impugnada. (VERMEULE, 2016)

Em outro julgado, *SEC v. Chenery Corp* de 1947, forma-se *Chenery II*. Trata sobre a possibilidade de utilização pela agência dos procedimentos adequados para o cumprimento de suas funções institucionais conforme a análise do caso concreto, mesmo que resulte na criação de um novo princípio ou na modificação de uma prática já existente. (WEAVER, 1988, p. 164)

Uma decisão ou prática prévia da agência oferece razões para esperar a manutenção desse entendimento, no entanto, a agência pode optar por criar uma interpretação diferente posteriormente. Em *Chenery II*, a Corte reconhece o problema da aplicação retroativa de interpretações, porém, conclui que o efeito retroativo não é, por si só, fatal para a validade da norma. Assinala, dessa forma, que a retroatividade está presente sempre que uma corte ou uma agência enuncia um novo princípio em uma decisão, enfatizando que existem potenciais efeitos adversos para aplicação apenas prospectiva de novo entendimento.¹⁰⁹

Em suma, enquanto *Chenery I* limita a atuação da agência, vedando a possibilidade de oferecimento de justificativas supervenientes às ações administrativas, *Chenery II* oferece liberdade para agência criar ou modificar procedimentos para adequá-los ao caso concreto, mesmo com efeitos retroativos.

¹⁰⁹ [Tradução livre do original: “An agency's prior decisions and actions may encourage reliance on one interpretation, but the agency may seek to impose a different interpretation later. In *Chenery II*, the Court acknowledged the retroactivity problem, but concluded that retroactive effect is “not necessarily fatal to [a rule's] validity.” It pointed out that retroactivity is present whenever a court or agency announces a new principle in a decision, and emphasized that there were potential adverse effects from applying a new rule only prospectively.”] (WEAVER, 1988, p. 196-197)

4.1.2 *CHEVRON V. NATURAL RESOURCES DEFENSE COUNCIL* (1984)

O espírito de deferência das tradições jurídicas norte-americanas remonta *Crowell v. Benson* de 1932, julgado caracterizado por autorizar o controle judicial *de novo* das decisões das agências administrativas independentes apenas dos tópicos eminentemente de direito, em uma linguagem que aproxima este julgado ao reconhecido controle de legalidade da cultura administrativista brasileira.

Apenas em 1984 *Chevron* aparece como a expansão da deferência para o exercício interpretativo de questões de direito, desde que existente em um ambiente de multiplicidade de resultados semânticos.

A deferência desenvolvida em *Chevron* preocupa-se, em última instância, com o deslocamento dos juízos realizado pelas agências para o judiciário e sua capacidade de reduzir o valor do sistema de tomada de decisão produzido institucionalmente pelo Estado Administrativo, uma vez que os juízes possuem menor *insight* em valores públicos. (VERMEULE, 2016, p. 212)

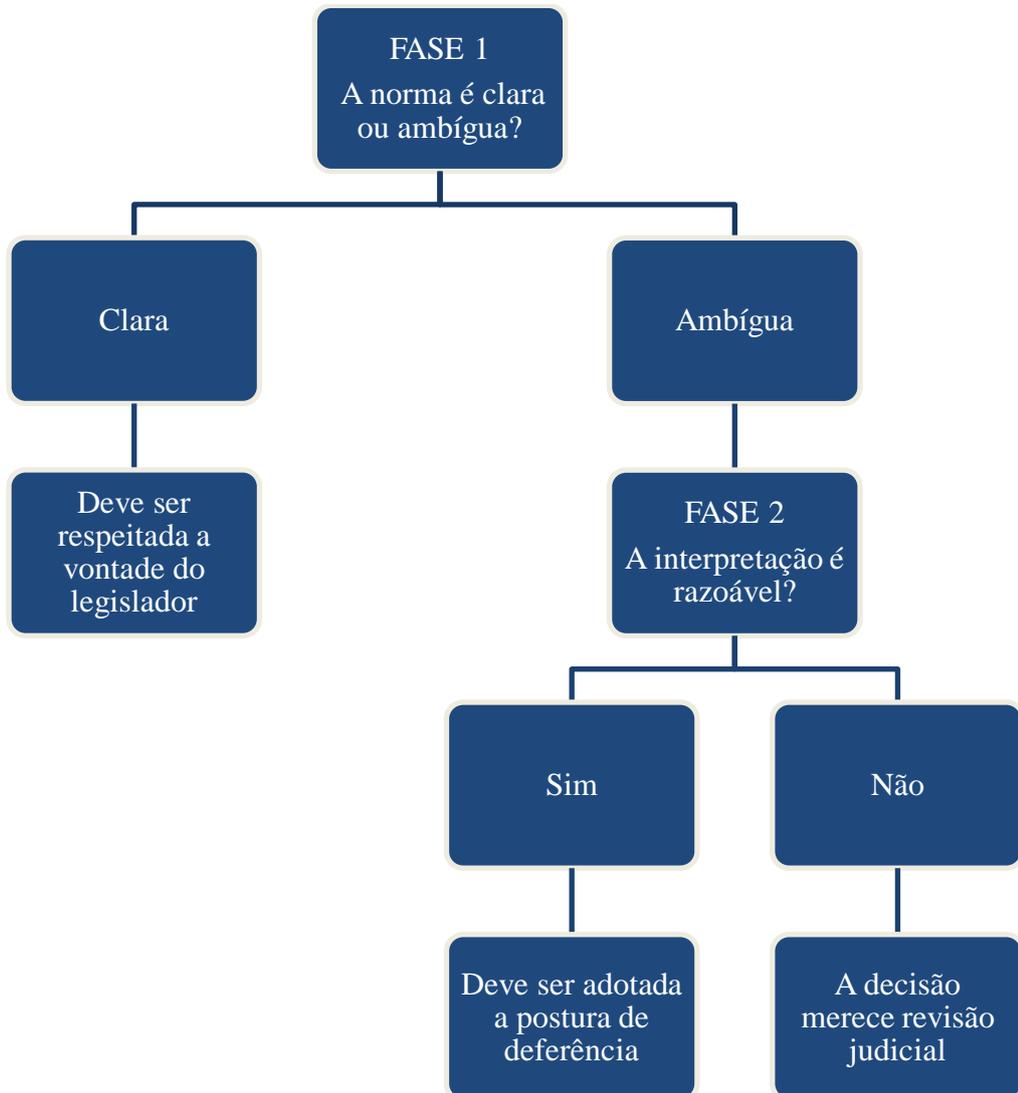
A chamada Doutrina Chevron nasce do paradigmático julgado *Chevron v. Natural Resources Defense Council*, proferido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1984. No caso específico, existiu dúvida sobre a abrangência de uma norma estabelecida no *Clean Air Act Amendment* de 1977, legislação para proteção da qualidade do ar.

O questionamento envolve um dispositivo que exigia autorização prévia para a construção ou modificação de uma instalação industrial (*industrial source*), salvo se o acréscimo de poluição não superar o limite legal.

A dúvida, assim, compreendia a abrangência do termo instalação industrial: um grupo mais protecionista e restritivo defendia que o termo significava tanto um novo prédio como uma nova chaminé (nesta última acepção, os ambientalistas), ou seja, cada novo prédio ou nova chaminé iria exigir nova autorização; enquanto isso, o segundo grupo adotava uma concepção ampla de instalação industrial, seria, neste caso, uma estrutura completa (*plantwide*), fornecendo maior flexibilidade para o agente produtivo, porquanto, poderia, dentro do mesmo complexo, criar um novo mecanismo causador de poluição, ao mesmo tempo que desativa outro, com a finalidade de manter os limites legais de poluição permitidos. (SUNSTEIN; VERMEULE, 2020, p. 134)

O caso *Chevron* entregou de forma instrumental um mapa de duas fases para avaliação da necessidade ou não de revisão da decisão da agência, resumido no seguinte esquema:

Figura 4: Mapa de aplicação da Doutrina *Chevron*



Fonte: elaboração própria

Assim, inicialmente, a Doutrina *Chevron* indica a apreciação do grau de ambiguidade da norma sendo interpretada. Existindo mandamento legislativo claro, este deve ser cumprido. Em caso de ambiguidade, conseqüentemente, é verificada a razoabilidade da opção interpretativa escolhida pela agência reguladora. Caso a escolha guarde razoabilidade, deve ser adotada uma postura de deferência. Quando, no entanto, a opção ultrapassa o juízo de razoabilidade, tal caminho merece revisão judicial para anulação ou readequação.

Chevron manifesta um marco fundamental para teoria administrativista. Segundo ele, a agência administrativa, no exercício de suas atividades, não é

responsável por escolher “A” resposta correta para determinado interesse público, mas “UMA” escolha adequada entre as variadas opções disponibilizada pela complexidade do ambiente regulado. (BERNSTEIN, 2016, p. 8; VERMEULE, 2016, p. 201)¹¹⁰

4.1.3 AUER V. ROBBINS (1997)

Como resultado do julgado na Suprema Corte norte-americana *Auer v. Robbins* em 1997, houve a produção chamada da Doutrina *Auer*. Ela avança no desenvolvimento da deferência para reconhecê-la não apenas para questões que envolvem a interpretação de normas legais ambíguas (*Chevron*), mas, também, na atividade interpretativa das normas multivalentes emitidas pela própria agência no exercício de sua função material (*Auer*).

Vermeule e Sustain (2020, p. 126) apontam para duas vantagens desse arranjo: (i) existe uma superioridade epistêmica da agência como intérprete do seus regulamentos; e (ii) a agência possui vantagem comparativa como entidade essencial do ciclo de modelagem da política pública em que está envolvida, de modo que, a atividade de interpretação dos regulamentos da agência funcionam como extensão da própria execução da política pública.¹¹¹

Mais tarde, na direção do aperfeiçoamento da Doutrina *Auer*, o julgado *Kisor v. Wilkie* de 2019 estabeleceu algumas ressalvas para a aplicação dessa modalidade de deferência: (a) o regulamento interpretado deve ser genuinamente ambíguo; (b) a interpretação da agência deve ser razoável; (c) os fatos e o contexto da interpretação devem demonstrar que merecem deferência, pois representam a posição oficial da agência; (d) a interpretação se origina de uma expertise substancial da agência; e (e) reflete um julgamento equitativo da agência e não uma racionalização superveniente. (SUNSTEIN; VERMEULE, 2020, p. 130)

¹¹⁰A aparente facilidade de explicação do modelo *Chevron* confronta com reais dificuldades de aplicabilidade apontados por alguns autores. Por exemplo, Anya Bernstein (2016) aponta para a difícil missão de identificação da abrangência do juízo de razoabilidade exercido em *Chevron*; Vermeule (2016) questiona a aplicação do modelo *Chevron* para ambiguidades relativas a questões procedimentais, além de, em outra perspectiva, duvidar da capacidade da Doutrina *Chevron* lidar com ambientes preenchidos pela incerteza; Horwitz (2008) distingue, ainda, deferência de obediência, separando deferência baseada em justificações com base em autoridade legal e deferência fundada em justificações de autoridade epistemológica.

¹¹¹ Os críticos da Doutrina *Auer* costumam ganhar espaço com a constatação simples de que este tipo de deferência pode criar incentivos sistêmicos para a agência produzir regulamentos ambíguos que garantam o privilégio interpretativo para essas instituições. Vermeule e Sustain, no entanto, não conferem credibilidade para esse argumento, pois não encontraram evidências reais de que *Auer* pudesse ter sido utilizada como subterfúgio para afastar o controle das decisões regulatórias. (SUNSTEIN; VERMEULE, 2020, p. 128-129)

4.1.4 DEFERÊNCIA E DELIBERAÇÃO NA LITIGÂNCIA REGULATÓRIA JUDICIAL

No espírito do estudo dialógico, uma divergência conjuntural deve ficar clara: enquanto as práticas decisórias judiciais brasileiras começam a absorver a teoria da deferência para a resolução de controvérsias regulatórias, nos Estados Unidos, cresce o movimento que pede a revisão das condicionantes da deferência criadas por diversos julgados. (HICKMAN; NIELSON, 2021, p. 1024; SUNSTEIN; VERMEULE, 2020, p. 132)

As principais críticas contra as teorias da deferência abordam questionamentos sobre as premissas do próprio Estado Administrativo fundadas em uma visão rígida da separação dos poderes e na teoria da não delegação. Ambas as perspectivas foram rejeitadas por este trabalho nos capítulos anteriores quando houve a expressa absorção da perspectiva pragmática.

Retomando a perspectiva pragmática, a postura de deferência surge como decorrência das próprias características institucionais das agências reguladoras e dos estímulos sistêmicos para empoderamento e especialização dessas entidades.

Entretanto, o tensionamento da teoria da deferência com aspectos democráticos ressaltado por este estudo abrange as condições de aplicabilidade da referida postura quando se reconhece a litigância regulatória e o processo como espaço de deliberação.

Pergunta-se: na deliberação proposta pela litigância regulatória, todos são iguais?

A resposta não poderia ser outra que um sonoro e seguro: não!

A pretensão de redução da verticalidade da relação regulado-juiz-agência reguladora encontra limites de praticabilidade. Dificilmente, no mundo concreto, um processo judicial irá ocorrer em um cenário de completa igualdades entre os elementos da lide, sendo, apenas, possível a absorção da horizontalidade como um princípio geral maleável pelas circunstâncias.

Essa horizontalidade é materializada por um instrumento caro para o processo: a participação. A estrutura dialógica da LRJ pretende evitar que o judiciário utilize a deferência como mecanismo de omissão de sua função constitucional, isto é, como instrumento contra a ameaça ou lesão a direitos.

A deferência, nesse contexto, encontra legitimidade na litigância regulatória judicial quando ocorre a oportunização do oferecimento de razões e justificativas por todos os interessados. Seguindo esta perspectiva, finalmente, temos a análise empírica

da aplicação do conceito de deferência nas práticas decisórias dos tribunais de sobreposição.

4.2 PRÁTICAS DECISÓRIAS DOS TRIBUNAIS DE SOBREPOSIÇÃO

As teorias sobre deferência apresentadas anteriormente são construídas por julgados da Suprema Corte norte-americana. Este trabalho, de forma dialógica, objetiva investigar a absorção dessas teorias para a resolução de casos de litigância regulatória judicial pelas cortes de sobreposição brasileiras, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF).

Para cumprir com esta missão, algumas premissas metodológicas precisam ser destacadas:

- a) as pesquisas são realizadas nos portais de jurisprudência do STJ e STF, reconhecendo-se que os julgados publicados nesses portais, por vezes, não representam a totalidade dos julgados da Corte. Apesar disso, a ferramenta constitui o instrumento público mais difundido para divulgação dos julgados dos referido Tribunais, oferecendo funcionalidades de pesquisa e leitura que os tornam meios adequados para pesquisas exploratórias de jurisprudência, tal como proposta por este estudo;
- b) utiliza-se, nos dois buscadores, o seguinte termo de pesquisa (deferên\$), porquanto o item \$ é capaz de trazer variantes vocabulares do radical “deferên”;
- c) não é aplicado um limitador temporal de início, apenas final, admitindo-se decisões proferidas até o final de 2021 (31.12.2021);
- d) a primeira triagem deve verificar utilização semântica da deferência, sendo absorvidos apenas aqueles casos no qual o termo signifique o *respeito pelas capacidades institucionais de outros corpos decisórios*, excluindo-se outras ocorrências semânticas;
- e) após, privilegia-se, primeiro, julgados colegiados que se encaixam no conceito de litigância regulatória judicial, estudada no Capítulo 3 (tópico 3.2.4), com razões de decidir vinculadas ao uso da teoria da deferência; segundo, outros julgados colegiados, mesmo que não configurem LRJ, mas, de forma abrangente, adotem como premissas fundamentais argumentos de deferência capazes trazer luz para definições da Corte sobre a relação do judiciário no controle de decisões da Administração;
- f) exclui-se a análise de decisões monocráticas;
- g) o estudo não se propõe exaustivo, mas busca, de forma contextualizada, explorar as construções jurisprudenciais que estão começando a modelar as condições de aplicação da deferência para resolução de demandas regulatórias judicializadas;

- h) a consolidação dos julgados desconsidera questões processuais quando não conectadas diretamente com o mérito da demanda; e
- i) por fim, a análise começa pelo Superior Tribunal de Justiça para depois seguir para o Supremo Tribunal Federal;

4.2.1 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

No Superior Tribunal de Justiça, responsável constitucionalmente pela uniformidade da legislação federal, a pesquisa realizada conforme a metodologia anteriormente explicada devolve 23 (vinte três) resultados da utilização do termo deferência.

De todo esse universo, apenas 4 (quatro) decisões contém a vinculação semântica pretendida por este estudo, qual seja, a ideia de respeito pelas capacidades institucionais de outro corpo decisório. Dessa fração, apenas 2 (duas) se encaixam na definição de litigância regulatória judicial (REsp 1171688, julgado em 2010, e o AREsp 1577194, julgado em 2020). Enquanto os outros casos, embora não configurados como litigância regulatória, fornecem, também, premissas relacionadas com a deferência e a Administração (Medida Cautelar 13103, julgada em 2007, e o Recurso Especial 1794629, julgado em 2020).

A seguir, segue uma explicação sobre esses julgados, inicialmente, com o REsp 1171688.

Trata-se de um caso de litigância regulatória judicial complexa que envolve três participantes: (i) dois particulares, Tim Celular S/A e Global Village Telecom LTDA (GVT) e (ii) uma agência reguladora, a Agência Nacional de Telecomunicações, participando como interessada e *amicus curiae*.

Na hipótese, configura a modalidade derivada, pois o interesse regulatório discutido decorre de uma contestação administrativa prévia. Busca-se, judicialmente, a fixação de um valor provisório que remunere o uso da rede móvel até a superveniência de decisão definitiva em instância administrativa a ser proferida pela agência em processo de arbitragem. Dessa forma, objetivamente, verifica-se a contestação de um interesse regulatório material, portanto, direto.

Em determinado trecho, destacando a dimensão contraposta dos interesses dessa modalidade de LRJ, o relator deixar transparecer o caráter tendencioso das manifestações das empresas, uma interessada em pagar menos e outra interessada em receber mais, enquanto a agência estaria posicionada no centro da controvérsia como instância mediadora:

Entretanto, os dois laudos oferecidos devem ser lidos *modus in rebus*, como reconhece a própria agência reguladora (a destinatária). Em primeiro lugar porque nenhum deles obedece aos métodos fincados no despacho regulatório que chamava as empresas interessadas. Em segundo lugar porque ambos os pareceres são claramente tendenciosos - as prestadoras de STFC (inclusive a GVT) enfocaram aspectos que lhes favoreciam; da mesma forma se portaram as prestadoras de SMP (tal como a TIM). (BRASIL, 2010, p. 18/19)

No caso em apreço, julgado em 2010, com relatoria do Min. Mauro Campbell, o STJ não utilizou a deferência para verificar o acerto ou erro do valor fixado pela agência reguladora para remunerar o uso de rede móvel (“VU-M”), visto que tal valor não tinha sido delimitado administrativamente e se aguardava a finalização da arbitragem.

Nestes autos, diante da ausência de parâmetro para fixação de VU-M e do reconhecimento da incapacidade do judiciário aferir a compatibilidade do valor, houve a adoção do princípio da deferência técnico-administrativa para legitimar a aplicação dos termos de arbitragem realizados entre a GVT e terceiro, no caso, a empresa Vivo.

A lógica exposta no julgado, em síntese, autorizou o uso da deferência para vincular a Tim ao decido em processo de arbitragem entre GVT e Vivo, pois “a agência reguladora do setor de telecomunicações já fixou o VU-M que entende cabível - ainda que no âmbito da arbitragem GVT vs. Vivo”. (BRASIL, 2010, p. 17) Essa opção seria capaz de manter a consistência das relações entre as empresas do setor e as medidas já tomadas no âmbito da própria agência.

Em outro caso de litigância regulatória judicial (AREsp 1577194, julgado em 2020, com relatoria do Min. Herman Benjamin), o Superior Tribunal de Justiça adota a deferência com termos parecidos com os defendidos pela Doutrina Chenery para analisar a aplicação de multa por descumprimento de obrigações regulatórias.

Este é um típico de litigância regulatória judicial, porquanto se buscava a declaração de nulidade das multas aplicadas nos Procedimentos de Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) imputadas em razão da violação do dever de cumprimento do Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU), aprovado pelo Decreto 4.769/2003. As queixas gravitavam, majoritariamente, sobre premissas procedimentais, configurando, portanto, interesse regulatório indireto.

Subjetivamente, faziam parte da demanda a OI S.A (em recuperação judicial) e a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), portanto, qualificada como LRJ na modalidade adversarial simples.

Este processo fixa algumas premissas relacionadas à dimensão regulatória do Estado Administrativo Brasileiro e sua relação com a deferência, entre elas: (i) as agências reguladoras, em específico a Anatel, possuem delegação constitucional e autorização legal para promover a regulação e fiscalização das atividades econômicas; (ii) a preservação da autonomia e imparcialidade dependem da regra do mandato fixo, do respeito ao princípio da menor intensidade no controle de seus atos (deferência), ausência de contingenciamento de recursos orçamentários e vedação de supressão de competências por medidas provisórias; (iii) a atuação do judiciário deve respeitar o conhecimento técnico evidenciado nos processos administrativos quando amparados por substratos fáticos específicos; e (iv) o magistrado não possui completamente os vastos conhecimentos detidos pelo especialista em regulação de telecomunicações.

Em específico nesse julgado, o relator, Min. Herman Benjamin, aborda como elemento legitimador da deferência o *iter* procedimental realizado pela agência:

Nesse contexto, para cada providência normativa externada pela Agência Reguladora, é possível identificar um *iter* procedimental: (i) são elaboradas várias manifestações advindas de setores internos e especializados que recomendam, ou não, a aprovação de proposta formal de ação administrativa (PA); (ii) num segundo momento, as escolhas administrativas estão sujeitas à audiências públicas, a fim de que se promova verdadeira democracia participativa sobre tais escolhas; (iii) a proposta de ação é submetida a um parecer da Procuradoria Federal Especializada junto na Anatel, órgão constitucional da AGU, para que somente, (iv) enfim, editada uma Resolução de normas técnicas que regulamentam e complementam a regulação da política de telecomunicações. (BRASIL, 2020, p. 10)

Dialogicamente, portanto, o relator verifica as condições procedimentais para aferir a existência do dever de deferência. Nota-se, ainda, a utilização de igualdade semântica entre o princípio da menor intensidade e a deferência.

O terceiro julgado devolvido pela pesquisa é a Medida Cautelar 13103, julgada em 2007, com relatoria no Ministro Herman Benjamin, e compreende a primeira menção na ementa de um julgado no STJ do termo deferência semanticamente vinculada à noção de respeito pelas capacidades institucionais de outro corpo decisório. Nesta ocasião, o julgado reserva um espaço de deferência para Secretaria de Direito Econômico, na época, parte integrante do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em razão da alta complexidade da matéria e da especialização técnica do órgão.

Não se classifica, no entanto, como litigância regulatória judicial, em razão da ausência de uma agência reguladora, embora seja inegável a função regulatória do CADE para a defesa da concorrência.

Por último, finalizando o produto da pesquisa no Superior Tribunal de Justiça, aparece o REsp 1794629, julgado pela Terceira Turma da Corte, em 2020, com relatoria do Min. Moura Ribeiro. Este caso não se encaixa como litigância regulatória judicial, pois não há presença de uma agência reguladora, nem mesmo como interessada, participando dos processos.

Em específico, esta é uma disputa entre beneficiários do plano de saúde e a empresa operadora do plano acerca da cobertura do procedimento de fertilização *in vitro*. Tal procedimento seria excluído pela Resolução Normativa 387/2015 da Agência Nacional de Saúde (ANS), o que, para os beneficiários, representaria extrapolação da competência da agência.

Venceu, no entanto a tese de que não houve inovação da ordem jurídica, mas a sua materialização conforme autorização expressa da lei de regência. Em voto-vista, o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva deixa expressa a aplicação da deferência, pois (i) esta postura encontra respaldo na separação dos poderes; (ii) a atuação da agência torna-se legitimada pela sua expertise técnica para formulação de atos administrativos; e (iii) ao interpretar as normas da Lei dos Planos de Saúde, o controle judicial deve observar o dever de deferência.

Pontos fundamentais desta decisão envolvem constatar a existência de uma discussão objetivamente qualificada como um interesse regulatório setorial, centralizada na política dos Planos de Saúde e a ocorrência da análise da competência normativa na ANS na Resolução Normativa 387/2015, enquanto, de forma contraproducente, não se verifica a participação da agência reguladora nem ao menos como interessada ou *amicus curiae*. Esta situação será investigada com mais cuidado futuramente.

O último julgado a ser explicado não é produto da pesquisa direta do termo deferência. Envolve, outrossim, um esforço complementar de pesquisa do uso expresso das teorias da deferência norte-americanas explicadas anteriormente (*Chevron, Auer, Chenery*).

Sobre as duas primeiras, uma pesquisa com seus termos centrais não retornou resultados significativos no portal da jurisprudência do STJ, conquanto, a busca pelo

termo *Chenery* devolveu um resultado, por si só, muito significativo (SLS 2240, julgado em 2017).

A Suspensão de Liminar 2240, com relatoria da Min. Laurita Vaz, não trata de litigância regulatória em razão da ausência de participação de uma agência reguladora. Julgada pela Corte Especial em 2017, materialmente, a ação discute critérios adotados pelo Poder Concedente para reajuste de tarifas de serviço de transporte público.

Neste caso, de forma expressa, são retomadas as premissas da Doutrina *Chenery*, quais sejam, (i) a Administração Pública possui uma dimensão política no exercício de suas atividades; (ii) o Judiciário não possui os instrumentos hábeis para identificar se um ato administrativo com motivação política seria concretizado (ou não) se houvesse estrita aderência à metodologia técnica; (iii) as Cortes estão impedidas de aduzir argumentos diversos daqueles que o Poder Executivo adotaria, principalmente, em matérias técnicas e complexas; e (iv) os Tribunais não possuem expertise para atestar a correção do juízo realizado pela Administração.

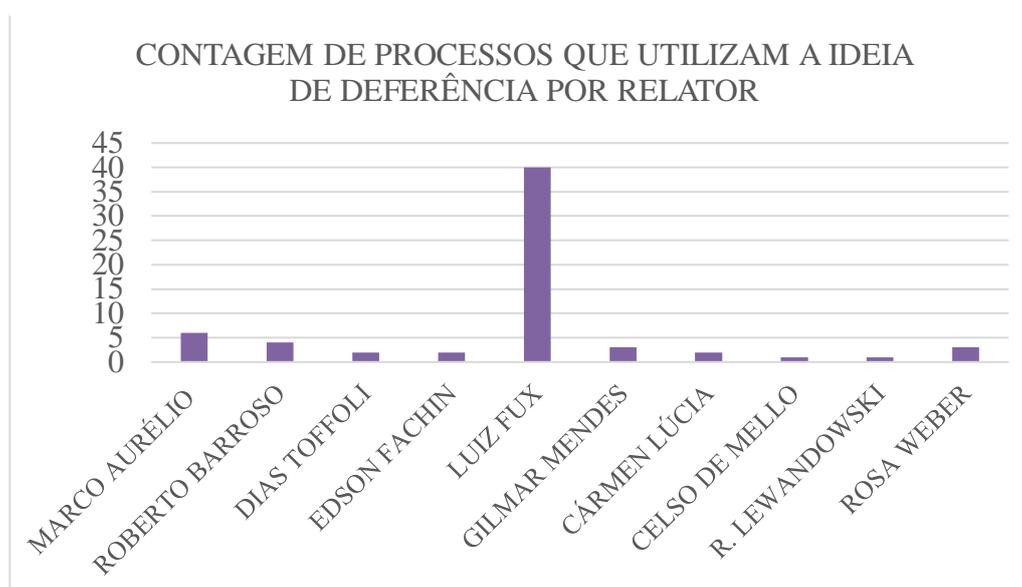
O julgado é finalizado, no entanto, com a afirmação de que “as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário.” (BRASIL, 2017, p. 29) Vincula-se, portanto, deferência e legalidade.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, os cinco julgados acima oferecem a melhor visão sobre a aplicação da teoria da deferência para lidar com controvérsias afetas às competências das agências ou órgãos reguladores (REsp 1171688, REsp 1794629, AREsp 1577194 e MC 13103) e decisões da Administração Pública em geral (SLS 2240). Em sede de decisões monocráticas, até pela sua natureza, a menção à deferência ocorre de forma apenas reflexa e não produz novas contribuições.

4.2.2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

No Supremo Tribunal Federal, espaço de interpretação de normas constitucionais, a utilização da metodologia de pesquisa delineada anteriormente entrega 73 (setenta e três) resultados. Desse conjunto, 64 (sessenta e quatro) acórdãos apresentam o uso da deferência conforme a vinculação semântica buscada por este estudo, isto é, no sentido de respeito pelas capacidades institucionais de outros corpos decisórios.

Gráfico 1: Contagem de processo que utilizam a deferência por relator



Fonte: elaboração própria

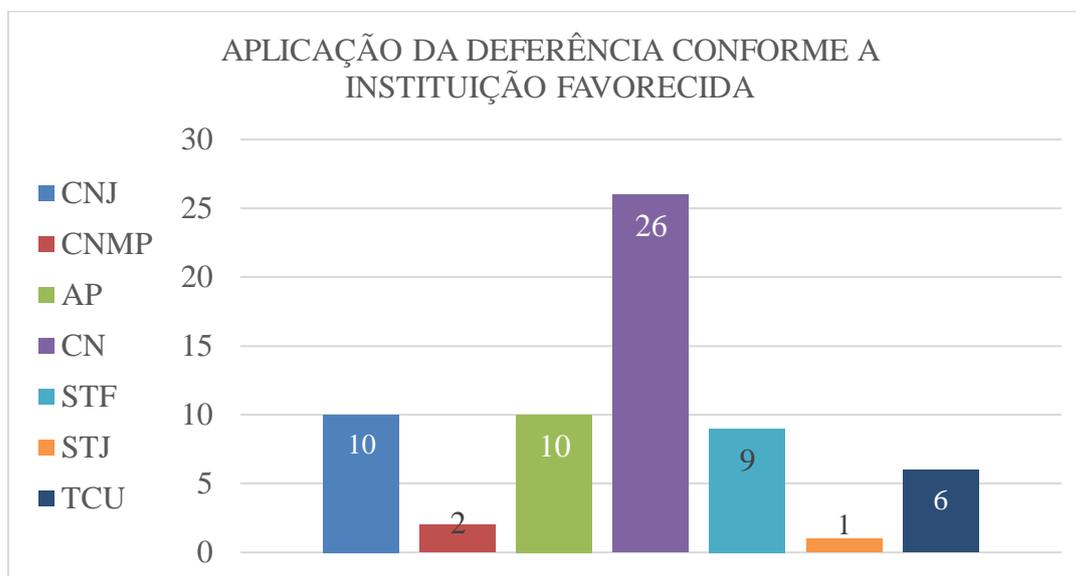
Comparativamente, o uso da deferência pelo Supremo Tribunal Federal (64) ocorre em número muito maior que no Superior Tribunal de Justiça (4). Uma das razões para a grande diferença numérica entre os Tribunais justifica-se pela militância em torno de uma ideia de autocontenção de um dos seus ministros mais expoentes, o Ministro Luiz Fux.

Ademais, a utilização no STJ encontra-se intimamente ligada com interesses da administração pública complexa, pois, em seus julgados, aparecem como instituições mercedoras de deferência tanto o CADE quanto agência reguladoras típicas (ANS e ANATEL).

Enquanto isso, no STF, a utilização instrumental da deferência manifesta-se no respeito de uma gama variada de corpos decisórios, entre eles o Congresso Nacional (CN), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Conselho Nacional do Ministério

Público (CNMP), o Tribunal de Contas da União (TCU), a Administração Pública (AP) e, também, ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao próprio Supremo Tribunal Federal (STF).

Gráfico 2: Aplicação da deferência conforme a instituição favorecida



Fonte: elaboração própria

Observa-se, portanto, a utilização majoritária da ideia de deferência no Supremo Tribunal Federal para privilegiar as opções tomadas pelo Congresso Nacional na sua função legislativa.

Entretanto, combinando outros filtros de análise, principalmente, aquele relacionado à interseção entre utilização semântica adequada do termo deferência e a discussão sobre interesses regulatórios setoriais, objeto central dessa análise, o conjunto de decisões que cumprem os dois requisitos é reduzido para apenas 11 (dez) decisões, divididas em 8 (oito) casos sobre opções regulatórias da Administração Pública e 3 (três) casos com escolhas tomadas pelo Congresso Nacional.

Os três julgados que aplicam a deferência para preferências regulatórias do Congresso Nacional são a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6696, julgada em 2021, sobre a autonomia do Banco Central, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4066, julgada em 2017, sobre a autorização de comercialização de Amianto¹¹², e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5062, julgada em 2016, sobre a gestão de direitos

¹¹² Todos esses julgados resultaram em posição de deferência. Contudo, especificamente, a decisão sobre o Amianto foi posteriormente revertida para afastar escolha do legislativo.

autorais. Todos esses julgados resultaram em julgamentos deferentes por parte do judiciário.

Entre os 8 (oito) processos originários da contestação de preferências regulatórias da administração pública, (2) dois julgados são provenientes de escolhas tomadas pela administração direta: a Suspensão de Liminar 1425, julgada em 2021, sobre a permissão de importação de “camarão selvagem” da Argentina; e o Recurso Extraordinário 1070522, também, julgado em 2021, sobre a normas do setor de radiodifusão. Os dois julgados são de relatoria do Ministro Luiz Fux e reproduziram a postura de deferência por parte do judiciário.

Em especial, o Recurso Extraordinário 1.070.522/PE possui como partes a União e o Sistema de Comunicação VIAOM, portanto, não preenche o aspecto subjetivo da litigância regulatória. No mérito, no entanto, a questão controversa abrange um interesse regulatório direto envolvendo o setor de radiodifusão, qual seja, a obrigatoriedade de inclusão, como regra editalícia, de percentuais para a exibição de programação especial produzida localmente durante o processo de concessão desse serviço.

No que toca a teoria da deferência, foram estipulados os seguintes fundamentos: (i) “o Judiciário não é o foro competente para reverter totalmente a ponderação de interesses introjetada em políticas públicas, incumbindo-lhe tão-somente coibir excessos, desproporções manifestas ou injustificáveis.” (BRASIL, 2021c, p. 30); e (b) “ao se depararem com situação de dúvida relevante ou de ausência de elementos empíricos para compreender os parâmetros normativos e/ou para mensurar os efeitos sistêmicos da decisão, devem adotar posição preferencial de deferência às escolhas do órgão com poder normativo.” (BRASIL, 2021c, p. 31)

Outro julgado, decorrente das atividades de uma agência administrativa independente, o Recurso Extraordinário 1083955, proferido em 2019 pelo Tribunal Pleno, com relatoria do Min. Fux, envolve, subjetivamente, a empresa Cascol Combustíveis para Veículos LTDA e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Não se trata, portanto, de litigância regulatória judicial diante da diferenciação utilizada pelo conceito entre órgão regulador e agência reguladora.

No entanto, objetivamente, aborda uma controvérsia regulatória, sendo, portanto, relevante a potencial contribuição do julgado para o desenho jurisprudencial da teoria da deferência. Nele, estão contidas algumas contribuições elucidativas.

Inicialmente, o relator retoma elementos do controle de legalidade quando assinala que não cabe ao Poder Judiciário revisar o mérito dos atos administrativo, assim como o controle jurisdicional deve se limitar ao juízo de legalidade ou abusividade dos atos administrativos.

No entanto, em um segundo momento, aborda elementos da deferência conectados com as capacidades institucionais técnicas do CADE:

Os principais argumentos que fundamentam o dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por órgãos reguladores repousam na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos de natureza técnica e (ii) na possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa. (BRASIL, 2019c, p. 9).

Na visão do relator, as questões regulatórias são prospectivas e multipolares, implicando o reconhecimento de que o Judiciário não é competente para decidir situações policêntricas e com efeitos complexos.

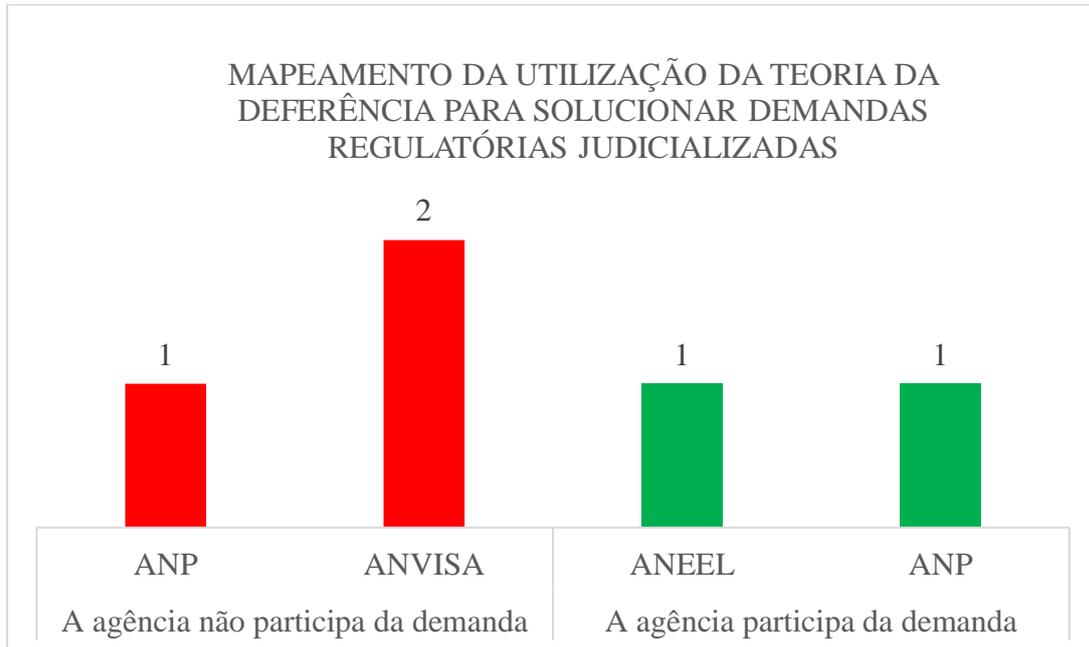
Ademais, sobram 5 (cinco) julgados relacionados com interesses reguladores e mais especificamente conectados com competências de agências reguladoras: a ADPF 825, julgada em 2021, e a ADI 5942, julgada em 2020, com interesses afetos à ANP; o Recurso Extraordinário 993583, julgado em 2019, sobre matérias da ANEEL, a ADI 4874, julgada em 2018, e o RE 657718, julgado em 2019, ligados as áreas cobertas pela ANVISA.

Em comum, todos esses julgados compartilham do uso da teoria da deferência para legitimar a postura de autocontenção do judiciário para lidar com demandas regulatórias judicializadas.

Quanto às diferenças, principalmente, destacam-se (i) os argumentos diferenciados utilizados para reconhecer a incidência da deferência e (ii) a participação (ou não) da agência reguladora no caso em questão.

A circunstância (ii) promoveu a seguinte constatação: alguns processos sobre competências normativas e materiais das agências reguladoras não possuem como partes ou interessadas as próprias agências reguladoras. Temos, assim, que a discussão de interesses regulatórios no Judiciários ocorre por meio de demandas regulatórias judicializadas, contudo, a ausência de participação da agência reguladora implica que nem todas as ações podem ser classificadas como exemplos de litigância regulatória judicial.

Gráfico 3: Mapeamento da utilização da deferência para solucionar demandas regulatórias judicializadas



Fonte: elaboração própria

Analisando com mais cuidado esses casos, primeiro, são realizadas considerações sobre os dois casos classificados como litigância regulatória judicial, o Recurso Extraordinário 993585, julgado em 2019, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 825, julgada em 2021.

Inicialmente, temos o seguinte quadro para o Recurso Extraordinário 993585. Este Recurso Extraordinário configura um exemplo de litigância regulatória judicial, pois estão presentes os elementos subjetivos e objetivos da definição. Subjetivamente, a controvérsia gravita em torno das pretensões de Santo Antônio Energia S.A, da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), da Associação Brasileira de Geração de Energia Limpa (ABRAGEL) e da Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (ABRADE), qualificando-se quanto ao número de participantes da lide, como complexa e com interesses contrapostos.

Objetivamente, a demanda envolve a contestação de um interesse regulatório direto, qual seja, a apuração do Fator de Indisponibilidade (FID) de uma usina hidrelétrica conforme a metodologia da ANEEL, cuja singularização é fundamental para a definição do percentual de utilização no Mecanismo de Relocação da Energia (MRE). Ainda, classifica-se como derivada, pois houve anterior discussão dos elementos questionados na via administrativa.

Na direção de uma postura de deferência para as decisões tomadas pela ANEEL, o julgado produz alguns argumentos elucidativos, entre eles: (i) a autoridade normativa das agências reguladoras pressiona a visão formalista de disciplina das relações sociais, colocando em xeque a noção de legalidade; (ii) a postura interventiva estatal depende cada vez mais de conhecimento técnico e especializado, além de rapidez nas respostas estatais; (iii) morosidade do processo legislativo formal; (iv) utilização das agências reguladoras como resposta institucional adequada; e (v) as interações entre Judiciário e agências reguladoras devem respeitar suas capacidades institucionais.

O julgado, ainda, sintetiza o dever de deferência da seguinte forma:

Na espécie, consideradas essas duas premissas teóricas principais – (i) a garantia de autonomia das agências reguladoras; e (ii) o reconhecimento da limitação da capacidade institucional do Poder Judiciário –, evidencia-se que a atuação judicial sobre questões de alta complexidade técnica – sobretudo em âmbito liminar – devem se mostrar deferentes à separação dos poderes e à distribuição de competências entre os diversos órgãos democráticos, conforme suas capacidades institucionais. (BRASIL, 2019b, p. 21)

O segundo julgado, classificado como litigância regulatória, a ADPF 825 encontra-se resumido no seguinte quadro explicativo. Esta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, julgada em 2021, configura um exemplo de litigância regulatória judicial originária, visto que não houve impugnação administrativa do interesse regulatório controverso.

Subjetivamente, qualifica-se como complexa na modalidade de interesses sobrepostos, porquanto fazem parte da demanda o Partido Democrático Trabalhista (PDT), a agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) e o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), os dois últimos compartilhando o interesse de manutenção da decisão tomada anteriormente.

Objetivamente, a controvérsia envolve um interesse regulatório indireto definido procedimentalmente como a necessidade de conclusão de Avaliação Ambiental de Área Sedimentar (AAAS) para subsidiar planejamento estratégico das ações da agência, especificamente, relacionado à 17ª Rodada de Licitações de Blocos para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural, realizada pela ANP.

No voto do relator, para fundamentar a postura de deferência, foram elencadas algumas premissas: (i) a matéria envolveria dificuldades técnicas relevantes; (ii) apenas os órgãos dotados de conhecimentos técnicos específicos podem ter amplo domínio sobre as facetas operacionais da política pública em jogo; (iii) somente o órgão

competente pode estipular o procedimento e requisitos adequados para a outorga de regiões para exploração e produção de petróleo e gás natural; (iv) os atos técnicos não são imunes ao crivo judicial, principalmente, quando arguidos sobre aspectos constitucionais; e (v) a complexidade da causa exige cautela e deferência às opções encontradas pelos órgãos técnicos.

Neste julgado, expressamente, busca-se legitimação da deferência baseada nas capacidades institucionais dos órgãos competentes, no risco de usurpação de competência do agente legitimado e na violação da separação dos poderes, do devido processo legal, da eficiência administrativa e da razoabilidade.

De forma explícita, o julgado aborda os riscos da decisão tomada pelos órgãos técnicos, principalmente, aqueles conectados ao risco de dano ambiental irreparável, ao mesmo tempo que acolhe a justificativa apresentada baseada na prescindibilidade de realização de Ambiental de Área Sedimentar em razão de posterior obrigatoriedade de licenciamento ambiental. No caso, especificamente, a postura de deferência surge após um processo dialógico de consideração de riscos e razões.

No Supremo Tribunal, ainda, outros três julgados aparecem como relevantes exemplos de instrumentalização da teoria da deferência para mediação de controvérsias regulatórias. São eles: a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4874, julgada em 2018, e o Recurso Extraordinário 657718, julgado em 2019, sobre interesses da ANVISA, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5942, julgada em 2020, relaciona a matérias afetas à competência da ANP.

Em comum, qualificam-se como demandas regulatória judicializadas, mas não configuram litigância regulatória judicial, dado que as agências reguladoras não estão presentes nesses processos, nem ao menos como interessadas ou *amicus curiae*.

Em um breve resumo, a ADI 4874 trata sobre a proibição de importação e comercialização de produtos fumígenos contendo aditivos, matéria tratada pela Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da ANVISA 14/2002. O julgado avalia, especificamente, a competência normativa da ANVISA para edição de medida de regulação setorial sanitária; elenca requisitos para o exercício dessa prerrogativa, tais como obrigatoriedade de generalidade e abstração, caráter técnico, vinculação à política nacional de vigilância sanitária, à ordem constitucional e à legislação setorial; e ainda, confirma, *in concreto*, a validade da RDC 14/2012.

Nos autos desse processo, após requisição de informações, constam pronunciamentos da Presidência da República, do Senado Federal, do Advogado-Geral

da União e do Procurador-Geral da República. Ainda, foram admitidos como *Amicus Curiae* o Sindicato da Indústria do Tabaco no Estado da Bahia, o Sindicato Interestadual da Indústria do Tabaco, a Associação Mundial Antitabagismo e Antialcoolismo, a Associação de Controle do Tabagismo, Promoção da Saúde e dos Direitos Humanos, a Federação Nacional dos Trabalhadores da Indústria do Fumo e Afins e a Associação Brasileira da Indústria do Fumo.

O ponto de complexidade dos autos não envolve o rol de atores participando do feito, mas a incoerente ausência de manifestação da ANVISA em uma demanda que discute os limites do seu próprio poder normativo.

A situação se agrava quando se constata no inteiro teor do voto vencedor que são realizadas construções argumentativas relacionadas às capacidades institucionais da ANVISA que legitimam a deferência, em específico o “o papel de expressar os contornos técnicos, da configuração normativa pertinente ao controle do tabaco, sendo certo que não representa a RDC nº 14/2012 efetiva alteração do regime jurídico, senão a especificação de aspectos técnicos relacionados à composição dos produtos derivados do tabaco.” (BRASIL, 2018, p. 79)

O julgado, portanto, adota uma postura de deferência para um sujeito não participante do processo, apenas citado como um outro sem contribuição argumentativa efetiva. Além disso, define parâmetros vinculativos acerca da competência normativa da ANVISA quando esta instituição não está presente na demanda.

A ANVISA possui personalidade jurídica própria e, logicamente, as mesmas capacidades institucionais atribuídas à sua expressão técnica são capazes de legitimar sua apresentação como sujeito processual distinto.

A mesma situação repete-se no RE 657718 e na ADI 5942. No primeiro, novamente, são discutidas competências materiais da ANVISA, nesta ocasião, sua atribuição para registro de medicamentos. Este caso absorve o entrelaçamento entre políticas públicas e regulação setorial, uma vez que discute quando o Estado pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por meio de ordem judicial.

Discute-se, entre outros, a obrigatoriedade do registro do medicamento, a definição de mora irrazoável e a utilização do registro por agências reguladoras estrangeiras como substitutivas do processo nacional. Matérias, no entanto, apreciadas sem uma única manifestação da entidade responsável por regulação dessa área.

A ANIVSA permanece como um terceiro sem reconhecimento processual mesmo quando se analisa a deferência para suas decisões.

Tanto a importância do bem jurídico tutelado pela atuação da Anvisa (o direito à saúde), quanto o grau de complexidade e de preparação técnica exigido para a tomada de decisão sobre o registro de medicamentos recomendam uma menor intensidade da revisão jurisdicional e uma maior deferência em relação às decisões da agência reguladora. Ao determinar o uso, a fabricação, a comercialização e a importação de uma substância que não tem registro sanitário junto à agência reguladora nacional, porém, o Poder Judiciário está se sobrepondo à atuação da entidade competente, com evidente violação ao direito à saúde e ao princípio da separação de Poderes. (BRASIL, 2021b, p. 13-14)

O último caso analisado, a ADI 5942, julgado em 2020, com relatoria do Min. Luiz Fux, aborda as competências da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) para fixar os critérios adequados para cessão de direitos e obrigações relativos ao contrato de partilha de produção.

A deferência ao desenho normativo escolhido pelo poder público para contratações específicas de empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero baseia-se no caráter político e técnico do setor economicamente estratégico. (BRASIL, 2020c, p. 9)

No mesmo caminho processual dos outros casos citados, o julgado aborda as capacidades institucionais técnicas específicas da agência sem oportunizar o pronunciamento da instituição sobre as matérias afetas a sua área de competência.

O quadro acima, portanto, demonstra a utilização, no STF, da ideia de deferência como respeito pelos processos decisórios de outras instituições de forma abrangente. Neste Tribunal, a teoria da deferência encontra aplicação para uma série de instituições, o Congresso Nacional (CN), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), o Tribunal de Contas da União (TCU), a Administração Pública (AP) e, também, ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao próprio Supremo Tribunal Federal (STF).

Embora essas decisões não sejam expressivas numericamente, possuem um arcabouço argumentativo relevante para o aprofundamento de uma cultura de respeito às capacidades institucionais de diversas entidades, principalmente, quando conectadas com justificativas de superioridade técnica e expertise.

4.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO

A postura de deferência no judiciário brasileiro pode resultar de vários caminhos processuais e materiais. Explica-se: processualmente, como exemplo, a deferência pode

se originar de um julgamento que reconheça a ilegitimidade de determinado ator para questionar uma decisão regulatória ou a insuficiência de prova acerca de um erro de fato; materialmente, outras teorias além da deferência, como o controle de legalidade, controle de juridicidade ou “as questões políticas” podem resultar no mesmo produto, qual seja, a posição de autocontenção do judiciário.

Esta seção buscou nos portais de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal a utilização da expressão deferência/deferente para construir um quadro dos entendimentos jurisprudenciais mais significativos. A pesquisa retornou resultados diversos, exigindo um trabalho de avaliação caso a caso para triagem dos julgados adequados para avaliação da ideia de deferência como respeito pelas capacidades institucionais de corpos decisórios externos ao Poder Judiciário.

O cenário encontrado demonstra uma utilização mais expressiva do termo pelo STF quando comparado como o STJ. As razões para essa diferença podem começar a ser explicadas pela existência no STF de um Ministro especialmente interessado na instrumentalização da deferência como mecanismo de resolução de problema institucionais, o Min. Luiz Fux, responsável pela relatoria de mais da metade das decisões que acolhem essa perspectiva.

Interessante notar que antes de assumir a posição no STF, o Ministro Luis Fux fazia parte do quadro de Ministros do STJ, o que indica uma outra razão para essa diferença numérica, qual seja, o STJ possui como competência principal a uniformização da legislação federal, enquanto o STF cuida de matérias eminentemente constitucionais. Dessa distinção funcional, explica-se a utilização com mais abrangência da ideia de deferência pelo último por ser dotado da competência constitucional de mediação das controvérsias relacionadas com a separação dos poderes.

Além dessas duas conclusões, para finalizar, destaco dois pontos importantes da pesquisa. Primeiro, a expressa vinculação da aplicação da deferência nas Cortes de sobreposição brasileiras com elementos de superioridade epistemológica. Isso implica uma autocontenção do Judiciário para interferir em matérias com elevado grau de técnica e expertise diante da complexidade das consequências de uma intervenção indevida.

Segundo a avaliação dos casos conforme a taxonomia explicada no capítulo 3 da litigância regulatória, principalmente no aspecto objetivo relacionado ao interesse regulatório setorial, revelou julgados que abordavam demandas tipicamente

regulatórias, em alguns casos, havia inclusive a discussão de competências normativas e materiais das agências reguladoras, mas, incoerentemente, não eram oportunizados espaço de participação para essas instituições.

Essa constatação tensiona o aspecto central da deferência, qual seja, o respeito pelas capacidades institucionais das agências reguladoras, uma vez que o real reconhecimento de competências específicas para gerenciar temas complexos deveria ser acompanhado de direitos de participação nos processos judiciais que discutem esses objetos.

A seção, portanto, termina com duas perguntas:

1. até que ponto o Judiciário reconhece a independência das agências reguladoras com personalidade jurídica distinta dos entes políticos responsáveis por sua criação?
2. como o processo civil pode adequar seus mecanismos de participação de interessados para permitir o pronunciamento das agências reguladoras quando elas não são acionadas *ab initio* como partes em processos com matérias afetas as suas competências e com capacidade de limitar o exercício de suas atribuições?

CONCLUSÃO

- “Parai e respondei-me” – principia
- “Que intentais”? Quem vos guia nessa jornada?
Efeitos não temeis dessa ousadia?
- “Dama do céu, de tudo isso inteirada”
- Falou Virgílio – “disse-nos: - Avante!
Não longe fica a porta desejada.”¹¹³

Domingo. Sol. Entram em campo Brasil e Argentina, o clássico dos clássicos, a rivalidade do futebol mais conhecida no mundo. O planeta ainda caminha capenga com a presença da pandemia. Meu país, minhas regras. O jogo começa. Messi e Neymar se encaram. Um toque, dois toques, a bola para. Invasão de campo. Mas quem? Por quê? Que invasão estranha. Ninguém está correndo para abraçar algum jogador. Ninguém levanta uma bandeira de protesto. São só senhores de colete azul. Eles dizem: Acabou! Este jogo não pode ser realizado. Ordem da ANVISA. Um jogador grita: Vai ter sim, vou ligar para o Presidente. Outro fala baixo: meu tio é deputado, ele pode ajudar. O bandeirinha fica de joelhos e reza: STF, por favor, salvai-nos. Não adianta. O colete azul venceu.

Essa crônica baseada em diálogos fictícios remonta uma situação real e serve para ilustrar os pontos principais abordados por este trabalho. O primeiro deles é o empoderamento da administração e do modelo institucional das agências reguladoras explicados nos capítulos 1 e 2 por meio da Teoria do Estado Administrativo nos Estados Unidos e da absorção das premissas da administração gerencial no Brasil, aspectos trabalhados dialogicamente para encontrar pontos de conexão entre realidades distintas.

Sistematicamente, no primeiro capítulo, foram destacados dez pilares do Estado Administrativo: (i) unidade; (ii) flexibilidade, (iii) responsividade, (iv) delegação de competências; (v) discricionariedade administrativa; (vi) procedimentalização do agir administrativo; (vii) profissionalização; (viii) centralidade da expertise e da ciência; (ix) rede institucional colaborativa; e (x) métodos de controle.

Na segunda seção, mais preocupada com os desafios enfrentados pelo Brasil, demonstra-se como o quadro regulatório nacional depende em grande medida das

¹¹³ Dante Alighieri, A Divina Comédia, Purgatório, Canto IX.

construções culturais, de gestão e institucionais produzidas pela reforma administrativa do final do século XX.

A cultural buscava superar as raízes profundas do patrimonialismo, do clientelismo e do fisiologismo, enquanto a perspectiva de gestão perseguia a absorção de premissas da iniciativa privada apoiadas no método da qualidade total, isto é, no modelo de melhoria contínua dos processos e atividades governamentais orientados por uma relação de responsividade com o cidadão, seu principal cliente.

No plano institucional, entre outras iniciativas, ocorre a emergência das agências reguladoras como espaços descentralizados de poder, dotados autonomia funcional e financeira, certo grau de independência política, liberdade técnico-decisória e conjugação de poderes administrativos, normativos e adjudicativos. Esta é uma das zonas de conexão mais expressivas entre as experiências norte-americana e brasileira.

O segundo ponto de aproximação com a crônica acontece quando são destacadas as formas de controle das agências reguladoras e sua coordenação com outras instituições constitucionais.

A especialização das agências reguladoras e a tendência de se constituírem como instituições autôcentradas e autorreferenciadas exigem a criação de formas democráticas de contestação e revisão. Esta é a proposta do capítulo 3, isto é, reconhecer uma forma específica de controle caracterizada pela possibilidade de contestação, administrativa ou judicial, sobre determinado interesse regulatório (aspecto objetivo) entre agências reguladoras e regulados (aspecto subjetivo).

Esse mecanismo é chamado pelo estudo de litigância regulatória, encontrando legitimação no direito constitucional de petição, quando ocorre administrativamente, ou pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, caso a demanda ocorra na via judicial.

A litigância regulatória deve acontecer em um ambiente que respeite as capacidades institucionais das agências reguladoras, mas que não exclua, *a priori*, da *accountability* cidadã questões relevantes para toda a sociedade, seja pelo manto da técnica, seja por uma ideia limitada de separação dos poderes.

Utilizando, portanto, a litigância regulatória como instrumento de esclarecimento dos interesses e das partes envolvidas na disputa, o presente trabalho encontra-se municiado com elementos para analisar um tópico específico no universo da litigância regulatória judicial: a aplicação da deferência pelos tribunais superiores de sobreposição (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal).

Os resultados encontrados apontam para as seguintes considerações: (a) a utilização do termo deferência ocorre com mais intensidade no STF (64) quando comparado com o STJ (4); (b) o STF utiliza a expressão para aderir a uma postura de autocontenção em relação a diferentes instituições, marcadamente, ao poder legislativo, enquanto a utilização no STJ encontra vinculação com as atividades da administração pública, incluindo, as agências reguladoras; (c) entre os representantes do STF, o Min. Luiz Fux destaca-se pela utilização da locução como instrumento argumentativo, sendo responsável por mais da metade de todas as ocorrências pesquisadas; (d) quando os resultados são filtrados para investigar o uso da deferência para resolução de controvérsias regulatórias, percebe-se a íntima vinculação do termo com as capacidades epistemológicas dos outros corpos decisórios, demonstrando uma facilidade de absorção da postura de deferência quando são evidenciadas razões técnicas para justificar determinada decisão; e (e) por fim, como um resultado inesperado, constatou-se que algumas demandas regulatórias judicializadas proferidas com fundamentos na deferências às capacidades institucionais das agências reguladoras foram julgadas sem a participação ou manifestação das próprias agências.

Até esse ponto, espera-se que o estudo seja reconhecido como uma contribuição para as pesquisas em regulação pela apresentação da taxonomia da litigância regulatória, podendo funcionar, posteriormente, como instrumento de trabalho para juízes, advogados e comunidade interessada. Ainda, no ponto que analisa a deferência, aspira que, mesmo diante das limitações quantitativas, o estudo possa trazer luz para as práticas decisórias em evolução sobre a matéria.

Para finalizar, mesmo reconhecendo o caráter fortuito da constatação, um estudo que pretendia analisar a interação entre regulador, regulado e judiciário, especificamente, tratando esse diálogo como instrumento de *accountability* das agências reguladoras, acabou encontrando situações nas quais discussões sobre interesses regulatórios substantivos são processadas sem a presença dessas instituições.

Esta situação combinada com as discussões do trabalho fabrica a seguinte pergunta: a aplicação da deferência em relação às agências reguladoras exige a presença dessas instituições no processo?

Se forem absorvidas as premissas anteriores sobre o compromisso de *accountability* da litigância regulatória e a natureza substancial da jurisdição encarregada da construção de um espaço de espaço de discutibilidade de questões democraticamente relevantes, a resposta caminha para que a participação da agência

reguladora funcione como uma condição para a adoção da posição de deferência. Contudo, reconhece-se que essa análise requer estudos posteriores, principalmente, diante da conexão com elementos do processo civil.

A nota final deste trabalho contenta-se com a fixação de uma visão mais simples, mesmo que desafiadora: a concretização de direitos mediada por dinâmicas regulatórias pressiona elementos democráticos; a conexão entre direito, ciência e política cobra o seu preço, principalmente, na imposição de adaptações materiais e procedimentais em todas as esferas que toca.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRUCIO, F. L. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: Um breve estudo sobre a experiência internacional recente.** Cadernos ENAP, n. 10, 1997, p. 1–52.
- ABRUCIO, F. L.; LOUREIRO, M. R. **Burocracia e ordem democrática : desafios contemporâneos e experiência brasileira.** Burocracia e Políticas Públicas no Brasil, 2018, p. 23–57.
- ALMEIDA, M. V.; OLIVEIRA, B. S. J. DE M. **Estado Administrativo Norte-Americano e Covid-19: contexto e perspectivas.** Rei - Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 3, p. 878–903, 2020.
- ARAGÃO, A. **Curso de Direito Administrativo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.
- ARANHA, M. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório.** 4. ed. Londres: Laccademia Publishing Limited, 2018.
- ARENHART, S. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão.** Revista de Processo Comparado, v. 1, n. 2, 2015, p. 211–229.
- BAMBERGER, K. **Regulation as Delegation: Private Firms, Decisionmaking, and accountability in the Administrative State.** Duke Law Journal, v. 56, n. 2, 2006, p. 377–468.
- BARROSO, L. R. **Agencias reguladoras: Constituição, Transformacoes do Estado e Legitimidade Democratica.** Revista de Direito Administrativo, v. 229, 2002, p. 285–311.
- BELL, J. **Judicial Review in the Administrative State.** In: POORTER, J. DE; BALLIN, E. H.; LAVRIJSEN, S. (Orgs.). *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State.* The Hague: T.M.C. Asser Press, 2019. p. 3–26.
- BERNSTEIN, A. **Differentiating Deference.** Yale Journal on Regulation, v. 33, n. 1, 2016, p. 1–54.
- BINENBOJM, G. **Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil.** Revista Direito Administrativo, 2005, p. 147–165.
- BLANCHET, L.; BACELLAR, R. **Desafios do direito administrativo no estado**

regulador. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v. 12, n. 3, 2017, p. 1125–1153.

BORDENAVE, J. E. D. **O que é Participação?** São Paulo: Editora Brasiliense, 1983.

BRANDSMA, G. J.; ADRIAENSEN, J. **The Principal–Agent Model, Accountability and Democratic Legitimacy.** Palgrave Studies in European Union Politics, 2017, p. 35–54.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1577184.** Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902634860&dt_publicacao=27/02/2020. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar nº 13103.** Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 2007. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701835056&dt_publicacao=14/08/2007. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1171688.** Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200902425347&dt_publicacao=23/06/2010. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1794629.** Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 2020b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900271706&dt_publicacao=10/03/2020. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Suspensão de Liminar 2240.** Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700112085&dt_publicacao=20/06/2017. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental nº 825.** Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758378888>. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Direta de Inconstitucionalidade nº**

4066. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 2017b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452232>.

Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Direta de Inconstitucionalidade nº 4874.** Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 2018. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749049101>. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Direta de Inconstitucionalidade nº 5062.** Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13065371>.

Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Direta de Inconstitucionalidade nº 5942.** Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 2020c. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754987820>. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Direta de Inconstitucionalidade nº 6696.** Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=75866636>.

Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 657718.** Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 2021b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>.

Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 993585.** Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 2019b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750060810>.

Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1070522.** Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 2021c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755966236>.

Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1083955**. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 2019c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750040942>.

Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar nº 1425**. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 2021d. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756026047>.

. Acesso em: 20 maio 2022.

BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CAMARGO, A. R.; CABRAL, D. **Guia da Administração Brasileira: Império e Governo provisório (1822-1891)**. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2017.

CARVALHO, E. R. DE. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Revista de Sociologia e Política, n. 23, , 2004, p. 127–139.

CASAGRANDE FILHO, A. **Estado Regulador e Controle Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CASTRO, M. **O Supremo Tribunal Federal e Judicialização da Política**. XX Encontro Anual da ANPOCS, 1996, p. 1–19.

CASTRO, R. P. A. DE; FIGUEROA, R. O. **Breve ensaio sobre o consensualismo na Administração Pública e o contraponto entre o modelo burocrático e responsável (“gerencial”)**. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 13, n. 51, 2013, p. 187–202.

CHAYES, A. **The Role of The Judge in Public Law Litigation**. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, 1976, p. 1281–1316.

FORTINI, C.; WANDERLEY, M. **Lei Federal no 13.848/2019: A Lei Geral das Agências Reguladoras (artigos 1o ao 3o da Lei no 13.848/2019)**. In: SCHIER, A. D. C. R. et al. (Eds.). . Marco Legal das Agências Reguladoras na Visão Delas: Comentários à Lei no 13.848/2019 e à IN no 97/2020. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021. p. 21–42.

CUÉLLAR, L. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte:

Editora Fórum, 2008.

CUMMINGS, S. L.; RHODE, D. L. **Public Interest Litigation: Insights from Theory and Practice.** Fordham Urban Law Journal, v. 36, n. 4, 2009, p. 603–651.

DA COSTA, F. L. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas.** Revista de Administração Pública, v. 42, n. 5, 2008, p. 829–874.

DA CUNHA, M. F. L. **Breves considerações sobre a noa Lei Geral das Agências Reguladoras: principais aspectos e inovações.** Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, v. XXIII, n. 78, 2019, p. 79–85.

DALLEDONE, R.; MOREIRA, E. **O Supremo Tribunal Federal, a LINDB e as regras de experiência técnica: considerações sobre prognoses judiciais no âmbito regulatório.** Revista de processo, v. 45, n. 31, 2020, p. 333–346.

DAVIS, K. C. **A New Approach to Delegation.** The University of Chicago Law Review, v. 36, n. 4, 1969, p. 713.

DE MEDEIROS, A. K.; CRANTSCHANINOV, T. I.; DA SILVA, F. C. **Estudos sobre accountability no Brasil: Meta-análise de periódicos brasileiros das áreas de administração, administração pública, ciência política e ciências sociais.** Revista de Administracao Publica, v. 47, n. 3, 2013, p. 745–775.

DE OLIVEIRA, B.; MIOTTO, M.; BRAGA, F. **Análise de Impacto Regulatório e a busca pela eficiência da produção de lei em sentido estrito.** Constituição, Economia E Desenvolvimento: Revista Eletrônica Da Academia Brasileira De Direito Constitucional, v. 13, n. 25, 2021, p. 82–110.

DENVIR, J. **Towards a Political Theory of Public Interest Litigation.** North Carolina Law Review, v. 54, n. 6, p. 1133–1160, 1976.

DI PIETRO, M. S. Z. **Participação Popular na Administração Pública.** Revista de Direito Administrativo, v. 191, 1993, p. 26–39.

DI PIETRO, M. S. Z. **Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade.** In: Direito Regulatório: Temas polêmicos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003. p. 27–60.

DI PIETRO, M. S. Z. **Inovações no Direito Administrativo Brasileiro.** Revista

Opinião Jurídica, v. 05, n. 03, 2005, p. 202–221.

DI PIETRO, M. S. Z. **Limites da utilização de princípios do processo judicial no processo administrativo.** Fórum Administrativo – FA, v. 13, n. 147, 2013, p. 44–60.

DIMOCK, M. E. **The Study of Administration.** The American Political Science Review, v. 31, n. 1, p. 28–40, 1937.

ELMAN, P. **A Note on Administrative Adjudication.** The Yale Law Journal, v. 74, n. 4, 1965, p. 652-656.

FIGUEIREDO, M. **Poder Regulatório: Ficção ou Realidade Jurídica? A experiência estrangeira.** In: As Agências Reguladoras: O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 196–204.

FILIPPIN, M.; AZEVEDO, A. **A relação entre Administração e Política: revisão dos debates e proposição preliminar.** IV Congresso Brasileiro de Estudos Organizacionais, 2016, p. 1-6.

FOUCAULT, M. **Nascimento da Biopolítica.** São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOWKES, J. **Civil Procedure in Public Interest Litigation: Tradition, Collaboration and the Managerial Judge.** Cambridge Journal of International and Comparative Law, v. 1, n. 3, 2012, p. 235–253.

FRAZÃO, A. **Liberdade de Iniciativa e “livres mercados”: os pressupostos econômicos e jurídicos para uma economia de mercado realmente livre.** In: PACHECO, O.; RODRIGUES, P.; ALVES, R. P. (Orgs.). A Constituição por Elas: A interpretação Constitucional sob a Óticas das Mulheres. São Paulo: Editora Uninove, 2021a. p. 2453–2474.

FRAZÃO, A. **Perspectivas das Análises de Impacto Regulatório (AIRs) no Brasil As exceções e os riscos da desconsideração dos impactos sociais e ambientais.** JOTA, 17 fev. 2021b.

FRENCH, R. D. **Is it time to give up on evidence-based policy? Four answers.** Policy & Politics, v. 47, n. 1, 2019, p. 151–168.

FRIEDMAN, L. **Legal Culture and the Welfare State.** In: TEUBNER, G. (Ed.). Dilemmas of Law in the Welfare State. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1988. p. 13–

27.

GAILMARD, S. **Accountability and Principal–Agent Theory**. In: BOVENS, M.; GOODIN, R. E.; SCHILLEMANS, T. (Eds.). *The Oxford Handbook of Public Accountability*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 90–105.

GARGARELLA, R. **Interpretation and Democratic Dialogue**. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 60, n. 2, 2015, p. 41–65.

GELLHORN, W. **The Administrative Procedure Act: The Beginnings**. *Virginia Law Review*, v. 72, n. 2, 1986, p. 219–233.

GLAESER, E. L.; SHLEIFER, A. **The Rise of the Regulatory State**. *Journal of Economic Literature*, v. 41, n. 2, 2003, p. 401–425.

GOOCH, D. M.; WOFFORD, P. E. **Is Neutrality a Feature or a Bug? Delegation, Discretion, and the Democratic Implications of Administrative Law in a Polarized Institutional Environment**. *Administrative Theory & Praxis*, v. 39, n. 4, 2017, p. 292–312.

GOODNOW, F. **Politics and Administration: a Study in Government**. New York: Macmillan Co., 1900.

GRAU, E. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GREEN, L. **The Administrative Process**. *American Bar Association Journal*, v. 21, n. 11, 1935, p. 708–712.

GROTTI, D. A. M. **As Agências Reguladoras**. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, ano 2, n. 4, 2004, 1-33.

GUALANO, M.; DALLEDONE, R. **Diálogos institucionais: Possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella**. *RIL Brasília*, ano 59, v. 233, p. 117–133, 2022.

GUERRA, S. **Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo?** *Revista Direito GV*, v. 7, n. 1, 2011, p. 131–152.

GUERREIRO, C.; ALMEIDA, R. DE. **Negacionismo religioso: Bolsonaro e lideranças evangélicas na pandemia Covid-19**. *Religião & Sociedade*, v. 41, n. 2, 2021, p. 49–74.

GUIMARÃES, F. V. **Procedimento e função regulatória de serviços públicos no Estado pós-social**. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, 2002, p. 93–106.

GUIMARÃES, L. **Comentários sobre a Lei Geral de Agências Reguladoras**. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, v. 18, n. 70, 2020, p. 85–115.

GULICK, L. **Politics, Administration, and the “New Deal”**. The Annals of the American Academy of Political and Social Science, v. 169, 1933, p. 55–66.

HABERMAS, J. **Técnica e ciência como “ideologia”**. 1. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2014.

HAMBURGER, P. **Is Administrative Law Unlawful**. Chicago: University of Chicago Press, 2015.

HERRING, P. **Public Administration and the Public Interest**. New York: Russel & Russel, 1936.

HEY MELO, J. A. DE M.; SCHIER, A. DA C. R. **O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito**. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 17, n. 69, 2017, p. 127–147.

HICKMAN, K.; NIELSON, A. **The Furure of Chevron Deference**. Duke Law Journal, v. 70, n. 1015, p. 1015–1024, 2021.

HICKS, D. **The Promise(s) of Deliberative Democracy**. Rhetoric & Public Affairs, v. 5, n. 2, 2002, p. 223–260.

HIRSCHL, R. **The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide**. Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006, p. 721–753.

HIRSCHL, R. **Rumo à Juristocracia: As Origens e Conseqüências do Novo Constitucionalismo**. Campinas: Editora EDA, 2020.

HORWITZ, P. **Three Facts of Deference**. Notre Dame Law Review, v. 83, n. 3, 2008, p. 1061–1146.

HYDE, A. C. **The Proverb of Total Quality Management: Recharting the Path to Quality Improvement in the Public Sector**. Public Productivity & Management Review, v. 16, n. 1, p. 25–37, 1992.

JOLLS, C.; SUNSTEIN, C. R. **The law of implicit bias**. California Law Review, v.

94, n. 4, p. 969–996, 2006.

JUSTEN FILHO, M. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KERSCH, K. I. **The Gilded Age through the Progressive Era**. In: TUSHNET, M.; GRABER, M. A.; LEVINSON, S. (Eds.). *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*. New York: Oxford University Press, 2015. p. 69–90.

KOOP, C. **Explaining the accountability of independent agencies: The importance of political salience**. *Journal of Public Policy*, v. 31, n. 2, 2011, p. 209–234.

LARKIN, P. J. **Reawakening the congressional review act**. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 41, n. 1, 2018, p. 187–252.

LEITÃO, R.; GOUVEIA, A. **Escolha regulatória, controle judicial e a nova LINDB**. *Revista de Direito Administrativo*, v. 278, n. 2, 2019, p. 97–130.

LEVIN, R. M. **The Regulatory Accountability Act and the Future of APA Revision**. *Chicago-Kent Law Review*, v. 94, n. 2, 2019, p. 487–549.

LOIS, C. C.; MARQUES, G. L. **A Desconstrução Semântica da Supremacia Judicial e a Necessária Afirmação do Judicial Review: uma análise a partir da democracia deliberativa de Habermas e Nino**. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 34, n. 66, 2013, p. 113–136.

LOPES, O. DE A. **Fundamentos da Regulação**. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

MACEDO JUNIOR, R. **Ensaio de Teoria do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACIEL, D.; KOERNER, A. **Sentidos Da Judicialização Da Política: Duas Análises a Judicialização e Seus Significados**. *Lua Nova*, v. 57, 2002, p. 113–133.

MAGGETTI, M.; INGOLD, K.; VARONE, F. **Having your cake and eating it, too: Can regulatory agencies be both independent and accountable?** *Swiss Political Science Review*, v. 19, n. 1, p. 1–25, 2013.

MARINI, J. **Unmasking the administrative state: The Crisis of American Politics in the Twenty-First Century**. New York: Encounter Books, 2019.

MARTINS-FILHO, P. R.; BARBERIA, L. G. **The unjustified and politicized battle against vaccination of children and adolescents in Brazil**. *The Lancet Regional Health - Americas*, v. 8, 2022, p. 1–3.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 21 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

MEDAUAR, O. **A Processualidade no Direito Administrativo**. 3 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.

MEIRELLES, F.; OLIVA, R. **Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil**. *Revista de Administração Pública*, v. 40, n. 4, 2006, p. 545–565.

MERRY, S. E. **Measuring the world indicators, human rights, and global governance**. *Current Anthropology*, v. 52, n. 3, 2011, p. 83–95.

METZGER, G. E. **Foreword: 1930s redux: The administrative state under siege**. *Havard Law Review*, v. 131, n. 1, p. 2-95.

MEYER, T. **Federalismo e accountability: procuradores gerais estaduais, litigância regulatória e o novo federalismo**. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, v. 5, n. 19, p. 219–260, 2011.

MILLER, G. P. **Independent Agencies**. *The Supreme Court Review*, p. 41–97, 1986.

MIRANDA, J. **Os direitos fundamentais - sua dimensão individual e social**. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 1, 1992.

MORAES, D. M. **A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça: uma análise sobre o Direito Processual Civil, o Poder Judiciário e o Observatório da Justiça Brasileira**. Tese de Doutorado. Brasília: Universidade de Brasília, 2014.

MORE, T. **Utopia**. Jandira: Principis, 2021.

MOREIRA NETO, D. **Coordenação gerencial na Administração Pública**. *Revista de Direito Administrativo*, v. 214, 1998, p. 35–53.

MOREIRA NETO, D. **Reinstitucionalização da ordem econômica no processo de globalização**. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 5, n. 18, 1997, p. 35–53, p. 135-144.

MORRISON, A. B. **How Independent Are Independent Regulatory Agencies?** *Duke Law Journal*, n. 2/3, 1988, p. 252–256.

NESTI, G. **Strengthening the accountability of independent regulatory agencies: From performance back to democracy democracy**. *Comparative European Politics*,

v. 16, n. 3, 2018, p. 464–481.

NOBRE, M.; RODRIGUES, J. **“Judicialização da política”: déficits explicativos e bloqueios normativistas.** *Novos estudos*, v. 91, 2011, p. 5–20.

OLIVEIRA, G. **Participação Administrativa.** *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. Ano 5, n. 20, 2005a, p. 167/184.

OLIVEIRA, V. **Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?** *Dados*, v. 48, n. 3, 2005b, p. 559–686.

OLIVEIRA, R. **O modelo norte-americano de agências reguladoras e sua recepção pelo direito brasileiro.** *Revista EMERJ*, v. 12, n. 2, p. 46–47, 2009.

OLIVEIRA, R. C. R. **Agências reguladoras, diálogos institucionais e controle.** *Revista de Direito Público da Economia*, v. 13, n. 49, 2015, p. 159–189.

OSBORN, D.; GAEBLER, T. **Reinventando o governo. Trad. de Sérgio Fernando Guarischi Bath e Ewandro Magalhães Jr.** 5. ed. Brasília: MH Comunicações, 1995.

PEIXOTO, A. **O substantivo devido processo legal e o direito regulatório (deslegalização e o acesso à justiça).** In: *Acesso à justiça: segunda série.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 31–44.

PEREIRA, L. C. B. **Da administração pública burocrática à gerencial.** *Revista do Serviço Público*, v. 120, n. 1, 1996, p. 7–40.

PEREIRA, L. C. B. **A reforma gerencial do Estado de 1995.** *Revista de Administração Pública*, v. 34, n. 4, 2002, p. 7–26.

PEREIRA NETO, C.; LANCIERI, F.; ADAM, M. **O diálogo institucional das agências reguladoras com os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma proposta de sistematização.** In: SUNDLED, C. A.; ROSILHO, A. (Orgs.). **Direito da regulação e políticas públicas.** São Paulo: Editora Malheiros, 2014. p. 140–185.

PINHO, J. A. G. DE; SACRAMENTO, A. R. S. **Accountability: já podemos traduzi-la para o português?** *Revista de Administração Pública*, v. 43, n. 6, p. 1343–1368, 2009.

PINTO, P. D. **Melhores Resultados Regulatórios no Diálogo entre as Agências Reguladoras e o Tribunal de Contas da União.** *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília: Escola de Direito*, v. 8, n. 2, p. 189–242, 2014.

- PLATÃO. Livro X. In: **A República**. Jandira: Principis, 2021.
- PÓ, M. V.; ABRUCIO, F. L. **Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças**. *Revista de Administração Pública*, v. 40, n. 4, 2006, p. 679–698.
- POSNER, E. A.; VERMEULE, A. **Interring the nondelegation doctrine**. *University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 4, 2002, p. 1721–1762.
- POSNER, E.; VERMEULE, A. **The Executive Unbound: After the Madisonian Republic**. New York: Oxford University Press, 2010.
- QUEIROZ, J. E. L.; DOS SANTOS, M. W. B. **O Setor Público**. In: *Curso de Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 129–300.
- ROCHA, M. V. R. DA. **Cooperação Interinstitucional e Relações Federativas Na Regulação De Setores De Infraestrutura**. *Anais III Fórum Brasileiro de Pós-Graduação em Ciência Política – UFPR*, 2013, p. 1–14.
- ROSENBLOOM, D.; MCCURDY, H. **Revisiting Waldo’s administrative state: constancy and change in public administration**. Washington: Georgetown University Press, 2006.
- RUBIN, E. **The myth of accountability and the anti-administrative impulse**. *Michigan Law Review*, v. 103, n. 8, 2005, p. 2073–2136.
- SALGADO, G. **Fiscais e Meirinhos: A Administração no Brasil Colonial**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.
- SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SCHREFLER, L. **The Usage of Scientific Knowledge by Independent Regulatory Agencies**. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, v. 23, n. 2, 2010, p. 309–330.
- SECCHI, L. **Modelos organizacionais e reformas da administração pública**. *Revista de Administração Pública*, v. 43, n. 2, 2009, p. 347–369.
- SECCHI, L. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise e casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.
- SEIDENFELD, M. **The Limits of Deliberation About the Public’s Values**. Michigan

Law Review, v. 119, n. 6, 2021, p. 1111–1136.

SERAFIM, L. **Controle social nas agências reguladoras brasileiras: entre projetos políticos e modelo institucional.** Revista Eletrônica de Ciências Sociais, v. 5, 2007, p. 202-221.

SILVA, C. S. **Legalidade e Regulação.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

SILVA, C. A. DA; NELSON, R. A. R. **Agências reguladoras e evolução estatal – Uma análise temporal do papel do Estado no setor econômico.** A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 13, n. 51, 2013, p. 251–273.

SILVA, C. F. DA. **Accountability e controle social.** 8º Congresso Nacional da Administração Pública: Desafios e Soluções, 2011, p. 138–150.

SILVA, J. A. DA; GUIMARÃES, T. A. **Agências reguladoras e tribunais: inter-relações entre Administração e Justiça.** Cadernos EBAPE.BR, v. 18, n. 3, 2020, p. 512–524.

STACK, K. M. **The constitutional foundations of Chenery.** Yale Law Journal, v. 116, n. 5, 2007, p. 952–1071.

STONE, F. F. **An Introduction to the Administrative Process.** University of Miami Law Review, v. 6, n. 3, 1952, p. 281-298.

SUNDFELD, C. A. **Introdução às Agências Reguladoras.** In: Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p. 17–38.

SUNSTEIN, C. R. The Limits of quantification. **California Law Review**, v. 102, n. 6, p. 1369–1422, 2014.

SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. **Law & Leviathan: redeeming the administrative state.** Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2020.

TATE, N.; VALLINDER, T. **The Expansion of Judicial Global Power.** New York: New York University Press, 1995.

TEMER, S. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação.** 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

THALER, R. **Misbehaving: a construção da economia comportamental.** 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

THALER, R.; SUSTEIN, C. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre dinheiro, saúde e felicidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

TÜRNER, C.; PRADO, M. **A democracia e o seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF**. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, 2009, p. 27-74.

TUSHNET, M. et al. **Delegation, Accommodation, and the Permeability of Constitutional and Ordinary Law**. In: TUSHNET, M.; GRABER, M. A.; LEVINSON, S. (Eds.). *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*. New York: Oxford University Press, 2015.

VALLE, V. **Deferência para com as escolhas administrativas precedidas do devido planejamento: um critério para controle judicial**. In: ALBUQUERQUE, F.; CASIMIRO, L.; MARIANO, C.; (Orgs.). *Direito Administrativo e Tutela Jurídica dos Direitos Fundamentais*. Curitiba: Íthala, 2019, p. 402–425.

VALLE, V. **Planejamento na Função Regulatória e Deferência Judicial (artigos 17 a 21 da Lei nº 13.848/2019)**. In: *Marco Legal das Agências Reguladoras na Visão Delas: Comentários à Lei nº 13.848/2019 e à IN nº 97/2020*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021, p. 131–154.

VERAS, V. P. M.; ARAUJO, V. S. DE. **A lei da liberdade econômica e os novos paradigmas da intervenção do estado no domínio econômico**. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura - RDAI*, v. 5, n. 16, 2021, p. 59–82.

VERMEULE, A. **The Administrative State: Law, Democracy, and Knowledge**. In: *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*. TUSHNET, M. et al (Eds.). New York: Oxford University Press, 2015, p. 259–282.

VERMEULE, A. **Law's abnegation : from law's empire to the administrative state**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

VERMEULE, A. **Bureaucracy and Distrust: Landis, Jaffe, and Kagan on the Administrative State**. *Harvard Law Review*, v. 130, n. 9, 2017, p. 2463–2488.

VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B.; SALLES, P. M. **Dezessete anos de judicialização da política**. *Tempo Social*, v. 19, n. 2, 2007, p. 39–85.

VISCUSI, W. K. **Regulation through Litigation**. Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002.

VITORELLI, E. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

WALDO, D. **The Administrative State: A study of the political theory of american public administration**. New York: The Ronald Press Company, 1948.

WANG, X. **PAR-citizen part and trust**. *Public Administration Review*, 2007, p. 265–277.

WEBER, M. **Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva**. Volume 2. São Paulo: Editora UnB, 2004.

WILLEMANN, F. **Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras por Ato de Regulação Judicante**. In: *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 217–236.

WILSON, W. **The Study of Administration**. *Political Science Quarterly*, v. 2, n. 2, 1887, p. 197–222.