

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

João Pedro Mallmann Mundstock

**O DEVER DE DEFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DOS  
ATOS ADMINISTRATIVO-REGULATÓRIOS DE ALTA  
COMPLEXIDADE TÉCNICA**

Porto Alegre

2022

João Pedro Mallmann Mundstock

**O DEVER DE DEFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DOS  
ATOS ADMINISTRATIVO-REGULATÓRIOS DE ALTA  
COMPLEXIDADE TÉCNICA**

Trabalho de Conclusão do Curso apresentado  
como requisito parcial para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito da Universidade Federal do Rio  
Grande do Sul.

Orientador(a): Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

Porto Alegre

2022

### CIP - Catalogação na Publicação

Mundstock, João Pedro Mallmann

O Dever de Deferência do Poder Judiciário diante dos Atos Administrativo-Regulatórios de Alta Complexidade Técnica / João Pedro Mallmann Mundstock.

-- 2022.

115 f.

Orientador: Rafael da Cás Maffini.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Porto Alegre, BR-RS, 2022.

1. Deferência. 2. Agências Reguladoras. 3. Controle Jurisdicional da Administração Pública. 4. Regulação. 5. Ato Administrativo. I. Maffini, Rafael da Cás, orient. II. Título.

João Pedro Mallmann Mundstock

**O DEVER DE DEFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DOS ATOS  
ADMINISTRATIVO-REGULATÓRIOS DE ALTA COMPLEXIDADE TÉCNICA**

Aprovado em 05 de outubro de 2022

**Banca Examinadora:**

---

Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini  
Orientador  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

---

Prof. Dr. Lúcio Antônio Machado Almeida  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

---

Prof<sup>a</sup>. Denise Manoela da Cás  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

## AGRADECIMENTOS

Este trabalho marca o resultado de uma trajetória que se iniciou no segundo semestre de 2017, quando pela primeira vez atravessei as portas do Castelinho. Se a jornada e quem conhecemos nela se tornam parte de quem somos, tenho muito a agradecer.

Os primeiros agradecimentos vão aos meus pais, Luiz Eduardo e Fabiana, pela constância da família e apoio incondicional ao longo dos anos. Ao meu pai, agradeço o grande exemplo e as sábias orientações. À minha mãe, o carinho e afeto de todos os dias. Às minhas irmãs, Victória e Marcela, por todos os momentos em família. Como eu poderia agradecer por tanto só com palavras?

À minha avó Maria, tia Suzana e prima Fernanda, pelo entusiasmo sempre tão grande com a minha faculdade e formatura – que muitas vezes excedia o meu próprio. *In memoriam*, ao meu avô Hildor, que tantas décadas me precedeu nesta Casa.

À minha querida avó Norma (02.01.1939 – 29.07.2022), a cuja memória dedico o presente trabalho, como pequena compensação por não ter conseguido me tornar, ainda em sua vida, o bacharel em Direito que ela sempre sonhou que eu fosse. Na expectativa de que não esteja muito longe, expresso gratidão pelas lembranças felizes da infância e juventude, e muitas saudades.

Aos meus grandes amigos Leonardo Flach Aurvalle e Gabriel Büttenbender Galetto, por todos os anos juntos, por todas as conversas e pelo laço de estima que nos une. Um agradecimento especial ao Gabriel Vieira da Cunha Cardoso, pelo empréstimo de materiais que tornaram possível a feitura deste trabalho.

Às minhas amigas e colegas Laura Müller Meireles Assumpção e Giovanna Nejar de Freitas Xavier, pelo companheirismo durante toda a graduação, entre trabalhos, provas e estudos.

Ao meu orientador, Professor Rafael da Cás Maffini, com quem tive o prazer e o privilégio de cursar a disciplina de Direito Administrativo da Regulação no decorrer deste trabalho, pela indispensável instrução, pelas conversas esclarecedoras e pelas excelentes aulas, que permeiam várias destas páginas.

Por fim, à universidade pública e ao Estado Democrático de Direito, sempre.

Desde que se trata de combinar poderes diferentes confiados a pessoas diversas, a existência de um centro de ação reguladora, de um grande mediador que previna os choques violentos, que neutralize as tendências funestas, que evite a anarquia ou a paz silenciosa da opressão, apresenta-se logo ao espírito como um meio lógico indeclinável, e como uma necessidade imprescritível da prática; de maneira que, [...] se esse mediador não existisse pela natureza das coisas, seria preciso criá-lo com a lei.

– Antônio Augusto Borges de Medeiros, *O Poder Moderador na República Presidencial*, 1933, p. 73.

## RESUMO

O presente trabalho versa sobre a questão da deferência a ser prestada pelo Poder Judiciário no contexto do controle judicial das decisões de alta complexidade técnica na regulação da economia, em especial aquelas tomadas pelas agências reguladoras e independentes. A temática se insere entre a dinâmica regulatória e a respectiva forma de controlar atos administrativos qualificados por conteúdo e efeitos que o julgador não está institucionalmente apto a avaliar. A hipótese suscitada é de que a deferência constituiria uma postura do Judiciário quanto à apreciação dos aspectos formais e substanciais do ato administrativo-regulatório, e que se deve respeitar e manter a decisão da agência quando preenchidos os critérios de legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, sendo vedado ao julgador substituir-se ao administrador no que diz respeito ao mérito administrativo. Para estudá-la, parte-se para uma análise de caso em que o Supremo Tribunal Federal (STF) deferiu à uma decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) sobre a imposição de penalidades por infração à legislação antitruste. O resultado da pesquisa conclui que a complexidade técnica da matéria é um fator determinante para a deferir à agência reguladora.

**Palavras-chave:** Deferência. Agências Reguladoras. Controle Jurisdicional da Administração Pública. Regulação. Ato Administrativo. Mérito Administrativo.

## **ABSTRACT**

This work aims to study the question of deference by the Courts in the context of the judicial review of decisions of high technical complexity, especially those made by independent and regulatory agencies. The theme is inserted between the regulatory dynamic and the respective way of controlling administrative action marked by content and effects that the judge is not institutionally apt to evaluate. The hypothesis is that deference constitutes an approach from the Courts in the judgement of the formal and substantive aspects of the administrative-regulatory action, and that the agency's decision should be respected and upheld when the criteria of legality, reasonableness, and proportionality are fulfilled, it being prohibited for the judge to replace the administrator with regards to the administrative merit. To study it, a case will be analyzed in which the Federal Supreme Court (STF) deferred to the Administrative Council of Economic Defense (Cade) regarding the imposition of penalties for breaching antitrust law. The research concludes that the technical complexity of the matter is a determining factor to defer to the regulatory agency.

**Keywords:** Deference. Regulatory Agencies. Judicial Review of the Public Administration. Regulation. Administrative Action. Administrative Merit.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANP – Agência Nacional do Petróleo e Gás Natural

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

APA – *Administrative Procedure Act*

Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CTN – Código Tributário Nacional

LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro

Min. – Ministro do Supremo Tribunal Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

TRF1 – Tribunal Regional Federal da 1ª Região

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO .....	15
2	TEORIA GERAL DA DEFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE ATOS ADMINISTRATIVO-REGULATÓRIOS.....	24
2.1	O ESTADO REGULADOR .....	24
2.1.1	A Regulação e o Estado Regulador .....	28
2.1.2	Poder de Polícia na Regulação .....	34
2.1.3	As Agências Reguladoras .....	40
2.2	O CONTROLE JURISDICIONAL DA REGULAÇÃO .....	50
2.2.1	Controle da Legalidade e Mérito Administrativo .....	51
2.2.2	Controle Jurisdicional Sistemático.....	55
2.2.3	Relações Tendenciais e Intensidade do Controle .....	62
2.3	O DEVER DE DEFERÊNCIA .....	71
2.3.1	Deferência em Questões Tecnicamente Complexas .....	76
2.3.2	<i>Judicial Review, Binding Deference, Chevron Doctrine</i> .....	83
2.3.3	A Deferência Enquanto Postura Judicial.....	90
3	ANÁLISE DE CASO: O RE 1.083.955 AGR/DF .....	98
4	CONCLUSÃO.....	110
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	114

## 1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento da complexificação da economia e da sociedade tornou imperativo repensar o modo de atuação do Estado diante de uma nova realidade de globalização e marcha incessante de inovação. Muito rapidamente constatou-se que os modelos tradicionais de intervenção estatal nessas áreas não seriam suficientes para atender as demandas e anseios oriundos do modo de produção capitalista em evolução. Como não poderia deixar de ser, a Administração Pública foi conclamada a agir e teve de se reformar para estar à altura do desafio e, conjuntamente, o Direito também precisou se readequar. A tarefa permanece em execução, porque as forças desse fenômeno não se exauriram e continuam a alterar os paradigmas socioeconômico-jurídicos, e não se vislumbra no horizonte o fim das mudanças que ainda provocam.

Visualizada deste ângulo, a complexidade se constitui mais do que simples refinamento científico, tornando-se verdadeira categoria sociológica, marcada pela “*multiplicação das possibilidades de ação e alternativas de escolha numa proporção e numa velocidade muito maior do que a capacidade de recepção, processamento e decisão*”<sup>1</sup> dos diversos sistemas sociais. O desafio seria, então, reduzir esta complexidade, o que poderia ser feito a partir de dois aspectos interligados: conexões de sentido entre a profusão de ações que se tornam possíveis diante de cada cenário, e aquelas que se entendem mais importantes e necessárias à realização dos objetivos predeterminados; e o estabelecimento de uma necessária articulação entre as normas, instituições e ideologias, consubstanciadas na adoção de estratégias funcionais<sup>2</sup>.

A regulação, entendida como intervenção estatal na economia, é inteiramente influenciada por essa complexificação, e é um dos instrumentos estatais para enfrentar a problemática. Isso porque, ao se falar de regulação, deve-se entendê-la ao mesmo tempo como a estrutura de um sistema econômico de mercado, e um sistema político, burocrático e institucional, ambos direcionados à necessária

---

<sup>1</sup> FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. 1ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 187-188.

<sup>2</sup> *Ibidem*. P 188.

racionalização científica para a dispensa de bens e serviços no contexto de uma sociedade complexa<sup>3</sup>. Regular, sob esse enfoque, pode ser entendido como um processo de seleção das escolhas e alternativas disponíveis, constituindo-se uma ação racional dirigida a determinados fins<sup>4</sup>.

O caráter da regulação é científico por excelência, como bem exige uma sociedade de consumo cada vez mais marcada pela complexidade. Se ela é um processo racional de seleção das escolhas mais adequadas direcionadas à certos objetivos, ela própria requer um rigor técnico como meio de legitimação e de funcionalidade. Simultaneamente, trata-se de um processo marcado por sua interdisciplinaridade, em virtude da confluência dos diversos sistemas sociais na configuração de opções e formulação de resultados – é fato que ela não pode ser enquadrada num único campo do conhecimento. É nesse sentido e sob essas bases que se deve compreender a regulação como uma tecnologia da intervenção do Estado na economia, envolvendo principalmente elementos de economia, ciência, administração, política e Direito<sup>5</sup>. É a correta combinação desses elementos na tomada de decisões racionais que melhor caracteriza o sistema sociotecnológico regulatório.

Foi nesse contexto de ascensão de um novo modelo regulatório, consequência da globalização e complexificação, que se operou no Brasil a Reforma do Estado, que engendrou no sistema jurídico o Estado Regulador<sup>6</sup>. Com ele, surgiram agências reguladoras para gerir setores estratégicos e sensíveis da economia, mormente aqueles de prestação de serviços públicos ou de relevante significância social – para não se perder sobre eles importante carga regulatória. Subjacente a esse replanejamento da regulação brasileira está a necessidade de domínio técnico-científico sobre matérias complexas, como energia elétrica, petróleo e gás natural, telecomunicações, e assim por diante. Este conhecimento, por outro lado, direciona-se à persecução de políticas públicas de maneira eficiente. A fim de realizar esse

---

<sup>3</sup> LOPES, Othon de Azevedo. *Fundamentos da Regulação*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018. P. 160-161.

<sup>4</sup> *Ibidem*. P. 209-210.

<sup>5</sup> *Ibidem*. P. 161.

<sup>6</sup> GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade: uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. P. 237-238.

objetivo, conferiu-se uma vasta gama de competências às agências<sup>7</sup>: fiscalizatórias, sancionatórias, adjudicatórias, arbitrais, recomendatórias e normativas – esta última a mais debatida.

A justificativa para a aglutinação de tantos poderes nas agências reguladoras, com destaque para de produção normativa, se relaciona à superação da fórmula clássica de regulação pela legislação. Os mercados exigem dinamismo, desenvoltura e velocidade para encontrar respostas a problemas difíceis, para o que o processo legislativo não foi criado nem adaptado. Além disso, hoje tem-se a compreensão difundida de que o Poder Legislativo não tem nem o conhecimento técnico detalhado de todos os fenômenos socioeconômicos, nem a capacidade operacional para deliberar minuciosamente sobre todos os aspectos de um problema regulatório<sup>8</sup>. Em outras palavras, o legislador não pode prever tudo, não pode positivizar tudo, não pode detalhar tudo, não tem conhecimento sobre todos os campos específicos, e por isso opta por conceder às agências independentes do Poder Executivo, melhor equipadas institucionalmente, a competência para regular setores da economia.

Exatamente em razão da imensa tarefa que lhes foi incumbida, e do poderoso aparato administrativo à sua disposição, pode-se dizer que as agências reguladoras, e em certa medida as demais autarquias reguladoras, tornaram-se “*novos centros de poder dotados de diferentes modelos organizativos*”<sup>9</sup>, sendo que “*nem poderia ser o contrário, uma vez que a Administração Pública é o locus por excelência de concretização destes fenômenos juspolíticos*”<sup>10</sup>. As agências foram criadas com um propósito específico, constitucionalmente orientado. Ainda que elas próprias não fixem

---

<sup>7</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Pensando o Controle da Atividade da Regulação Estatal*. In: GUERRA, Sérgio (Coord.) *Temas de Direito Regulatório*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 213-214. P. 213-214.

<sup>8</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Autonomia Decisória, Discricionariedade Administrativa e Legitimidade da Função Reguladora do Estado no Debate Jurídico Brasileiro*. In.: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 253.

<sup>9</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 204.

<sup>10</sup> *Ibidem*. P. 208.

políticas públicas, elas têm a tarefa de regular um setor econômico-social com o fito de implementá-las<sup>11</sup>.

Some-se a isso o fato de que a tecnicidade permeia substancialmente todos os atos das agências voltados à regulação, ainda que em níveis diferentes de complexidade. Lidar com questões técnicas pode ser distinguida como a grande *raison d'être* das agências reguladoras, mencionadas à exaustão em qualquer estudo direcionado a elas, tanto com relação ao seu fundamento teórico, quanto à teleologia da regulação por elas efetuada. E, se por um lado, “a técnica moderna é uma forma de acesso à verdade”, por outro ela só pode “*entrar no mundo da vida como saber tecnológico, estratégico e instrumental [...] e não por uma linguagem natural de inteligência universalizável*”<sup>12</sup>. Em suma, por vezes a matéria tratada será tão complexa que se tornará inacessível aos não-especializados.

Como se controlam judicialmente as medidas regulatórias tecnicamente complexas? Seu conteúdo por vezes torna-se tão hermético em razão da tecnologia setorial, que mesmo o atingimento de uma finalidade universalmente inteligível não pode ser averiguado de maneira simples, mesmo se partindo dos termos da legislação que a embasou. Como efetivar o controle judicial sobre aquilo que o próprio Poder Judiciário não tem especialidade técnica para compreender e avaliar? E mais: e quando não existe *uma* resposta correta? Não poucas vezes as agências confrontarão situações que admitem diversas soluções juridicamente viáveis<sup>13</sup>, voltadas à mesma política pública e à satisfação do interesse público. Ou, ainda que haja apenas uma opção viável, suponha-se, como poderia o Poder Judiciário examiná-la corretamente, se nem todos os seus efeitos são certos no tempo, se a decisão regulatória somente pode ser distinguida e analisada a partir de uma compreensão técnica e sistêmica<sup>14</sup>? A regulação existe para oferecer uma resposta – a questão é como os tribunais irão examiná-la, se podem substituí-la e impor a sua própria solução no lugar, se considerarem a ação regulatória ilícita ou inadequada.

---

<sup>11</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P. 242.

<sup>12</sup> LOPES, *Op. Cit.* Pp. 19 e 213.

<sup>13</sup> VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*. 1ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2016. P. 10.

<sup>14</sup> JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 140-141.

Em termos de controle jurisdicional da Administração Pública, é certo que todo ato administrativo-regulatório deve se submeter à possibilidade de revisão judicial. Esta é, inclusive, uma das maiores garantias não só do nosso sistema jurídico e dos direitos fundamentais que ele preconiza, como também da própria regulação com um todo<sup>15</sup>. Porque uma economia de mercado requer, além da especialidade técnica, além de instituições aptas a implementá-la, segurança jurídica para garanti-la. Não é à toa que se aponta como uma das características do Estado Regulador o deslocamento do Poder Judiciário para uma posição central<sup>16</sup>. Por este entendimento, deve-se manter aberto o espaço de atuação do regulador, porém sua discricionariedade só se estende até os limites consagrados pela lei. E, com efeito, o juiz conhece a lei – mas conhece também os pressupostos e efeitos econômicos e técnicos de alcance sistêmico da regulação? O corpo técnico instituído pelo Estado para lidar com questões desta ordem são as agências reguladoras, não as cortes.

Diante desse dilema, o escólio doutrinário passou a defender a ideia de que as decisões proferidas pelas agências reguladoras, em razão da atividade especial com que lidam, seriam merecedoras de uma deferência judicial, de sorte que devem ser mantidas sempre que sobreviverem a um exame de legalidade e razoabilidade<sup>17</sup>, ou, no extremo, “*a postura deve ser semelhante a uma corte de cassação, devendo o juiz reenviar o assunto à agência, apontando apenas as regras procedimentais que tenham sido violadas*”<sup>18</sup>, vedando-se ao juiz substituir o administrador na regulação. O substancial, o mérito administrativo, deverá ser preservado como prerrogativa exclusiva da agência. Ou seja, quando mais de uma opção é possível, adota-se aquela

---

<sup>15</sup> TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências Reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Agências Reguladoras*. São Paulo, Atlas, 2002. P. 162-163.

<sup>16</sup> MAJONE, Giandomenico. *Do Estado Positivo ao Estado Regulador: Causas e Consequências de Mudanças no Modo de Governança*. Revista do Serviço Público, ano 50, nº 1, jan.-mar., 1999, pp. 5-36. Trad. LONCAN, René. P. 26.

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Apontamentos sobre as Agências Reguladoras*. In.: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. P. 127.

<sup>18</sup> SILVA, Fernando Quadros da. *Controle Judicial das Agências Reguladoras: Aspectos Doutrinários e Jurisprudenciais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014. P. 253

tecnicamente embasada pelo regulador, ainda que o Judiciário fosse chegar conclusão diferente ou preferisse outra medida<sup>19</sup> – que é o cerne da deferência.

Por deferência, entender-se-á uma determinada postura a ser adotada pelo Poder Judiciário quando da revisão de atos administrativo-regulatórios emanados por agências reguladoras ou autarquias reguladoras, inclusive os de alta complexidade técnica. Quando deferente, o órgão julgador “*não decidiu diretamente a questão jurídica (ou, por exemplo, não interpretou diretamente a legislação em questão)*”, limitando-se apenas a considerar “*a razoabilidade, a coerência, a logicidade da decisão ou interpretação adotada pela autoridade administrativa*”, no conceito empregado por Eduardo Jordão<sup>20</sup>.

A teoria pró-deferência invoca, pelo menos, três grandes argumentos<sup>21</sup>: (i) as agências reguladoras e outras autarquias reguladoras da Administração Pública possuem competência legal para formular normas e exercer suas demais competências executivas e judicantes dentro dos limites da lei, como requisito necessário à eficiência regulatória; (ii) sua atuação é qualificada por uma expertise técnica que os tribunais não possuem, o que lhes confere aptidão para regular com embasamento técnico-científico, ao passo que os tribunais poderiam causar danos à política regulatória e à própria segurança jurídica, ao intervir em matérias sobre as quais não detêm conhecimento; e (iii) como integrantes da Administração Pública, as agências reguladoras gozariam de uma legitimidade democrática para exercer a regulação, ao contrário dos tribunais, que não são órgãos representativos.

O marco referencial mais importante para se entender a deferência é o caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, de 1984, cujo julgamento consolidou a *Chevron Deference*. Por ela, “*the court does not simply impose its own construction on the statute [...] the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute*”<sup>22</sup>, ou seja, se a decisão formulada pela agência é legalmente possível e razoável. Nas palavras de

---

<sup>19</sup> CANE, Peter. *Controlling Administrative Power: an Historical Comparison*. 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. P. 211.

<sup>20</sup> JORDÃO, *Op. Cit.* P. 555.

<sup>21</sup> VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Deferência judicial às escolhas regulatórias: o que podemos aprender com standards aplicados pela Suprema Corte estadunidense*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 280, n. 2, p. 137-164, maio/ago. 2021. P. 139-140.

<sup>22</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., et al.* 467 U.S. 837. P. 4.

Thomas Merrill<sup>23</sup>, “*it refers to a standard that courts apply in determining whether an administrative agency has correctly interpreted the statute under which it operates*”. De muitas maneiras, porém, *Chevron* é reconhecida pela frase proferida por seu relator, o juiz John Paul Stevens: “*When I am so confused, I go with the agency*”<sup>24</sup>.

Sem dúvidas, a deferência tem como consequência vasto deslocamento de poder do Judiciário para o Executivo, o que justifica o brocardo de Cass Sunstein<sup>25</sup>, fazendo referência ao famoso caso *Marbury v. Madison*: “*It is emphatically the province of the executive department to say what the law is*”. Não é a mera manutenção de um ato administrativo, e sim o reconhecimento de que as agências podem criar e interpretar regras dentro do âmbito da lei, sem interferência judicial no seu mérito. A decisão administrativa, e não a dos tribunais, torna-se a decisão final. No caso das agências reguladoras, defere-se porque se entende que elas detêm o domínio técnico necessário à regulação, em suas diferentes formas. O desempenho adequado de uma atividade administrativa especializada mereceria um tratamento deferente. Diante da magnitude e sensibilidade dos problemas enfrentados na regulação, seria o caso de confiá-la às estruturas administrativas criadas especificamente para geri-la, as agências reguladoras<sup>26</sup>. Aos tribunais caberia apenas o exame de legalidade e razoabilidade, porque a matéria de fundo lhes seria indiscernível.

É certo que, num ordenamento jurídico que confere ao Poder Judiciário a última palavra acerca da interpretação das leis, causa certa perplexidade que ela seja dita pela autoridade administrativa. De fato, subjacentes encontram-se preocupações fundadas com uma atuação administrativa que confronta a teoria tradicional de *checks and balances* que compõe a tripartição de poderes da Constituição Federal<sup>27</sup>. Mas a deferência refletiria, a princípio, duas realidades conflitantes: é imperativo lidar com

---

<sup>23</sup> MERRIL, Thomas W. *The Chevron Doctrine: Its Rise and Fall, and the Future of the Administrative State*. 1ª ed. Cambridge: Harvard University Press. P. 2.

<sup>24</sup> ESKRIDGE JR., William N.; BAER, Lauren E. *The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Hamdan*. Georgetown Law Journal, vol. 96, 2008, p. 1083-1226. P. 1086.

<sup>25</sup> SUNSTEIN, Cass R. *Beyond Marbury: The Executive's Power to Say What the Law Is*. Yale Law Journal, Vol. 115, N. 9, 2006, p. 2580-2610. P. 2589.

<sup>26</sup> JORDÃO, *Op. Cit.* P. 129.

<sup>27</sup> VALLE, *Op. Cit.* P. 140.

problemas regulatórios complexos, e nem sempre a estrutura institucional judiciária estará apta para produzir a melhor solução. Sob esta ótica, o Poder Judiciário, apesar de conservar sua primazia, nem sempre será o árbitro mais qualificado<sup>28</sup>.

O presente trabalho se debruça sobre a questão da deferência do Poder Judiciário nos casos em que o ato administrativo-regulatório de uma agência ou autarquia reguladora é dotado de alta complexidade técnica. Quando, noutros termos, a atividade regulatória só puder ser compreendida e exercida por meio de uma expertise específica, que os tribunais não possuem, e como, então, eles exercem o controle jurisdicional dessa parcela da atividade administrativa.

Na primeira parte, abordar-se-ão as características (i) da regulação econômica pelo Estado, através dos institutos e instrumentos jurídicos à disposição da Administração Pública, com foco nas agências reguladoras, ainda que não se excluam as autarquias reguladoras; (ii) do exercício do controle jurisdicional dessa atividade administrativo-regulatória, através da dialética dos poderes e limites da atuação da Administração e do Judiciário; e (iii) da deferência pelo Poder Judiciário em sua aplicabilidade e pressupostos.

Na segunda parte, far-se-á a análise de caso do RE 1083955 AgR. Nele, uma determinada companhia (Cascol Combustíveis para Veículos Ltda), buscou a revisão judicial de penalidades de natureza antitruste impostas pelo plenário do Cade em razão de infrações à ordem econômica previstas na Lei n. 8.884/94. Em decisão unânime, a Primeira Turma do STF invocou o dever de deferência em razão da complexidade técnica da matéria de fundo, anunciando ser permitido apenas o controle da legalidade do ato administrativo, mas não a incursão no seu mérito, mantendo a decisão. Pretende-se examinar, aqui, a aplicação dos aspectos jurídicos abordados na primeira parte, com destaque para os critérios a partir dos quais surge o dever de deferência, e a base para esse entendimento. O estudo de caso se justifica por ser a deferência o resultado da produção jurisprudencial, de um entendimento das próprias cortes quanto aos seus limites revisionais.

Este trabalho não se propõe a fazer uma defesa da deferência. Pretende, isto sim, perquirir acerca desta tendência que, de uma forma ou de outra, tem ganhado momento na jurisprudência e doutrina nacionais acerca do controle jurisdicional da

---

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P. 236.

atividade regulatória da Administração Pública exercida pelas agências reguladoras e autarquias reguladoras. Considerando que seus dilemas remontam à Constituição e à própria extensão da jurisdição, em questões tão sensíveis e caras ao interesse público, delimitar seus contornos é, de certa maneira, encontrar a fronteira entre a atuação administrativa e a jurisdicional.

## 2 TEORIA GERAL DA DEFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE ATOS ADMINISTRATIVO-REGULATÓRIOS

### 2.1 O ESTADO REGULADOR

Por “Estado Regulador” devemos compreender uma escolha político-legislativa acerca de um modelo de intervenção indireta na economia pelo Estado, que, para tanto, constrói ou aprimora seu aparato administrativo em torno de agências reguladoras dotadas de autonomia em relação ao poder central, para gerir e guiar setores (subsistemas) específicos<sup>29</sup>. Em muitos aspectos, o Estado Regulador se confunde com suas agências de regulação. É um Estado, portanto, que pratica uma determinada forma de regulação, a partir de um método de ação administrativa.

Não é que modelos anteriores ou alternativos não praticassem a regulação. A regulação é um fenômeno universal e inescapável da atuação do Estado, mas ela pode ser realizada de diversas formas. Quando Giandomenico Majone<sup>30</sup> refere que “*o que precedeu o Estado Regulador contemporâneo não foi algum regime de laissez-faire puro, mas outro Estado Regulador*”, quer ele dizer que o fenômeno regulatório sempre existiu, e o que mudou foi seu escopo, enfoque e nível de atuação. Busca-se agora um novo processo regulatório, voltado à realização de políticas públicas de modo racional, independente, equidistante, mas especialmente técnico, o que justificaria, em última análise, as múltiplas competências dos entes da Administração para a supervisão de seus setores específicos.

No Brasil, tomou força a partir da década de 1930 o Estado Empresário, que intervia diretamente na economia através de seu ingresso em setores econômicos estratégicos por intermédio de companhias estatais, caracteristicamente sob a égide de um monopólio, de maneira que, para cada setor econômico relevante, haveria uma estatal correspondente<sup>31</sup>. No entanto, essa forma de regulação, em que o Estado ingressava, ele próprio, como agente do mercado, revelou-se insuficiente para atender às demandas da coletividade e a persecução de políticas públicas, de sorte que o

---

<sup>29</sup> MAJONE, *Op. Cit.* P. 9-10.

<sup>30</sup> MAJONE, Giandomenico. *As Transformações do Estado Regulador*. Revista de Direito Administrativo, vol. 262, p. 11-43, 2013. Trad. MESQUITA, Tatiana. P. 2.

<sup>31</sup> CARVALHO, Vinícius Marques de. *Desregulação e Reforma do Estado no Brasil: Impacto sobre a Prestação de Serviços Públicos*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. P. 171.

Estado Empresário passou a ser considerado um sistema falido e arcaico que deveria ser superado<sup>32</sup>.

Aliado à atuação empresarial do Estado, reinava o binômio poder de polícia-serviços públicos, os últimos mediante concessão ou autorização, e que não se entendia como parte da regulação, que era subsumida à polícia administrativa. “O Estado brasileiro era ou alienígena ou invasor – de fato e de direito – no mundo da economia”<sup>33</sup>. Ambos os institutos continuam sendo empregados na regulação, porém adaptados à nova realidade regulatória, criada e moldada em razão da complexificação da economia e da sociedade. Inclusive, o próprio Estado Empresário subsiste, ainda que uma sombra de sua pujança anterior, na forma de algumas estatais-chave, como a Petrobrás e a Eletrobrás. Isso não é um entrave ao Estado Regulador, já que essas duas sociedades de economia mista se submetem à regulação exarada pela Agência Nacional do Petróleo e Gás Natural (ANP) e pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), por exemplo.

O Estado Regulador emerge, nesse contexto de modernização incessante e complexificação, como uma reestruturação a Administração Pública, criando novos mecanismos regulatórios e adaptando os antigos a partir das agências reguladoras estatuídas o regime autárquico, a fim de assegurar-lhes autonomia em face ao governo central, porque somente assim poderia enfrentar os desafios da contemporaneidade<sup>34</sup>. Com ele, o Estado deixa de ser um agente direto, e assume

---

<sup>32</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 72-78.

Majone resume a situação da seguinte forma: “A verdade é que, neste período, métodos tradicionais de regulação e de controle estavam ruindo sob a pressão de potentes forças tecnológicas, econômicas e ideológicas, e foram desmantelados ou radicalmente transformados”, MAJONE, *Do Estado Positivo ao Estado Regulador: Causas e Consequências de Mudanças no Modo de Governança*. Op. Cit. P. 9.

<sup>33</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Qual é o Futuro do Direito da Regulação no Brasil?*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Coord.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros. P. 107-108

<sup>34</sup> ARAGÃO, Op. Cit. P. 204-206. Veja-se a síntese do autor: “O Estado é um instrumento de organização da sociedade, ao passo que o bem-estar desta é o objeto do Estado. Sendo assim, a tecnização, diferenciação e autonomização dos vários subsistemas sociais tiveram a mesma consequência na organização das esferas decisórias estatais. Sem se tecnizar, diferenciar e autonomizar internamente o Estado se distanciaria da sociedade que a incumbem de regular. Uma regulação estatal homogênea, centralizada e desprovida dos meios técnicos necessários seria insuscetível de produzir os efeitos desejados na sociedade à qual deve servir”. P. 204.

uma posição de gestor e coordenador de setores econômicos relevantes, sejam serviços públicos ou atividades privadas, assegurando a supremacia do interesse público e a realização de políticas públicas, fazendo-o por meio da elaboração de normas, do emprego do fomento, e a partir da fiscalização do setor de que foi incumbido.

De muitas maneiras, a construção do Estado Regulador ocorreu como um corretivo às vicissitudes de seu predecessor. Tanto é assim que ele repensou toda a lógica da arquitetura da Administração Pública, da forma da atuação administrativa na intervenção na economia e, com isso, promoveu uma revolução paradigmática no “*plexo de valores, estruturas, instituições e finalidades caracterizadoras do Estado moderno*”<sup>35</sup>. Sua missão e embasamento relacionam-se à eficiência, mas sem esquecer os princípios e objetivos preconizados na Constituição Federal. Sua tarefa precípua torna-se realizar um exercício de ponderação de interesses inserida no contexto relação equidistante entre os três principais componentes do mercado: o Estado, o agente privado e os consumidores, usuários do serviço<sup>36</sup>. Ocorreu o deslocamento da regulação de atividade de governo para atividade de Estado, associada a uma ideia de permanência, durabilidade, constância e eficiência.

Neste ponto, vale fazer a seguinte observação: no Brasil, associou-se a atividade regulatória do Estado por meio de suas agências com uma retração do Estado no campo da economia, mormente em razão das privatizações que se estavam realizando na época da criação das primeiras agências reguladoras. Uma análise conjuntural não permite concluir nesse sentido. “*É ingenuidade considerar que a mudança na forma de atuação e interferência na economia, com a passagem da atuação direta para a ênfase regulatória, signifique uma diminuição do Estado*”, diz Othon de Azevedo Lopes<sup>37</sup>. Na verdade, a regulação operada pelas agências tende a ser mais intensa<sup>38</sup>, uma vez que sua característica precípua é a sua produção normativa, que leva ao mundo jurídico o detalhamento técnico da norma.

---

<sup>35</sup> MARQUES NETO, *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. Op. Cit. P. 78.

<sup>36</sup> GUERRA, Op. Cit. P. 292-293.

<sup>37</sup> LOPES, Op. Cit. P. 158.

<sup>38</sup> DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. P. 33.

De toda forma, o grande ponto de inflexão foi a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o novo tratamento concedido por ela à ordem econômica que, em conjunção com os princípios elencados no art. 170<sup>39</sup>, integram a ordem jurídica<sup>40</sup>. Seu art. 174, ao determinar que “*como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*”, consagra o Estado Regulador e confere novo enfoque à sua atuação regulatória, na linha de uma intervenção indireta do Estado na economia, em oposição ao Estado Empresário, fundado no art. 173 da Constituição Federal – e cuja própria redação já indica uma limitação da atuação direta do Estado em favor dos agentes privados, em clara sinalização à primazia da livre-iniciativa.

É bem verdade que o texto constitucional fala apenas em “*órgão regulador*”, o que é muito diferente de uma agência reguladora. É o que diz seu art. 21, inc. XI, no tocante aos serviços de telecomunicações, e o art. 177, §2º, inc. III, para aspectos da exploração de petróleo e gás natural sob regime de monopólio da União. Um órgão administrativo, todavia, é despersonalizado, e não goza das prerrogativas de autonomia de uma autarquia como as agências reguladoras. Os impactos na regulação, se realizada por órgãos, seriam imensos<sup>41</sup>.

Também é verdade que, quanto às agências reguladoras, “*o texto primitivo da Constituição 1988 não as prevê e nada sugeria sua instituição*”<sup>42</sup>, o que denota uma ausência de obrigatoriedade da adoção deste tipo de instituição. Todavia, não há nada

---

<sup>39</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

<sup>40</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 68.

<sup>41</sup> SOUTO. *Op. Cit.* P. 280.

<sup>42</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Reforma do Estado: o Papel das Agências Reguladoras e Fiscalizadoras*. In: MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. *Op. Cit.* P. 137.

na Constituição Federal que as proíba, remetendo-se a opção ao legislador. É nesse sentido que o art. 174 da Constituição Federal criou uma brecha para a criação do Estado Regulador através da legislação infraconstitucional, ao fornecer os elementos necessários *“formular uma base do enquadramento da escolha administrativa detida pelo Poder Executivo nas atuais funções que ele tem o dever constitucional de implementar”*<sup>43</sup>. Este é o ponto de partida e a positivação do Estado Regulador brasileiro.

A forma de regulação é uma escolha administrativa – e, como corolário, uma escolha regulatória –, atrelada à própria estrutura da Administração e que fornece a base jurídica para *“uma atuação administrativa no caso complexo, que leve em consideração, de forma cíclica, cumulativa e com visão sistêmica, valores, normas — regras e princípios [...] e efeitos prospectivos da atuação estatal”*<sup>44</sup>. É a esta escolha pelo Estado Regulador e suas ramificações que vamos nos dedicar.

### 2.1.1 A Regulação e o Estado Regulador

“Regulação” é uma expressão polissêmica, inclusive porque é uma categoria multidisciplinar do saber. “Regular”, à luz do Direito, porém, relaciona-se com “uniformizar” – *“é algo que se desenvolve [...] segundo padrões usualmente conhecidos, aceitos e referendados pela técnica e pela experiência”*<sup>45</sup>. Traduz-se, outrossim, na fixação de regras, instauração de normas, na disciplina específica e, em última análise, no estabelecimento de padrões de conduta<sup>46</sup>.

Consolidar padrões de condutas é inexoravelmente ligado a estabelecer controle, uma vez ser imperativo assegurar o cumprimento das regras. Por isso Di Pietro<sup>47</sup>, visando abarcar toda a atuação regulatória do Estado Regulador brasileiro, entende que *“a regulação constitui-se como conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público”*. De fato,

---

<sup>43</sup> GUERRA, *Op. Cit.* P. 93. E segue: *“O padrão decorrente da função estatal da regulação, que, portanto, traz consigo a escolha regulatória, decorre do fenômeno de mutação constitucional, desencadeado pelas alterações estruturais por que passou a sociedade e que teve como consequência, no plano das instituições políticas, o surgimento do imperativo de mudança nas formas de exercício das funções estatais clássicas”*. P. 95

<sup>44</sup> *Ibidem.* P. 180.

<sup>45</sup> MOREIRA, *Op. Cit.* P. 110.

<sup>46</sup> *Ibidem.* P. 111-112.

<sup>47</sup> DI PIETRO, *Op. Cit.* P. 30.

regras coercitivas são a base mais tradicional da regulação, no sentido de fixar comportamentos, porém a realidade regulatória passou a exigir técnicas mais flexíveis, que envolvem, por exemplo, atrair o regulado voluntariamente ao desempenho de determinada atividade, como parte de uma estratégia setorial<sup>48</sup>.

Portanto, a compreensão da atividade regulatória passa a incluir três categorias em que se podem dividir seus instrumentos<sup>49</sup>: (i) normas de comando (ou conduta) e controle, a que corresponde o binômio prescrição-sanção, que garante a conformação da conduta privada, encaixando-a em padrões normativos de orientação comportamental; (ii) normas de indução, constituindo uma regulação por incentivos, caracterizada pelo binômio prescrição-prêmio; e (iii) meios alternativos de realização de objetivos regulatórios, no qual se pode incluir a atividade empresarial do Estado. O desafio da regulação está em coordenar esse instrumental de acordo com as finalidades estabelecidas pela Constituição ou pelo processo político, de acordo com as características de cada mercado regulado.

No aspecto administrativo, portanto, a regulação é uma soma de poder normativo, poder de polícia administrativa, intervenção e fomento<sup>50</sup>. Aplicadas às agências reguladoras e todas as suas competências, ela se torna uma atividade de abrangência considerável. Conforme nota Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>51</sup>, regular *“se apresenta como a mais rica integração funcional de alternativas de escolhas gerenciais, pois que se beneficia de todas as possibilidades teóricas aportadas nas diferentes épocas da evolução do Direito Administrativo”*.

A regulação existe precipuamente para prevenir e coibir as falhas de mercado, o que é um requisito ao seu adequado funcionamento, e uma atitude estatal em defesa dos direitos da livre-iniciativa e concorrência<sup>52</sup>. O regulador poderá

---

<sup>48</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 160-161.

<sup>49</sup> *Ibidem*. P. 164-166.

<sup>50</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 194

<sup>51</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade. Finalidade. Eficiência. Resultados*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 123.

<sup>52</sup> Para Binenbojm, isso reflete uma relação de instrumentalidade entre Direito, mercado e Estado, suprida na forma da regulação: *“de um lado, a economia de mercado instrumentaliza o direito, na medida em que exige instituições jurídicas que viabilizem o seu funcionamento (propriedade,*

controlar a entrada no mercado, a prestação do serviço, impor tarifas, realizar licitações, concessões e autorizações, e assim por diante. Situada numa economia capitalista, a regulação preconiza o crescimento econômico, demonstrado no mais das vezes pelo lucro. Todavia, o Estado Regulador não se dispõe apenas a organizar os mercados – estes não devem ficar abandonados a si mesmos, porque a regulação não existe alheia aos princípios<sup>53</sup>, com destaque para os da ordem econômica e do próprio Direito Administrativo. A atividade regulatória passa a buscar realizar certos valores político-sociais, mormente quando está envolvida a prestação de serviços públicos.

Conforme o ex-juiz da Suprema Corte americana Stephen Breyer<sup>54</sup> delineou a problemática: “*the case for regulation rests partly on economic grounds, partly on political and social grounds, and upon a host of unproved (and possibly unprovable) assumptions*”. Numa sociedade cada vez mais complexa, sua função passa a ser, então, arbitrar uma ponderação entre interesses econômicos e sociais, a partir de bases igualmente complexas, entre diversos agentes prestadores de serviços e seus usuários.

De todas essas considerações, torna-se oportuna a conceituação de regulação elaborada por Alexandre Santos de Aragão<sup>55</sup>:

Podemos condensadamente definir a regulação estatal da economia como 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.

Sendo, porém, um braço da atividade administrativa, a regulação somente pode ser operacionalizada a partir de uma estrutura de Estado. É aqui que se encaixa o Estado Regulador como escolha política, ideológica e econômica, com reflexos na Administração Pública. Ele se orienta a partir e com destino à realização dos objetivos constitucionais e de interesse público formulados a partir da política, explicitando um

---

*contratos, órgãos de implementação); de outro, o direito se converte em um instrumento do Estado, que o utiliza para erigir distintas formas de regulação orientadas à busca de objetivos socialmente valorizados (eficiência, maximização da riqueza, proteção ambiental, objetivos redistributivos)”. BINENBOJM, Op. Cit. P. 155.*

<sup>53</sup> LOPES, Op. Cit. P.161.

<sup>54</sup> BREYER, Stephen. *Regulation and its Reform*. 1ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 1982. P. 20.

<sup>55</sup> ARGÃO, Op. Cit. P. 40.

substrato ideológico, que determinará o grau e o enfoque regulatórios sobre o mercado<sup>56</sup>. O Estado precisa democraticamente escolher a forma de regulação, posto que ela implica interferência na atividade econômica dos particulares e grandes efeitos mercadológicos com impacto nos usuários dos serviços públicos e privados.

No Brasil, a gênese do Estado Regulador está entrelaçada a uma escolha regulatória – uma escolha administrativa, com fundações constitucionais. Trata-se da Reforma do Estado, de 1995, que, nas suas próprias palavras<sup>57</sup>, “*deve ser entendida dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços*” – e, a seguir, a escolha feita – “*para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento*”.

Para preservar a originalidade dos termos da escolha, reportamo-nos a trechos do texto do Plano Diretor<sup>58</sup>:

O grande desafio histórico que o País se dispõe a enfrentar é o de **articular um novo modelo de desenvolvimento** que possa trazer para o conjunto da sociedade brasileira a perspectiva de um futuro melhor. Um dos aspectos centrais desse esforço é o fortalecimento do Estado para que sejam eficazes sua ação reguladora, no quadro de uma economia de mercado, bem como os serviços básicos que presta e as políticas de cunho social que precisa implementar.

[...]

É preciso, agora, dar um salto adiante, no sentido de uma administração pública que chamaria de “gerencial”, baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições e que, portanto, se torna “cliente privilegiado” dos serviços prestados pelo Estado. (g. n.)

---

<sup>56</sup> SILVA, *Op. Cit.* P. 30.

<sup>57</sup> BRASIL. Presidência da República; Câmara de Reforma do Estado; Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, 1995. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 19/08/2022. P. 12.

<sup>58</sup> *Ibidem.* P. 6-7. Destaque-se o reconhecimento da superação do Estado Empresário: “**A crise brasileira da última década foi também uma crise do Estado. Em razão do modelo de desenvolvimento que Governos anteriores adotaram, o Estado desviou-se de suas funções básicas para ampliar sua presença no setor produtivo, o que acarretou, além da gradual deterioração dos serviços públicos, a que recorre, em particular, a parcela menos favorecida da população, o agravamento da crise fiscal e, por consequência, da inflação. Nesse sentido, a reforma do Estado passou a ser instrumento indispensável para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado da economia. Somente assim será possível promover a correção das desigualdades sociais e regionais.**” (g. n.). P. 6.

Privilegiou-se com a Reforma do Estado uma reorganização administrativa voltada à descentralização da Administração Pública através das agências reguladoras, cuja atuação seria disciplinada pela eficiência e especialidade técnica na gestão do setor que lhe foi atribuído<sup>59</sup>. Tanto assim, que foi neste contexto que foi introduzida a Emenda Constitucional n. 19/98, que incluiu o princípio da eficiência no rol do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, como novo mandamento da atuação administrativa. A eficiência destinada aos fins delineados pelas políticas públicas é compasso da atuação do Estado Regulador e suas agências reguladoras.

O escopo da extensão da regulação corresponde à construção do Estado Regulador e pode ser explicado através das “ondas regulatórias” ao longo da sua história<sup>60</sup>: no momento inicial da implantação do Estado Regulador no Brasil, vivia-se a fase mais radical da transformação econômica, caracterizada pela quebra de monopólios estatais e a privatização de uma série de empresas públicas. A venda destas, a convalidação de algumas outras em sociedades de economia mista através da entrada de capital privado e a possibilidade de ingresso do setor privado nos setores econômicos anteriormente monopolizados por elas não representou, todavia, a privatização do serviço público, que permaneceu sob titularidade do Estado – eles apenas passaram a ser exercidos por particulares, mediante licitação e a subsequente concessão ou permissão, sob os auspícios das agências reguladoras que assumiram os lugares das antigas estatais, com um instrumento contratual que regerá a ligação entre o particular e o Poder Público<sup>61</sup>. É a previsão do art. 175 da Constituição Federal: *“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”*.

Como se trata de áreas sensíveis e de inquestionável relevância estratégica para o Estado, este criou as primeiras agências reguladoras – de caráter setorial, quando a nível federal – para coibir as falhas de mercado: ausência de concorrência, assimetria de informação e todo tipo de conduta oportunista dos regulados<sup>62</sup>. Bem assim, ela existe para promover e assegurar a eficiência na prestação dos serviços

---

<sup>59</sup> ARAGÃO, *Op. Cit.* P. 210.

<sup>60</sup> SILVA, *Op. Cit.* P. 29.

<sup>61</sup> TOJAL, *Op. Cit.* P. 154-155.

<sup>62</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio da Eficiência*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 216.

públicos e gerir e planejar, ao invés de unilateralmente controlar, o seu desenvolvimento. A primeira destas agências foi a Agência Nacional de Energia Elétrica, criada em 1996 – logo após a Reforma do Estado –, por meio da Lei n. 9.427/96, que já dispunha sobre os regimes de concessão e conferia os poderes normativos necessários à administração do setor elétrico. Em seguida, surgiram a Agência Nacional do Petróleo e Gás Natural (ANP), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), e assim por diante.

No momento seguinte, a regulação passou a se direcionar a atividades desempenhadas exclusivamente pelos particulares, porém com inegável importância do ponto de vista social<sup>63</sup>, mormente a saúde pública, do que resultou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Observa-se que, ainda que se empregue o termo “regulação social”, nem por isso ela deixa de ter relação com a economia, ainda que, de fato, a preocupação com falhas de mercado divide espaço com a realização de valores não econômicos.

Com efeito, hoje se tem a concepção de que a regulação não se limita entre serviços públicos ou atividades particulares, podendo incidir sobre ambos<sup>64</sup>, ainda que atue de maneiras e intensidades distintas. Com efeito, nos serviços públicos, entende-se que ela é indispensável<sup>65</sup>, o que não a torna desnecessária com relação às demais. Ao comentar sobre a atuação reguladora do Estado conforme a ordem econômica constitucional, Sérgio Guerra<sup>66</sup> defende que “a Constituição (art. 174) deixa claro que

---

<sup>63</sup> DI PIETRO, *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade*. Op. Cit. P. 33.

<sup>64</sup> *Ibidem*. P. 34.

<sup>65</sup> Importante trazer a observação de Aragão quanto aos serviços públicos: “O ponto fulcral do qual devemos partir é a relação entre serviço público e atividade econômica. Já manifestamos nossa opinião, afinada com a doutrina e jurisprudência majoritárias, de que a Constituição de 1988 distingue claramente o serviço público da atividade econômica explorada pelo Estado, que constituem atividades econômicas *lato sensu*. [...] A atividade econômica *lato sensu* destina-se à circulação de bens e/ou de serviços do produtor ao consumidor. O serviço público é a atividade econômica *lato sensu* que o Estado toma como sua em razão da pertinência que possui com necessidades ou utilidades coletivas. Há atividades econômicas exploradas pelo Estado, em regime de monopólio ou não, que possuem, naturalmente, interesse público, mas que não são relacionadas diretamente com o bem-estar da coletividade, mas sim com razões fiscais, estratégicas ou econômicas (p. ex., o petróleo e o gás, a energia nuclear, as loterias, em alguns países o tabaco, os cassinos etc.)” ARAGÃO, Op. Cit. P. 147-148.

<sup>66</sup> GUERRA, Op. Cit. P. 288-289.

*este papel deve ser exercido sobre todas as atividades econômicas e não apenas sobre aquelas para as quais reserva (art. 175) a incidência do regime de direito público, derogatório da liberdade de iniciativa”.*

A importância dessa compreensão jaz no fato de que ela legitima o Estado Regulador como resultado constitucional do processo democrático. Entendendo-a aplicável no contexto brasileiro, reportamo-nos à posição de Cass Sunstein e Adrian Vermeule<sup>67</sup>: *“If the constitutional institutions, operating as they were set up to operate, have decided that such an arrangement is both valid and wise, then respect for the separation of powers counsels approval of the arrangement”*. Mesmo que isso gere um acúmulo de competências nas agências reguladoras, concluem que *“the combination of functions in agencies is a hallmark of the administrative state”*.

### **2.1.2 Poder de Polícia na Regulação**

Poder de polícia é um dos conceitos mais clássicos do Direito Administrativo brasileiro, historicamente relacionado à atividade regulatória. A matéria envolve as prerrogativas do Poder Público de restringir e, no limite, suprimir liberdades dos particulares<sup>68</sup>. Junto com os contratos de concessão e permissão para a prestação de serviços públicos, constitui uma das duas formas clássicas da regulação estatal no Brasil.

O poder de polícia administrativa<sup>69</sup> é uma atividade do Estado que lida com a limitação e conformação das liberdades individuais em razão do interesse público. Sua extensão é tal, que no passado chegou-se a identificá-lo com toda forma de atuação administrativa, dando origem a um determinado ordenamento que visava a

---

<sup>67</sup> SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Law and Leviathan: Redeeming the Administrative State*. Cambridge: Harvard University Press, 2020. P. 140-141. Anteriormente no livro, os autores ressaltam que *“some supporters of the administrative state also underscore its democratic accountability, mediated through both Congress and the presidency in different ways”*. P. 16.

<sup>68</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: a Intervenção do Estado na Economia à Luz da Razão Pública e do Pragmatismo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 269.

<sup>69</sup> Referimo-nos aqui somente ao poder de polícia em sentido estrito, exercido pela Administração Pública, em oposição ao poder de polícia lato sensu, compartilhado entre os Poderes Executivo e Legislativo – caso em que é poder estatal, e não administrativo. Nos conformes do sistema constitucional de separação dos Poderes, ao Legislativo incumbe a criação da lei, que conferirá base e limitação jurídica ao poder de polícia, o qual será exercido, por sua vez, pela Administração Pública. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 324

manutenção da ordem, tranquilidade e salubridade públicas<sup>70</sup>. Em razão disso, confundia-se a “polícia administrativa econômica” com muito do que hoje chamamos de regulação<sup>71</sup>, em razão de estatuir normas de conduta e controle. Contudo, como visto no item acima, não é só dessas ferramentas que a regulação é constituída. Hoje, enxerga-se o poder de polícia como um ancestral da regulação<sup>72</sup>, utilizado e readaptado por seu sucessor.

Trata-se de um poder exercido por praticamente todos os órgãos e entidades da Administração Pública, dentre os quais as agências reguladoras e autarquias reguladoras. Sua incidência se dá a partir de uma sujeição geral com a Administração, nascida pelo mero fato de se integrar uma comunidade política organizada, em contraste com a sujeição especial, decorrente de uma ligação singela do particular com a Administração, em geral um contrato administrativo ou vínculo estatutário. Vale dizer, o poder de polícia incide sobre as atividades privadas, que se submetem à uma interferência estatal na limitação das suas liberdades<sup>73</sup>. Denota, portanto, ferramenta regulatória distinta do contrato administrativo<sup>74</sup>.

O conceito e previsão legal do poder de polícia encontram-se no art. 78, e seu parágrafo único, do Código Tributário Nacional<sup>75</sup>. A partir deste marco legal, a doutrina

---

<sup>70</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 334

<sup>71</sup> MOREIRA, p. 108.

<sup>72</sup> MENDONÇA, *Op. Cit.* P. 278.

<sup>73</sup> *Ibidem*. P. 283-284.

<sup>74</sup> Para fazer uma síntese da regulação por meio do contrato administrativo, aproveitamos a lição de Di Pietro: “*O instituto da concessão de serviços públicos, que envolve uma atividade de regulação: o Estado publiciza determinada atividade econômica, transformando-a em serviço público, e delega a sua execução ao particular, por meio de contrato de concessão; porém, o Estado é que estabelece as regras de execução do serviço e fiscaliza a atividade da concessionária, podendo retomá-la, por inadimplemento ou motivo de interesse público, intervir, aplicar penalidades, fazer a reversão de bens; em linguagem moderna, o Estado regula o serviço público concedido, no mesmo sentido supra assinalado: estabelece regras, para manter a regularidade na prestação do serviço, mas se reserva o direito de alterar essas regras em benefício da própria regularidade*”. DI PIETRO, *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade*. *Op. Cit.* P. 32

<sup>75</sup> Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

tradicional elaborou numerosas conceituações para a polícia administrativa. Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>76</sup>, “*pelo poder de polícia, o Estado, mediante lei, condiciona, limita, o exercício da liberdade e da propriedade dos administrados, a fim de compatibilizá-las com o bem-estar social*”. Já Hely Lopes Meirelles<sup>77</sup> define o poder de polícia como a “*faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado*”. Em suas palavras, o poder de polícia atua como “*mecanismo de frenagem*” aos abusos das liberdades individuais.

Nesta acepção, a polícia administrativa é um poder discricionário por excelência, porquanto a norma legal que o embasa não especifica acerca das condições de sua prática<sup>78</sup>. Com efeito, é inegável a homenagem ao princípio da legalidade constante no parágrafo único do art. 78 do Código Tributário Nacional – porém, ainda que fundamente e trace limites à polícia administrativa, a legislação lhe confere ampla margem de atuação. Tanto é assim, que é uma prerrogativa que se estende para quase todos os ramos da administração.

Exatamente por isso, é um dos poderes mais controversos da Administração, por demonstrar sua face mais autoritária, valendo-se da discricionariedade administrativa para limitar direitos individuais<sup>79</sup>. Atenta à controvérsia, a doutrina mais recente tem buscado enquadrar o poder de polícia nos preceitos constitucionais. Marçal Justen Filho<sup>80</sup>, por exemplo, passa a assinalar que toda atividade administrativa destinada à limitação da autonomia privada deve estar condicionada aos princípios da legalidade e da proporcionalidade, com ênfase no poder de polícia. Visa-se com isso delimitar a natural elasticidade discricionária do poder de polícia, asseverando que ele possui natureza meramente regulamentar, e não inovadora no ordenamento jurídico, circunscrevendo-o ao princípio da legalidade. Daí porque passou-se a dizer que o poder de polícia passou a encontrar limites tanto nos aspectos

---

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

<sup>76</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 707.

<sup>77</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 152

<sup>78</sup> *Ibidem*. P. 158.

<sup>79</sup> MEDAUAR, *Op. Cit.* P. 325.

<sup>80</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 435.

materiais e formais do ato administrativo, quanto na aplicação de “conceitos-chave” destinados a proteger os direitos individuais de eventual arbitrariedade<sup>81</sup>.

Quando no exercício da regulação, essas concepções permanecem<sup>82</sup>: ele conforma direitos através de da imposição de limites (obrigações de não fazer), encargos (obrigações de fazer) e sujeições (obrigações de suportar). A atuação da polícia administrativa se desdobra em quatro fases, componentes do denominado ciclo de polícia, chancelado, inclusive, pelo próprio Supremo Tribunal Federal<sup>83</sup>, nesta sequência: ordem, consentimento, fiscalização e sanção de polícia – todos aplicáveis à atuação administrativa da regulação.

A ordem de polícia corresponde ao preceito legal básico, em respeito à reserva constitucional do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, e que estabelece alternativamente restrições ou condicionamentos. As primeiras remetem a um preceito negativo absoluto, estabelecendo um *não fazer*, vedando a prática de certas atividades ou do uso da propriedade privada; já no segundo caso, tem-se um preceito negativo com reserva de consentimento, pelo qual o exercício destas atividades está vedado apenas em princípio, podendo haver autorização da Administração para praticá-las, após examinar as circunstâncias<sup>84</sup>.

O consentimento de polícia é o ato administrativo de anuência que admite a realização da atividade privada ou uso da propriedade privada nos casos em que estão condicionados, após exercer prévio controle para averiguar se estão atendidas todas as condições jurídicas e fáticas impostas. Fala-se de previsão de reserva de consentimento, em que o controle administrativo analisa a compatibilização da atividade privada com o interesse público. É nesta etapa que se expedem os alvarás de licença e autorização, após provocação do particular<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> MENDONÇA, *Op. Cit.* P. 269-270.

<sup>82</sup> *Ibidem.* P. 272.

<sup>83</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 633782, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-279 DIVULG 24-11-2020 PUBLIC 25-11-2020.

<sup>84</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 440.

<sup>85</sup> *Ibidem.* P. 440-442.

A fiscalização é quando se verifica o cumprimento das ordens de polícia: tanto aquelas de pura vedação, quanto para a apuração da correta observância dos termos em que foi consentida a prática de determinada atividade na etapa anterior. Com isso, procura-se evitar os abusos de consentimento, bem como garantir que as condições que admitiram a licença ou a autorização permanecem em pé e cumpridas. A fiscalização possui dupla finalidade: de um lado, ela é busca prevenir infrações a partir da observação do cumprimento adequado das atividades, como também prepara a fase seguinte do ciclo, a sanção, a partir da constatação formal da infração<sup>86</sup>.

Por fim, a última etapa do ciclo de polícia é a sanção. Ela se realiza apenas após a fiscalização, que confirma a ocorrência de uma infração à ordem e ao consentimento de polícia. As medidas sancionatórias são consideradas uma retribuição pelo descumprimento da norma de conformação de sua liberdade ou propriedade, com o fito tanto de punir o infrator, quanto de funcionar como desincentivo para a prática de infrações adicionais – por ele, e por outros. Com efeito, a modulação da sanção (majoração, redução ou substituição), para além do efeito individual que possuem, extrapolam o caso concreto na medida em que emitem sinais da atividade regulatória para todos os demais agentes e seus comportamentos futuros<sup>87</sup>. Lida, portanto, com efeitos sistêmicos a partir do binômio prescrição sanção.

O vasto campo de atuação do poder de polícia tornou-o formidável aparato regulatório. E realmente, há uma enorme zona gris entre os conceitos de polícia administrativa e regulação. O que ocorre é que a regulação faz uso da polícia administrativa e de outras ferramentas, normalmente em conjunto, mas um não absorve o outro<sup>88</sup>. Calixto Salomão Filho<sup>89</sup> observa que o Estado Regulador, enquanto organizador das relações sociais e econômicas “*reconhece ser para tanto insuficiente o mero e passivo exercício do poder de polícia sobre os mercados*”. A polícia administrativa não se presta, por exemplo, a dirimir conflitos e nem tem o condão de substituir os contratos administrativos.

---

<sup>86</sup> *Ibidem*. P. 443.

<sup>87</sup> BINENBOJM, *Op. Cit.* P. 83.

<sup>88</sup> BINENBOJM, *Op. Cit.* P. 75-76.

<sup>89</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 14

Daí porque a destinação primária do poder de polícia na regulação enfoca as atividades desenvolvidas pelos particulares, a partir da sujeição geral. Com ele, o regulador não apenas colaborará com formulação da gestão setorial, como a implementará, dispondo destas normas de conduta e controle típicas do poder de polícia sobre diversas hipóteses: o produto e seu preço, o fornecedor, os bens empregados na produção, a qualidade e finalidade das informações fornecidas ao destinatário final, *inter alia*<sup>90</sup>. É o poder empregado pela ANVISA, quando ela, por exemplo, realiza a fiscalização da produção e venda de medicamentos, ou da importação de insumos. Porém o poder de polícia administrativa não se limita às agências reguladoras, sendo igualmente empregado pelas autarquias reguladoras, como o Cade, quando realiza a regulação sobre a concentração econômica<sup>91</sup>.

Há, porém, um aspecto da aplicação do poder de polícia administrativa na evolução regulatória que não se pode deixar de comentar. É a ideia crescente de que a dicotomia sujeição geral e sujeição especial não mais pode ser utilizada para limitar o âmbito da polícia administrativa, que passaria a incidir também sobre os serviços delegados. Segundo Binenbojm<sup>92</sup>, isso ocorreria “*quando uma agência reguladora pratica atos de disciplina normativa, fiscalização e sanção, previstos em lei, que incidem sobre as atividades das empresas privadas concessionárias ou permissionárias dos serviços*”. Sob este prisma, incluir-se-ia na polícia administrativa a mais conspícua das competências das agências reguladoras: seu poder normativo.

A ministra Rosa Weber, no julgamento da ADI n. 4.874/DF<sup>93</sup>, entendeu que: “*O poder de polícia da Administração, no entanto, manifesta-se tanto pela prática de atos específicos de efeitos concretos quanto pela edição de atos normativos abstratos e de alcance generalizado*”. Em seu voto, ela vai adiante: “*Não se mostra estranha ao poder geral de polícia da Administração, portanto, a competência das agências reguladoras para editar atos normativos visando à organização e à fiscalização das*

---

<sup>90</sup> SOUTO, *Op. Cit.* P. 80-81.

<sup>91</sup> ARAGÃO, *Op. Cit.* P. 177.

<sup>92</sup> BINENBOJM, *Op. Cit.* P. 74-75.

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.874/DF. Repte.: Confederação Nacional da Indústria. Intdos. Presidente da República; Congresso Nacional. Relatora: Ministra Rosa Weber. Data de julgamento: 01/02/2018. Data de Publicação: 01/02/2019. P. 20.

*atividades por elas reguladas*". Chama-se atenção, contudo, ao fato de que em julgamento estava uma resolução da diretoria colegiada da ANVISA, que não se dedica à regulação de serviços públicos, e sim de atividades privadas.

A posição não é nova. O entendimento de Di Pietro<sup>94</sup> sobre poder de polícia, nesses casos, é que *"abrange inclusive as atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, a confirmar que, nos contratos e atos dessa natureza, o Poder Público "regula" (na linguagem moderna) o serviço concedido"*. Tais concepções, no entanto, enfocam na regulação enquanto normas de conduta e comportamento, ao invés de toda a sistemática regulatória de estímulos e desestímulos.

### 2.1.3 As Agências Reguladoras

A primeira questão a ser abordada é que o termo "agência reguladora" na verdade não constitui ente ou órgão da Administração Pública. É apenas uma nomenclatura que se acharia vazia de significado se não estivesse acompanhada de uma determinada disciplina jurídica que lhe conferisse as prerrogativas necessárias ao desempenho da função regulatória<sup>95</sup>.

Na realidade, as agências reguladoras são autarquias de natureza especial a que se conferem os poderes e competências necessários à tarefa cada vez mais complexa de regular setores da economia, dos quais pode-se destacar a "independência" em relação à Administração Direta, que nada mais é do que um termo mais forte para a definição formal de autonomia<sup>96</sup>. O regime autárquico, note-se, foi especialmente escolhido dentre a arquitetura administrativa especificamente por conferir esta autonomia, com vistas à uma atuação técnica, neutra e despolitizada<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> DI PIETRO, *Op. Cit.* P. 34. *"Com efeito, se a atividade de regulação abrange o estabelecimento de regras de conduta e o controle, com objeto de proteger o interesse público, o seu conceito se enquadra no conceito de poder de polícia (art. 78 CTN)"*.

<sup>95</sup> ARAGÃO, *Op. Cit.* P. 277. A ausência de definição legal sobre o que e quais seriam as agências reguladoras levou a interessantes discussões doutrinárias sobre se outras autarquias com funções regulatórias, como o Cade, a Comissão de Valores Monetários e o Banco Central do Brasil poderiam ser enquadrados como agências reguladoras (Cf. SILVA, *Op. Cit.* P. 41-47). Erigiam-se argumentos contra ou a favor em cada caso. Com o advento da Lei n. 13.848/2019, podemos afirmar categoricamente que nenhum destes é uma agência reguladora para efeitos legais, pois não constam no rol do art. 2º da mesma lei, que comporta abertura apenas para autarquias futuras, e não pretéritas.

<sup>96</sup> *Ibidem.* P. 280.

<sup>97</sup> SOUTO, *Op. Cit.* P. 237-239.

Sua criação, com essas características, se deu na esteira da Reforma do Estado e da descentralização administrativa que marcaram o princípio do Estado Regulador no Brasil<sup>98</sup>. São também uma reação direta do Poder Público à incessante complexificação socioeconômica, em que as estruturas tradicionais estatais-administrativas, fundadas em preceitos de hierarquia e burocratização, restaram desestabilizadas<sup>99</sup> e, portanto, tornaram-se ineficientes. A busca por esta eficiência é a grande característica desta regulação.

Por serem autarquias, as agências reguladoras integram a Administração Pública indireta, nos termos do art. 4º, II, a c/c art. 5º, I<sup>100</sup>, do Decreto-Lei n. 200/67, sendo pessoas jurídicas de direito público interno, na forma do art. 41, IV, do Código Civil<sup>101</sup>. Considerando esta natureza, bem como sendo a regulação uma atividade administrativa, a agência reguladora age “*condicionada pelas normas de direito administrativo, edita atos e normas de direito administrativo ou usa instrumentos de direito administrativo*”<sup>102</sup>, submetendo-se a um regime de Direito Público, com todas as suas prerrogativas e restrições.

A natureza do regime especial das agências reguladoras recebeu definição no art. 3º da Lei n. 13.848/2019, a saber:

Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

---

<sup>98</sup> *Ibidem*. “A diretriz, na Reforma do Estado, é o resgate dessa autonomia, firmando-se um conceito de administração por resultados; o controle finalístico (ou supervisão ou tutela) dar-se-á casuisticamente pela atribuição de títulos de “agências executivas” às autarquias comuns, dotando-as de maior liberdade gerencial, limitando tal controle exercido pelo poder central apenas ao exame do atendimento de metas negociadas em contratos de gestão, dependendo, para tal titulação, do preenchimento de padrões de excelência estabelecidos”. P. 240.

<sup>99</sup> FARIA, *Op. Cit.* P. 188.

<sup>100</sup> Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

<sup>101</sup> Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno: IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;

<sup>102</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Público e Regulação no Brasil*. In: GUERRA, Sérgio. *Regulação no Brasil: uma Visão Multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. P. 97.

Com efeito, todos esses elementos, quando tomados em conjunto, apontam para a forte autonomia concedida pelo ordenamento jurídico às agências reguladoras. Despontam a ausência de subordinação hierárquica e autonomia decisória como núcleos da “independência” das agências. Significa dizer que a Administração Direta não poderá ditar os rumos da regulação econômica à revelia das agências reguladoras. Isso se insere no contexto da descentralização administrativa, e, conforme Aragão<sup>103</sup>: *“Haverá descentralização se forem outorgadas prerrogativas e garantias suficientes ao desempenho autônomo de funções destacadas do poder central. A nota fundamental é a não vinculação hierárquica”*.

A boa administração aconselha a descentralização dos centros decisórios de poder, cada um especializado na sua área de atuação, para fins de eficiência. *“Na verdade, o controle por ente descentralizado parece preferível sempre que pressupõe conhecimentos técnico-científicos ou importa no acompanhamento de tarefas econômicas e financeiras”*, daí porque, segundo Ferreira Filho<sup>104</sup>, conferiu-se às agências reguladoras certo grau de autonomia, compreendido como poder decisório final num campo predeterminado de competência.

Dessa maneira, os conflitos administrativos são desencadeados e dirimidos dentro do âmbito da própria autarquia. Vale dizer, ainda que cada agência reguladora esteja por lei vinculada a um ministério, não é juridicamente possível interpor recurso administrativo com vistas a reverter, com base no poder hierárquico, a decisão tomada pela agência reguladora. Nessa categoria incluem-se não apenas os conflitos dos regulados com a agência, como também entre os concessionários e permissionários entre si, e entre estes últimos e os usuários dos serviços delegados<sup>105</sup>. A decisão da agência é final na Administração Pública – para contestá-la, somente a partir da provocação do Poder Judiciário.

Também não se pode esquecer as autonomias financeira e administrativa das agências. A primeira diz respeito ao fato delas deterem recursos próprios, com especial destaque a taxa de fiscalização e controle dos serviços públicos delegados,

---

<sup>103</sup> ARAGÃO, *Op. Cit.* P. 216. *“Vemo-nos diante de um Direito Administrativo mais complexo e plural, que abandona a ideia de que uma atividade administrativa só é racional na medida em que estiver previamente prevista, detalhadamente normatizada e sujeita a uma linha hierárquica; que substituiu por técnicas de análise, gestão e responsabilidades estratégicas”*. P. 213.

<sup>104</sup> FERREIRA FILHO, *Op. Cit.* P. 133-134.

<sup>105</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. P. 320-321.

além de receberem dotação orçamentária, conservando sua gestão e aplicação<sup>106</sup>. Este aspecto é relevante, na medida em que cada agência poderá alocar seus recursos na forma que melhor entender para o desempenho e desenvolvimento da atuação regulatória e de políticas públicas.

A segunda questão se relaciona ao processo de nomeação de seus dirigentes a termo, em mandatos não coincidentes – o objetivo desta medida é coibir uma interferência política indevida no campo de atuação regulatório, que deve se pautar sempre pela eficiência, e não por preferências político-partidárias. A diretoria é um órgão colegiado precisamente para reduzir ao máximo as influências pessoais no processo decisório, que deverá expressar uma vontade conjunta, que tende a ser mais técnica por neutralizar preferências individuais<sup>107</sup>. A nomeação destes diretores segue o mesmo rito que a de um ministro do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal: o Presidente da República indica um nome, que deverá ser aprovado pelo Senado Federal após sabatina. Uma vez empossados, os diretores somente podem ser destituídos mediante instauração de processo disciplinar, e não *ad nutum*, para dar-lhe garantia de independência no desempenho de suas atribuições.

Porém também há requisitos, previstos no art. 5º da Lei n. 9.986/00, enquanto as vedações encontram-se no art. 8-A da mesma lei: se a atuação das agências reguladoras se fundamenta na eficiência, seus dirigentes deverão apresentar consequentemente uma qualificação técnica-profissional correspondente e objetivamente constatável<sup>108</sup>. Já as vedações denotam clara aversão à influência política: ministros e secretários de Estado ou do Município, dirigente estatutário de partido político, detentor de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente federativo – a proibição, nestes casos se estende aos parentes consanguíneos até o terceiro grau – e participante de estrutura decisória de partido político ou de campanha eleitoral. Mas também verificam-se vedações voltadas contra a influência dos regulados na agência: pessoa que tenha participação em empresa ou entidade no

---

<sup>106</sup> *Ibidem*. P. 321.

<sup>107</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”?* In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Op. Cit. P. 237-239.

<sup>108</sup> *Ibidem*. P. 239.

setor sujeito à regulação, quem exerce cargo em organização sindical, que seja membro do conselho ou diretoria de associação representativa de interesses patronais ou trabalhistas ligados às atividades reguladas pela respectiva agência, *inter alia*.

A razão de ser destas medidas vem de duas frentes: a primeira é o chamado “déficit democrático” que sofrem as agências reguladoras: elas estatuem normas, fiscalizam e punem, mas seus diretores não forem eleitos para exercer tais poderes. Neste ponto, aliamos-nos à visão de Marçal Justen Filho de que “o princípio fundamental da soberania popular não significa a necessidade de todos os agentes públicos serem eleitos mediante sufrágio popular”, o que não significa que o seu processo de escolha e nomeação não seja relevante<sup>109</sup>. A realização dos valores democráticos não precisa ocorrer sempre mediante eleição, e a legitimidade da investidura no cargo se dá a partir dos atos complexos do rito de nomeação justamente pela Presidência da República e o Senado Federal.

Por outro lado, as vedações finais listadas apresentam preocupação com a chamada teoria da captura, elaborada primeiramente por George Stigler<sup>110</sup>. Ela prenuncia, muito resumidamente, que os regulados apoderar-se-ão da agência reguladora, por constituírem a força dominante do mercado, conduzindo-a na direção dos seus interesses escusos, subvertendo toda a lógica da regulação e aprofundando as falhas de mercado, ao invés de reduzi-las<sup>111</sup>. Os poderes coercitivos da agência seriam destinados, então a inibir a competição dos que a capturaram, preservando sua posição dominante, monopólio, oligopólio e assim por diante. Daí por que se procura a neutralização de vontades pessoais na diretoria.

Assim sendo, o modelo das agências reguladoras almeja um corpo técnico, voltado à resolução de problemas e ponderação de interesses do escopo setorial, separado da Administração Pública direta e de sua interferência política. São essas as bases da sua legitimidade<sup>112</sup>. Mesmo assim, as agências reguladoras acabaram

---

<sup>109</sup> *Ibidem*. P. 238.

<sup>110</sup> STIGLER, George J. *The Theory of Economic Regulation*. The Bell Journal of Economics and Management Science, vol. 2., n. 1., 1971, pp. 3-21. “Regulation may be actively sought by an industry, or it may be thrust upon it. A central thesis of this paper is that, as a rule, regulation is acquired by the industry and is designed and operated primarily for its benefit”. P. 3.

<sup>111</sup> LOPES, *Op. Cit.* P. 178-181.

<sup>112</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às Agências Reguladoras*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 25.

caracterizadas por sua enorme concentração de poderes administrativos, de tal sorte que apresentam um desafio às concepções tradicionais de tripartição de poderes e estrutura de Estado Democrático de Direito. Além de serem discricionários, ou seja, que exercidos a partir margem de subjetividade à atuação administrativa, eles também perpassam funções que, teoricamente, pertenceriam aos três poderes, e não apenas às agências autárquicas do Poder Executivo. O fenômeno é consequência direta da complexificação da sociedade e da economia e a resposta que o Estado deu a ela, conferindo mais e mais poder e prerrogativas à Administração Pública<sup>113</sup>:

Ocorre que, no momento em que o legislador passou a recorrer à Administração para cumprir tarefas de planificação, de configuração e de regulação, de configuração e controle políticos, a lei em suas formas clássicas revelou a sua insuficiência [...]. O grau de complexidade e variabilidade da sua atividade passaram a impedir uma predeterminação normativa conclusiva, tornando restrita a aplicabilidade dos programas condicionais “se... então, ...” dos tipos normativos veiculados por lei. As formas jurídicas acabaram, por acolher leis-medida, lei-diretoras, sem exatidão dos resultados visados e sem consequências, com penetração na linguagem do legislador de remissões indeterminadas, semelhantes a cartas brancas e consistentes em cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Esse é o espaço de atuação regulatória das agências, mormente com relação ao seu poder normativo que visaria colmatar as fendas da legislação com normas técnicas, direcionadas e específicas de cada setor. A solução de conflitos internos ao ambiente regulado também tornou necessário que as agências assumissem uma função judicante, dentro das próprias normas que estatuiu<sup>114</sup>. Hoje é pacífica a visão de que o Poder Legislativo não possui o dinamismo necessário à produção de normas que satisfaçam as demandas dos mercados regulados<sup>115</sup>. Contudo, lei não resta desimportante, muito pelo contrário. Apenas passa-se a aceitar que não é a partir de uma legislação minuciosa que se dará a atuação regulatório-normativa.

Floriano de Azevedo Marques Neto<sup>116</sup> elencou seis competências típicas das agências reguladoras, que podem se apresentar de modo parcial ou conjunto, mas

---

<sup>113</sup> LOPES, *Op. Cit.* P. 224.

<sup>114</sup> *Ibidem.* P. 224.

<sup>115</sup> MATTOS, *Op. Cit.*, p. 254.

<sup>116</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Pensando o Controle da Atividade da Regulação Estatal*. In: GUERRA, Sérgio (Coord.) *Temas de Direito Regulatório*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 213-214.

que estarão sempre presentes: (i) normativas – a regulamentação da atividade regulada pela edição de normas a serem observadas pelos regulados; (ii) adjudicatórias – emissão de comandos concretos necessários ao exercício de direitos referentes à exploração da atividade regulada; (iii) fiscalizatórias – monitorar a atuação dos regulados, a fim de averiguar se estas estão de acordo com os padrões estabelecidos; (iv) sancionatórias – aplicação de sanções àqueles comportamentos que estão em desconformidade com as normas e padrões de conduta da regulação; (v) arbitrais – dirimir e compor conflitos administrativamente, entre os agentes regulados e entre estes e os usuários dos seus serviços; e (vi) recomendatórias ou orientadoras – relacionam-se aos conhecimentos específicos do regulador para orientar, subsidiar ou informar o processo decisório estatal acerca da produção de novas normas que se encaixem na competência do regulador, com destaque para aquelas relacionadas às políticas públicas.

As agências reguladoras, como se vê, foram incumbidas de enormes atribuições, cujo acúmulo representou uma quebra de paradigma também na forma de se encarar e pensar o Direito Administrativo, a partir de uma forte influência do Direito Econômico. Porém, subsiste que, enquanto atividade administrativa, continua subordinada aos ditames constitucionais, incluindo os princípios de atuação administrativa<sup>117</sup>. Também por isso, as agências reguladoras sofreram enorme resistência.

O poder normativo com força de lei das agências reguladoras em especial causou espetacular controvérsia, porque, dizia-se, seria inconstitucional. Eros Roberto Grau<sup>118</sup>, à título de exemplo, definiu as agências reguladoras como “*franca e irremediavelmente inconstitucionais*” e chegou a chamá-las de “*meras repartições públicas*”. Por lógica, o Estado Regulador inteiro seria inadmissível, porque se funda na atuação destas. O argumento principal seria de que as agências não poderiam inovar no mundo jurídico com suas normas, em razão do princípio da legalidade insculpido no art. 5º, II, da Constituição Federal.

---

<sup>117</sup> Segundo Guerra: “A essas entidades foram conferidas funções objetivando uma pré-*interpretação constitucional, com vistas à identificação de aporias e à correção nos mercados dos subsistemas delegados. Tudo isso deve ocorrer por meio da ponderação de interesses, em um ambiente de segurança jurídica das relações, com vistas à conformação de uma regulação razoável, proporcional e eficiente*”. GUERRA, *Op. Cit.* P. 246.

<sup>118</sup> GRAU, Eros Roberto. *As Agências, essas Repartições Públicas*. In. SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e Desenvolvimento*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 27-28

Porém, mesmo entre os defensores do poder normativo das agências não havia consenso quanto à sua base jurídica. Boa parte da doutrina referiu que ele se operava através de delegação legislativa às agências, justificando a inovação que traz<sup>119</sup>. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro não comporta essa espécie de delegação total do poder legiferante para um ente da Administração<sup>120</sup>, em razão do art. 84, IV, da Constituição Federal, que confere ao Presidente da República (e não à Administração Pública) o poder regulamentar leis para sua fiel execução, em conjunto com o art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>121</sup>, que revogou todas as delegações ao Poder Executivo das competências do Congresso Nacional, fazendo menção expressa ao poder normativo.

Na realidade, o ordenamento jurídico brasileiro fundamenta o poder normativo das agências, bem como toda e qualquer atuação sua, na lei. Na lei que a estatui, e nas demais leis que a regem. “*É legítima a outorga de competência normativa para a Administração quando a própria lei fixe estes parâmetros de forma clara e completa fazendo com que ela exerça essa competência em conformidade com a vontade do legislador (ou da lei).*”<sup>122</sup> O que ocorre efetivamente, nesses casos, é que as agências atuarão com base numa lei que deixou de fixar maiores detalhes sobre a matéria legislada, balizando-a apenas em *standards* e finalidades gerais, sem especificar seu meio de concretização<sup>123</sup>.

Aliás, como bem observou Sérgio Guerra, se a competência normativa das agências se fundasse em delegação, poderia, em tese, ser cassada<sup>124</sup>. De fato, como o mesmo autor destaca, a produção normativa se encaixa na “*atuação pela via da*

---

<sup>119</sup> MATTOS, *Op. Cit.* P. 254.

<sup>120</sup> NETO, Benedicto Porto. *A Agência Nacional de Telecomunicações*. In SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico. Op. Cit.* P. 290-291.

<sup>121</sup> Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa; II - alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.

<sup>122</sup> NETO, *Op. Cit.* “*Ou seja, devem estar contidos na própria lei os princípios, os limites da atuação da Agência no exercício da competência normativa e as finalidades que devem, por meio delas, ser alcançadas.*” P. 291.

<sup>123</sup> ARAGÃO, *Op. Cit.* P. 411.

<sup>124</sup> GUERRA, *Op. Cit.* P. 163.

*discricionaridade — pois alguma margem de discricionaridade sempre é legada ao administrador*". Sob este prisma, a agência operaria *intra legem*<sup>125</sup>.

A questão da legitimidade constitucional da competência normativa das agências foi apreciada em um dos mais relevantes precedentes de Direito Regulatório, a ADI n. 4.874/DF, de Relatoria da Min. Rosa Weber. Neste caso, o Supremo Tribunal Federal rechaçou a tese da delegação<sup>126</sup>, estabelecendo que o poder normativo deriva dos limites da lei: *"Embora apto a produzir atos normativos abstratos com força de lei, o poder normativo exercido pelas agências reguladoras vê os seus limites materiais condicionados aos parâmetros fixados pelo legislador"*.

Nesse sentido, as normas regulatórias não têm o condão de superar ou inovar com relação à lei, porque lhe deve subserviência – *"A norma regulatória preserva sua legitimidade quando cumpre o conteúdo material da legislação setorial"*<sup>127</sup> –, mas as agências reguladoras têm, sim, a competência para criar regras novas, desde que nos limites já constantes na lei (*"regras novas, e não direito novo"*). Estes atos normativos podem ser abstratos e deterão força de lei, podendo gerar normas novas no setor regulado a partir da incidência da discricionariedade administrativa, porque é isto que a dinâmica regulatória requer. Porém, não se pode dizer que inovará nem subverterá a lei, porque, *"a orientação seguida pelo Administrador deve necessariamente traduzir uma escolha previamente realizada pelo Legislador, que lhe confere autoridade"*<sup>128</sup>. Ou seja, a lei já está posta, aqueles pressupostos já integram o mundo jurídico, e a agência reguladora apenas os cristalizou em normas.

A respeito da separação dos poderes, ora desafiada pelo Estado Regulador, vale referenciar a conclusão de Sunstein e Vermeule<sup>129</sup> no sentido de que não há, efetivamente, uma ruptura na tripartição: *"when agencies—acting within a statutory grant of authority—make rules, interpret rules, and adjudicate violations, they exercise*

---

<sup>125</sup> *Ibidem*. P. 173.

<sup>126</sup> Confira-se o trecho do voto: *"O Legislador, de fato, não pode delegar a responsabilidade pela decisão política, mas a escolha dos meios para a persecução da política por ele definida pode ser objeto de delegação"*. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.874/DF. Recte.: Confederação Nacional da Indústria. Intdos. Presidente da República; Congresso Nacional. Relatora: Ministra Rosa Weber. Data de julgamento: 01/02/2018. Data de Publicação: 01/02/2019. P. 37.

<sup>127</sup> *Ibidem*. P. 27-28.

<sup>128</sup> *Ibidem*. P. 36-37.

<sup>129</sup> SUNSTEIN; VERMEULE. *Op. Cit.* Adicionalmente: *"The separation of powers is fully satisfied as long as the principal institutions set out in the Constitution—the Congress, the president, and the judiciary—while exercising their prescribed functions, devise and approve the scheme of agency authority that combines rulemaking and rule-interpreting power in the agency's hands"*. P. 140.

*executive power, not legislative or judicial power*". A lógica aplicável ao Direito brasileiro é a mesma. A produção normativa das agências reguladoras é um exercício de Poder Executivo<sup>130</sup>, e não Legislativo, não se confundindo com delegação ou mesmo com o regulamento autônomo<sup>131</sup>. A mesma afirmação pode ser feita a respeito da função judicante das agências – elas não assumem as competências do Poder Judiciário, elas atuam com exclusividade na esfera administrativa.

As normas das agências reguladoras são a materialização das escolhas, feitas a partir dos preceitos e aberturas da lei respectiva, para regular – racionalizar o processo de escolhas, estabelecer normas de conduta e controle, fixar padrões etc. – dentro do contexto de uma economia cada vez mais complexa<sup>132</sup>. Não é, por certo, a única competência das agências reguladoras, mas é a mais relevante, porque normatiza tudo aquilo que já estava fora do alcance do processo legislativo tradicional, e é a partir dos atos normativos criados que a regulação ganhará vida.

A questão, agora, é como exercer o controle judicial de toda esta ordem normativa criada no exercício da regulação.

---

<sup>130</sup> No mesmo sentido, Guerra: "*A regulação é uma função administrativa, que não decorre da prerrogativa do poder político, e, sim, da abertura da lei para que o agente regulador pondere, de modo neutro, os interesses concorrentes em conflitos setoriais, sejam eles potenciais ou efetivos*". GUERRA, *Op. Cit.* P. 179.

<sup>131</sup> *Ibidem.* P. 173.

<sup>132</sup> *Ibidem.* P. 176.

## 2.2 O CONTROLE JURISDICIONAL DA REGULAÇÃO

Considerando-se a regulação da economia uma atividade administrativa, a questão se insere na temática do controle jurisdicional da Administração Pública.

A regulação como um todo já apresenta desafios à tripartição constitucional de poderes, na medida em que a Administração Pública assume tarefas que seriam tradicionalmente do Legislativo (poder normativo) e até do Judiciário (função judicante). Nesse sentido, a regulação econômica é uma atividade administrativa com traços peculiares em relação às demais, pois opera a partir de um conjunto de pressupostos interdisciplinares, através de uma conjugação de instrumentos administrativos, com uma finalidade específica definida pela lei e suas políticas públicas<sup>133</sup>. O controle jurisdicional deve reconhecer as peculiaridades da regulação, para delimitar com precisão seu escopo e evitar a usurpação de um poder pelo outro<sup>134</sup>.

Os atos de regulação são todos atos administrativos, e compor-se-ão por todos os seus elementos e atributos<sup>135</sup>. Enquanto ato, é “*uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa*”<sup>136</sup>. Sua natureza permitirá encaixá-los na margem de apreciação da Administração Pública conhecida como discricionariedade administrativa, caracterizada pelo binômio conveniência e oportunidade<sup>137</sup>. Vale dizer, as agências reguladoras poderão escolher, dentre diversas opções, todas juridicamente válidas, aquela que melhor satisfaz o interesse público, o que consubstancia a finalidade da regulação. De outra parte, elas permanecem vinculadas aos termos da lei e da Constituição Federal.

É nessa dialética entre liberdade e poder-dever de atuação administrativa e a imperatividade e primazia do controle judicial que a discussão se desenvolve. Um fato permanece certo: a regulação e seus atos não escapam à apreciação judicial<sup>138</sup>. Reina

---

<sup>133</sup> TOJAL, *Op. Cit.* “Essa é a questão fundamental. Enquanto não se reconhecer a real abrangência dessa realocação de poderes normativos no âmbito do aparelho estatal [...] não se cuidará de efetivamente estabelecer limites a essa mesma atuação, ficando a discussão no plano meramente teórico”. P. 152.

<sup>134</sup> SILVA, *Op. Cit.* P. 53.

<sup>135</sup> SOUTO, *Op. Cit.* P. 290.

<sup>136</sup> JUSTEN FILHO, *Curso de Direito Administrativo. Op. Cit.* P. 219.

<sup>137</sup> MEIRELLES, *Op. Cit.* P. 120.

<sup>138</sup> BARROSO, *Op. Cit.* P. 126.

entre nós a unicidade da jurisdição e a inafastabilidade da prestação jurisdicional preconizada no art. 5º, XXXV, do texto constitucional.

A possibilidade de revisão judicial dos atos das agências reguladoras passa a ser entendida, inclusive, como mais um fator para a legitimação da sua conduta, no sentido de conformá-la à ordem jurídica. Do escólio doutrinário dos Estados Unidos, país da gênese do fenômeno das agências reguladoras, extraímos a posição desenvolvida por Louis Jaffe<sup>139</sup>, num dos mais clássicos estudos sobre controle dos atos administrativos desta natureza: “*the availability of judicial review is the necessary condition, psychologically if not logically, of a system of administrative power which purports to be legitimate, or legally valid*”. Por este entendimento, deve-se manter aberto o espaço de atuação do regulador independente, porém os seus poderes discricionários somente se estendem até os limites consagrados pela lei e seus objetivos. “*Action beyond that limit is not legitimate*”.

Nos contornos dados pelo Direito Administrativo brasileiro, a discussão se situa no campo de conceitos de mérito administrativo, discricionariedade e vinculação do ato administrativo, conveniência e oportunidade, e exame de legalidade do ato. Essa estrutura do controle judicial da Administração é complementada pela incidência dos princípios constitucionais e o bloco de constitucionalidade, que alteraram – sem totalmente apagar – o método tradicional de revisão judicial<sup>140</sup>.

### **2.2.1 Controle da Legalidade e Mérito Administrativo**

A interpretação mais vetusta dos suportes teóricos do Direito Administrativo promove uma clássica distinção entre o exame da legalidade do ato administrativo e a impossibilidade judicial de se adentrar no chamado mérito administrativo, entendido como a apreciação do administrador quanto ao acerto, utilidade, razoabilidade, moralidade e à própria justiça do ato administrativo<sup>141</sup>. A revisão judicial cingir-se-ia,

---

<sup>139</sup> JAFFE, Louis L. *The Right to Judicial Review I*. Harvard Law Review, vol. 71, n. 3, jan. 1958, pp. 401-437. P. 401.

<sup>140</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. P. 240.

<sup>141</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, vol. 23, 1951, p. 1-16. P. 1-2.

mas seria total, na análise de legalidade, verificando, por exemplo, se o ato seria vinculado, se encontra suporte legal, se seguiu o rito legal ou administrativo pertinente. Mas ela não poderia se intrometer naquilo que adentra a margem da discricionariedade administrativa. Afinal de contas, o administrador detém legitimidade para fazer escolhas dentro dos limites que a lei lhe conceder, e não seria papel do Judiciário fazer tais escolhas em seu lugar.

Ao identificar o campo permitido ao reexame pelo Judiciário, José Cretella Júnior<sup>142</sup> descreve-o como aquele relacionado à legalidade ou legitimidade do ato administrativo: perquirem-se todos os elementos do ato, desde seu nascimento, sempre com vistas à finalidade: “*Contrariou texto expresso na lei? Foi editado o ato, desatentando-se a algum dos requisitos exigidos em sua estrutura ou arquitetônica? Encerra algum vício que o desnature, tornando-o suscetível de nulidade ou anulabilidade?*”. Porém, ao tratar do campo interdito ao reexame, simplesmente constata-se que o mérito administrativo é competência do Poder Executivo, sendo defeso à autoridade judicial reexaminá-lo.

Conforme bem pontuado por Eduardo Jordão<sup>143</sup>, o controle judicial da administração segue uma lógica microscópica, em que se examinam todos os elementos do ato administrativo. Faz-se uma “anatomia” do ato, em que se avalia, a partir de cada um dos seus elementos, o que deve ou não ser controlado. Portanto, da mesma forma como os atos administrativos, seus elementos também serão ou vinculados (competência, finalidade, forma) ou discricionários (motivação e objeto), sendo que é nesta segunda hipótese que se encontra a formulação do mérito administrativo<sup>144</sup>. A bipartição da abordagem do controle judicial clássica ocorreria também aqui.

Diz-se vinculado o ato quando a lei já estabelece a maneira de agir da Administração Pública, não lhe dando opções. Considerando-se que toda autoridade administrativa deriva da lei, se esta comanda que em face de determinadas circunstâncias a Administração deverá proceder necessariamente de certa forma,

---

<sup>142</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos Atos Administrativos Especiais*. 2ª ed. 2ª Tir. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 448-449.

<sup>143</sup> JORDÃO, Eduardo. *Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública*. 1ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. P. 24-25.

<sup>144</sup> MOREIRA NETO, Op. Cit. P. 171.

tem-se vinculação<sup>145</sup>. No exercício do controle jurisdicional, se o ato for totalmente vinculado, já poderá o Judiciário determinar sua substituição pelo comando legal, pois esta é a única hipótese autorizada. Não há mérito administrativo na vinculação, porque não houve escolha a ser feita pela Administração.

Haverá discricionariedade quando a lei conferir margem de liberdade na decisão da Administração diante do caso concreto, podendo-se optar dentre diversas possibilidades igualmente válidas<sup>146</sup> – e devem ser válidas, em razão da adstrição aos princípios da legalidade e juridicidade. A tomada de decisão será feita a partir de critérios de conveniência e oportunidade<sup>147</sup>, focando-se nos elementos objeto e motivação do ato, resultando no mérito administrativo. Quando praticado no âmbito da regulação econômica, Diogo de Figueiredo Moreira Neto denominou-o “mérito regulatório”<sup>148</sup>, em reconhecimento da sua produção por autarquias autônomas no exercício de uma discricionariedade ampliada por sua lei. São nestas decisões, em que a Administração faz uma avaliação própria, em que se veda a substituição da decisão administrativa pela judicial.

Com efeito, a relação discricionariedade-vinculação é indispensável ao correto entendimento dos limites do controle jurisdicional da Administração, de modo que convém abordá-los conjuntamente. Juntos, ambos concretizam o princípio da legalidade enquanto reserva legal, que impõe as regras de atuação e competência da Administração, sempre com base na lei. Na linha de Rafael Maffini<sup>149</sup>: “*Neste sentido, não haveria um poder vinculado ou um poder discricionário, mas, tão somente, regras de atribuição de competência vinculada ou discricionária*”. O legislador estabelece limites de competência dentro dos quais a Administração agirá.

---

<sup>145</sup> DI PIETRO, *Direito Administrativo. Op. Cit.* P. 489.

<sup>146</sup> *Ibidem.* P. 489.

<sup>147</sup> Moreira Neto traça uma diferenciação entre os dois conceitos: “*Por oportunidade, entende-se a satisfação dos pressupostos de fato e de direito que a Administração considere necessários e suficientes para a prática de ato, voltado a atender certa finalidade pública estabelecida por lei específica e a ela cometida. Por conveniência, entende-se o tipo e a intensidade de eficácia jurídica, que a Administração considere necessários e suficientes para a prática de ato, cujo conteúdo esteja adequado à produção de resultados, que satisfaçam à finalidade pública específica que o justifica*”. MOREIRA NETO, *Op. Cit.* P. 307.

<sup>148</sup> *Ibidem.* P. 367.

<sup>149</sup> MAFFINI, Rafael. *Elementos do Direito Administrativo: Atualizado até a Lei 13.303/2016 – Estatuto das Estatais*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. P. 64.

A discricionariedade é, mesmo assim, suscetível ao exame judicial. Às cortes é lícito prescrutar a moralidade, finalidade, impessoalidade, enfim, sua validade. Ocorre que esse controle deverá ser, em regra, negativo, porque o juiz não é legítimo para tomar decisões de conveniência e oportunidade. Cabe ao Judiciário apenas invalidar a decisão administrativa, e não exercer um controle positivo para determinar uma nova providência à Administração. A possibilidade de um controle positivo seria excepcional, nos casos chamados de discricionariedade reduzida a zero – e mesmo neste caso não se tem um controle do mérito administrativo, e sim, como refere Maffini, “*um controle jurisdicional pautado pela noção de validade, mesmo que esta se encontre devidamente ampliada*”<sup>150</sup>.

Seabra Fagundes<sup>151</sup> delineou a problemática da seguinte forma:

O juiz [...] não se substitui ao administrador naquilo que lhe é estritamente peculiar, isto é, na apreciação política, ou, se se quiser, discricionária do procedimento administrativo. Não passa a praticar medidas ou a tomar resoluções, de cunho político-administrativo. Não aprecia soluções diversas, não se decide entre umas e outras. Faz, tão somente, cumprir a lei em resguardo de um direito subjetivo do indivíduo, assegurando a este a única solução (ou uma dentre soluções alternativas previamente fixadas pelo legislador, o que dá no mesmo do ponto de vista da limitação do conteúdo substancial do provimento) autorizada pelos textos escritos. Assegura o cumprimento estrito da lei (controle de legalidade); não escolhe entre soluções de conveniência discutível pelo confronto de umas com outras (o que seria um controle de discricionariedade).

Na regulação, a possibilidade de o juiz substituir o regulador é vista como extremamente problemática. Trata-se de uma atividade de natureza técnica, cujo bom desempenho exige uma qualificação especializada. “*Há inúmeros termos técnicos empregados nas normas de cunho econômico, muitos deles com grande indeterminação, e que, por isso, necessitam de certa margem de apreciação diante do caso concreto*”<sup>152</sup>. Outrossim, a decisão judicial não terá condições de levar em conta os mesmos fatores e pressupostos econômicos, sistêmicos e prospectivos que a agência.

Por outro lado, importante esclarecer: a discricionariedade não é um “passaporte para o absoluto” apenas por se basear no binômio conveniência-oportunidade<sup>153</sup>. À Administração confere-se uma margem apreciativa, não a

---

<sup>150</sup> *Ibidem*. P. 70.

<sup>151</sup> FAGUNDES, *Op. Cit.* P. 2.

<sup>152</sup> GUERRA, *Op. Cit.* P. 102.

<sup>153</sup> *Ibidem*. P. 184.

possibilidade de tomar tais ou quais ações a Administração quiser apenas porque as julgou convenientes e oportunas. A discricionariedade sem limites desagua na arbitrariedade<sup>154</sup>, nos desmandos do Executivo, uma conduta ilícita e ilegítima.

Em realidade, a discricionariedade é uma técnica jurídica de integração entre a ação administrativa concreta à finalidade da lei, para densificar seu conteúdo até então incompleto, a partir de uma margem de apreciação do motivo e objeto do ato em questão<sup>155</sup>. É, nessa senda, um requisito de completude da norma. A atividade administrativo-regulatória não apenas age dentro dos parâmetros da lei, como a completa. Porém, se é verdade que toda lei obedece e deve ser interpretada à luz da Constituição e que seu art. 37 elenca uma série de princípios para a Administração Pública, é certo que o cotejo deles torna-se indispensável. Como exposto por Gustavo Binenbojm<sup>156</sup>: “*Com efeito, a Constituição se presta (i) não só como norma direta e imediatamente habilitadora de competências administrativas, como também (ii) serve de critério imediato de decisão administrativa*”.

Esfacela-se a concepção de uma discricionariedade administrativa arraigada na legalidade formal e estrita, desconexa do plexo de princípios e exigências impostos à Administração e, por consequência, começa a ruir a impenetrabilidade no mérito administrativo. A vinculação dos atos passa a ser vista por um ângulo constitucional, e não meramente legal. Ao Poder Judiciário passa a ser facultado examinar o cumprimento destes princípios, a motivação, o atingimento da finalidade, a eficiência, enfim, passa-se a controlar o cumprimento da axiologia constitucional<sup>157</sup>. E com isso começam a ficar menos claras as linhas entre mérito e legalidade.

### **2.2.2 Controle Jurisdicional Sistemático**

A Constituição Federal brasileira de 1988 é minuciosa, principiológica e dirigista. Ela dispõe sobre um longo rol de princípios que regem a Administração

---

<sup>154</sup> CARVALHO FILHO, *Op. Cit.* P. 68.

<sup>155</sup> MOREIRA NETO, *Op. Cit.* P. 171.

<sup>156</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. P. 137.

<sup>157</sup> FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 31.

Pública e o Direito em geral, acarretando uma constitucionalização do Direito Administrativo. O dever de obediência a esses princípios fornece aos tribunais o pretexto necessário para intervir cada vez mais na atuação administrativa, fazendo-o microscopicamente a partir da análise de cada um dos elementos do ato administrativo de acordo com o esquema discricionariedade-vinculação. A intervenção, quando é excessiva e invasiva, acabou por receber o nome de “ativismo judicial”. Sob a ótica da Administração, todavia, estes princípios lhe conferiram base jurídica para justamente tentar desviar do escrutínio judiciário. Essa atuação administrativa e judicial em campo mais amplo, que sai da lei e vai para o bloco de constitucionalidade, gera incerteza jurídica na medida em que não circunscreve com precisão onde ou como cada um desses poderes deverá atuar<sup>158</sup>.

Como resultado, Poder Judiciário tem o dever de assegurar que todos os atos administrativos estão em conformidade com o feixe axiológico constitucional<sup>159</sup>. A consequência é que isso desloca a discussão dos elementos do ato administrativo desta ou daquela lei específica e passa a tratá-la em termos diretamente constitucionais. O princípio da legalidade evolui para um princípio da juridicidade, a partir do qual deve se dar a revisão judicial dos atos da Administração Pública<sup>160</sup>.

Como corolário, a discricionariedade administrativa não pode mais ser considerada uma faculdade do administrador, devendo ser tomada, ao invés disso, como um poder-dever consagrado pelo constituinte para tomar as melhores decisões, guiado por tais princípios, para os melhores resultados na realização das políticas públicas, em subordinação ao interesse público<sup>161</sup>. Quanto à vinculação, não poderia

---

<sup>158</sup> JORDÃO, Eduardo. *Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública*. 1ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. P. 24-25.

<sup>159</sup> Isso não é uma exclusividade do Direito brasileiro. Sunstein e Vermeule descrevem fenômeno muito parecido no Direito americano: “*Administrative law has its own internal morality, a reflection of internal morality of law. That internal morality embraces many of the concerns and objections of those who are deeply skeptical of the administrative state. It empowers but also channels administrative authority, not by abolishing agencies but by insisting on a set of principles that might fairly be said to constitute the old ideal of the rule of law as a rational order that helps to promote the common good. It offers surrogate safeguard – not constitutional invalidation, but checks and limits that promote fidelity to law and call that for reasoned justifications. Crucially, these both shape and legitimate the administrative state, helping to make agency action efficacious not as arbitrary command but as law*”. SUNSTEIN, VERMEULE. *Op. Cit.* P. 156.

<sup>160</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. P. 240-242.

<sup>161</sup> *Ibidem*. P. 147. “Assim, com a crise da lei formal, a Constituição - seu complexo sistema de princípios e regras - passa a ser o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode

mais o administrador maquinalmente seguir os comandos legais, deixando de levar em consideração potenciais ofensas aos direitos fundamentais ou aos princípios constitucionais. O ato administrativo passa a extrair seu conteúdo diretamente da Constituição Federal, tanto do ponto de vista da sua vinculação à lei, quanto à margem discricionária de sua apreciação em termos de mérito administrativo<sup>162</sup>.

Por esta mesma razão se tem dito que houve uma superação do divisão vinculação-discricionariedade, passando-se a falar de graus de vinculação à juridicidade. Nenhum ato é totalmente vinculado ou totalmente discricionário. A vinculação não pode servir de desculpas à Administração Pública para marginalizar direitos ou deveres legítimos – por outro lado, a sua discricionariedade fica claramente vinculada à persecução de determinados objetivos em políticas públicas, sendo que “*essa vinculação [...] dá-se em relação ao ordenamento jurídico como uma unidade (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais)*”<sup>163</sup>. O Judiciário, atento a essa transformação, deve ser abster de sindicalizar os atos administrativos com base em noções estanques de legalidade e mérito administrativo, como se não houvesse convergência entre eles. Sob este entendimento, rejeitam-se posições simplistas de “ou controla, ou não controla”, com uma consequência severa para o controle judicial da Administração: já não se sabe mais sempre onde começa e onde termina a análise da legalidade e a do mérito administrativo<sup>164</sup>.

Hoje se admite a interferência do Poder Judiciário no controle do ato administrativo em razão da incidência dos princípios constitucionais, com destaque, na regulação econômica, para os da razoabilidade, da moralidade e da eficiência. Essas seriam as três grandes exceções que permitiriam ao juiz adentrar no mérito administrativo. “*Isso porque verificar se alguma coisa é, por exemplo, razoável – ou seja, se há adequação entre meio e fim, necessidade e proporcionalidade – é,*

---

*ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade”.*

<sup>162</sup> FREITAS, Op. Cit. P. 335-337.

<sup>163</sup> BINENBOJM, Op. Cit. P. 147.

<sup>164</sup> WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonacorsi de; GAMA E COLOMBO, Daniel. *Revisão Judicial dos Atos das Agências Reguladoras: uma Análise da Jurisprudência Brasileira*. In.: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito Econômico: Direito Econômico Regulatório*. Série GV-Law. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 183.

*evidentemente, um exame de mérito*". A partir disso, pode-se dizer, como o faz Luís Roberto Barroso<sup>165</sup>, que *"a doutrina convencional a respeito do controle dos atos administrativos, incluindo-se aí os atos das agências reguladoras, subsiste, mas com essas exceções"*.

Sobre esta questão, perfilhamos o entendimento de Maffini<sup>166</sup>, ao esclarecer que o Poder Judiciário *"não pode promover o controle do mérito administrativo, no sentido de que não pode se intrometer em questões administrativas de conveniência e oportunidade propriamente ditas; poderá, contudo, fazer o controle no mérito administrativo"* – ou seja, um controle formal e substancial da decisão discricionária – *"mesmo que para isso tenha de analisar a escolha que foi realizada pela Administração Pública"*. A competência dos tribunais, na realidade, não se alterou. Houve a evolução do conceito de validade, extrapolando os critérios meramente legais, passando a abranger também o aspecto substancial, acompanhando a passagem de legalidade para juridicidade. Continua válido o paradigma de que o controle de mérito não está na competência do Poder Judiciário, a quem não cabe realizar juízos sobre conveniência e oportunidade<sup>167</sup>.

Quando se fala de um controle sistemático da Administração Pública, faz-se referência a um exame judicial que leva em consideração não apenas a situação fática, como também o grande sistema de princípios engastados no bloco de constitucionalidade, e os efeitos disso sobre as competências discricionárias e vinculadas da Administração Pública. Os contornos desse controle sistemático foram postos por Juarez Freitas<sup>168</sup>:

Diante disso, o controle sistemático das relações administrativas, inspirado e norteado por princípios, objetivos e direitos fundamentais, reclama, sem agredir a tradição e sem olvidar a lição dos clássicos, uma nova atitude de quem exerce o controle. Não significa que a relatividade sistemática implique qualquer debilidade eficaz. Ao revés, acarreta o fortalecimento da cogência

---

<sup>165</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Apontamentos sobre as Agências Reguladoras*. In.: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. P. 127.

<sup>166</sup> MAFFINI, *Op. Cit.* P. 70. A respeito da discussão se há ou não controle jurisdicional do mérito, relevante destacar a seguinte passagem: *"Rogando-se vênia aos que se imbuíram em tal discussão, ao menos nos dias de hoje, a questão é meramente terminológica. Não mais se discute o que pode ser controlado e como o Poder Judiciário pode promover o controle das condutas discricionárias. Controverte-se, exclusivamente, sobre o modo de denominar tal controle"*. P. 69.

<sup>167</sup> *Ibidem*, 67-68.

<sup>168</sup> FREITAS, *Op. Cit.* P. 41-42. *"Dito isso, o controle sistemático das relações administrativas precisa densificar o direito fundamental-síntese à boa administração pública, na ciência de que o agente público, especialmente o responsável pelo controle de racionalidade das escolhas administrativas, tem o poder-dever de incentivar o resguardo, antes de tudo, do catálogo de princípios, objetivos e direitos fundamentais, de maneira concatenada"*. P. 28.

dos princípios regentes das relações administrativas, com a correspondente mensuração do atendimento das metas constitucionais.

A crítica a um controle judicial excessivo por princípios é duríssima. Como são normas de baixa densidade (ou indeterminação normativa), como diz Sundfeld<sup>169</sup>, “*princípios vagos podem ser usados para justificar qualquer decisão*”. Na regulação, em que se demanda conhecimento técnico específico, valer-se apenas de princípios para substituir a decisão do regulador teria efeito desastroso. Não há simetria entre as razões dos tribunais e a dos reguladores: as agências reguladoras formulam sua decisão levando em conta razões jurídicas, econômicas, sociais, técnicas e ambientais, a curto, médio e longo prazo – essas razões não podem ser utilizadas pelo Poder Judiciário para justificar as suas, que são apenas de Direito<sup>170</sup>. Considerando os embasamentos distintos, sendo o da regulação consideravelmente mais técnico, preciso e concreto, não basta apenas invocar princípios, “*deve-se respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções e estudar causas e consequências, ponderar as vantagens em desvantagens*”<sup>171</sup>.

Porém, nesse ponto é necessário reprimir que o controle judicial sistemático não existe para ser intrusivo ou omissivo, ele se propõe justamente a abandonar a lógica do “tudo-ou-nada”. “*Erram os maximalistas, que pretendem tudo controlar, produzindo – às vezes, com a intenção funesta de vender facilidades – uma paralisia burocrática insana*”<sup>172</sup>. Esse novo enfoque de revisão jurisdicional apenas reconhece a necessidade de adequar às ações administrativas aos mandamentos constitucionais para evitar arbitrariedades, que perpetuam falhas cada vez mais gritantes. Defende-se um controle de equilíbrio dinâmico, a partir de uma visão de proporcionalidade, “a

---

<sup>169</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 1ª ed. São Paulo, Malheiros, 2012. P. 60-61.

<sup>170</sup> GUERRA, *Op. Cit.* “O controle judicial é balizado pelo direito, de modo que essa perspectiva limita o acesso do magistrado a todos os aspectos e impactos prospectivos da escolha regulatória que se fundamenta, para além do direito, em critérios metajurídicos” P. 218-219.

<sup>171</sup> SUNDFELD, *Idem*. P. 60. “Ao julgarem com base em princípios, os juízes exercem função regulatória, e não podem fazê-lo superficialmente. [...] Em suma, é preciso que o Judiciário, transformado em regulador, comporte-se como tal, com todos os ônus que isso envolve”. P.83-84.

<sup>172</sup> FREITAS, *Op. Cit.* P. 335.

*qual não aceita o excesso de impulsos invasivos, tampouco cai no famigerado omissivismo inconstitucional, que confunde deferência com a inércia odiosa*<sup>173</sup>.

A regulação não existe isolada do sistema jurídico e seus princípios, ela coexiste e é guiada por eles, e formulada de acordo com seus padrões<sup>174</sup>. Toda a discussão sobre regulação gira em torno da ordem econômica constitucional e da atuação administrativa. Seria inviável, neste trabalho, minudenciar como cada um desses princípios se relaciona à atividade regulatória. Porém, cumpre-nos abrir espaço para destacar o mais seminal deles: o princípio da eficiência. Inserido na juridicidade, ele perfaz toda a dinâmica regulatória, vez que se relaciona à técnica empregada, que deve sempre buscar a decisão mais eficaz.

O princípio da eficiência é essencialmente finalístico, e diz com a teleologia da atividade administrativa, disciplinando seus resultados. Sob o prisma da eficiência, a validação de um ato administrativo ocorre a partir de seu resultado, ou seja, seu êxito (resultado pretendido na lei), e não pelo preenchimento das condições necessárias ao ato, independentemente de seu resultado<sup>175</sup>. A eficiência, então, vincula o ato administrativo-regulatório à uma finalidade de êxito na implementação de políticas públicas, que deverá ser obtida a partir da tomada da melhor decisão, a partir da margem de apreciação da situação fática.

A consequência disso é que a discricionariedade por ele vinculada deixa de ser “apenas administrativa” e transmuta-se em discricionariedade técnica. Por ela, não basta adimplir com os requisitos formais da legalidade e operar por meio de conveniência e oportunidade: “*a legalidade finalística o vincula a uma otimização de sua solução para preenchimento de conceitos e diretrizes legais*”<sup>176</sup>. O êxito preconizado se caracteriza por uma soma de obtenção dos objetivos legais (adequação), ponderação dos meios em termos de necessidade (veação a excessos) e a redução dos custos imposto aos administrados e regulados a partir de uma ponderação dos direitos e liberdades individuais postos em questão – a

---

<sup>173</sup> *Ibidem*. P. 335.

<sup>174</sup> LOPES *Op. Cit.* P. 232

<sup>175</sup> FERRAZ JUNIOR, *Op. Cit.* P. 214. “*A eficiência cria para a Administração uma responsabilidade que não se reduz nem ao risco administrativo (responsabilidade pelo risco), nem à igualdade perante os encargos públicos (responsabilidade institucional), mas antes as incorpora em nome da obrigação imposta ao poder pública, ao exercer funções reguladoras no mercado, de evitar assimetrias de informação que funcionem como um incentivo para o comportamento oportunista de agentes privados, levando o mercado a uma disfunção (responsabilidade pelo êxito)*”. P. 216.

<sup>176</sup> *Ibidem*. P. 214-215.

proporcionalidade em sentido estrito. Em outras palavras, obedece, na concatenação adequação, necessidade e proporcionalidade estrita, o princípio da proporcionalidade.

Por discricionariedade técnica, deve-se compreender o exercício de uma margem de apreciação administrativa condicionada à aplicação de regras experimentadas, comprovadas e comumente aceitas como certas, numa valoração técnico-científica. *“Se uma técnica é científica, certa, objetiva, universal, sujeita a regras uniformes que não dependam da apreciação pessoal do sujeito, corresponde a falar em regulação e não em discricionariedade”*<sup>177</sup>. Trata-se de uma discricionariedade incompatível com o simples juízo de oportunidade e conveniência. Nestes casos, mesmo quando se está diante de uma multiplicidade de opções, só serão juridicamente legítimas aquela que corresponderem à tecnicidade exigida para o êxito da finalidade da norma.

Como sintetiza Villela Souto, *“o conteúdo da norma será o que determinam as regras científicas – conhecimento especializado; experiência – conhecimento prático comum; standards jurídicos – condutas de pessoas”*<sup>178</sup>. Em termos de mérito administrativo, na discricionariedade técnica haveria uma vedação a seu exame pelo Poder Judiciário, por motivo de ser justamente científico, e não jurídico. A conclusão parece paradoxal, na medida em que a discricionariedade se vincula pelo princípio da eficiência à técnica. Ocorre que o controle judicial vai incidir sobre o aspecto principiológico-teleológico, não sobre a parcela substantiva do mérito administrativo. A ciência busca a verdade, mas ela não fornece verdades absolutas e imutáveis. Somente poderia haver controle no mérito a partir da constatação de erro de fato, irrazoabilidade manifesta ou por violação à lei – o juiz pode verificar, se dentro dos limites da inteligência científica inequívoca, se o ato será de fato eficiente, mas não dispõe de conhecimento técnico para substituir a decisão, ainda mais se houver mais de uma opção tecnicamente admissível.

Em sentido contrário, todavia, há quem diga que não existe discricionariedade técnica, porque em nenhum lugar no ordenamento se localiza a criação de uma

---

<sup>177</sup> SOUTO, *Op. Cit.* P. 368-369. *“Ao se tratar da função regulatória, a discricionariedade não é tão ampla, visto que limitada à escolha de técnicas igualmente válidas e eficientes ao atendimento de um interesse coletivo; daí se falar em discricionariedade técnica”*. P. 31.

<sup>178</sup> *Ibidem.* P. 370.

“pseudo-espécie” de discricionariedade administrativa que isole os aspectos políticos dos aspectos técnicos. Seria impossível excluir da apreciação da Administração os diversos aspectos da tomada de uma decisão, de forma que não haveria um poder discricionário estritamente técnico. Pode ocorrer que, sim, em determinado caso as opções disponíveis sejam todas permeadas da complexidade técnica, mas mesmo neles ter-se-á apenas uma discricionariedade administrativa comum. Para quem adota esse posicionamento, a discricionariedade técnica “*visa apenas a uma tentativa de limitação do controle jurisdicional, no sentido de evitar que as escolhas técnicas da Administração não sejam substituídas pelas opções técnicas realizadas pelo juiz*”<sup>179</sup>.

Independentemente do resultado do debate teórico sobre se existe ou não uma discricionariedade técnica<sup>180</sup>, os problemas que ela deve(ria) enfrentar continuam existindo: a necessidade de a Administração Pública escolher dentre diversas possibilidades juridicamente válidas, mas permeadas pela complexidade técnica e, em contrapartida, um controle judicial eficiente para solucionar as mesmas questões.

A discussão se desloca para os meios de controle jurisdicional e sua intensidade.

### 2.2.3 Relações Tendenciais e Intensidade do Controle

Em seu estudo sobre as formas de controle jurisdicional da Administração Pública, Eduardo Jordão desenvolveu o conceito de “relações tendenciais”. Elas seriam uma conexão entre a natureza substancial da decisão administrativa e a intensidade do controle judicial a ser exercido sobre ela. Não se trata de critério absoluto, e sim de uma propensão indutivamente constatada<sup>181</sup>.

A ideia chave das relações tendenciais é que elas buscam alocar o poder decisório para a instituição pública mais bem adaptada para solucionar o problema enfrentado, a partir de uma análise institucional comparativa<sup>182</sup>. Essa alocação se relaciona às competências de cada poder, e à maneira adequada de cada um exercer suas funções, sem usurpação pelo outro.

---

<sup>179</sup> GUERRA, *Op. Cit.* P. 156.

<sup>180</sup> Cf. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Há uma Discricionariedade Técnica?*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito, vol. 26, n. 28, 2016, pp. 105-148.

<sup>181</sup> JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 56.

<sup>182</sup> *Ibidem*. P. 56.

Isso significa que, a depender da composição substancial das decisões administrativas, o tratamento judicial será compatibilizado à melhor forma de apreciação de cada uma delas. Conseqüentemente, a intensidade do controle judicial – de mais forte (menos deferente), em que o Judiciário analisa todos os aspectos da decisão, inclusive o mérito, substitui o administrador em suas prerrogativas, à mais fraca (mais deferente)<sup>183</sup> – está atrelada à própria natureza do ato administrativo.

Pela espécie de vínculo natureza-controle que estabelecem, as relações tendenciais encaixam-se na concepção de que “*since procedural decisions should be made to serve the substantive task, it follows that expertness in matters of substance is relevant to the exercise of procedural discretion*”<sup>184</sup>. Ao alocar o poder decisório na instituição mais competente, o que os tribunais fazem é modular a intensidade do seu controle sobre o ato administrativo à autoridade que materialize os valores e objetivos definidos no ordenamento jurídico.

Dessa maneira, ter-se-á ora a Administração Pública tomando decisões às quais não compete ao Judiciário prescrutar com maiores minúcias, ora situações em que os tribunais invadem a seara que seria tradicionalmente reconhecida ao administrador<sup>185</sup>. O que não se concebe é a ausência de apreciação judicial: a Administração e suas agências de fato produzem efeitos jurídicos através de seus atos, mas é competência do Poder Judiciário definir a intensidade do controle e desenhar os contornos da relação tendencial<sup>186</sup>. Não se concebe que as agências reguladoras autodefinam seu âmbito de competência.

Identificam-se três grandes relações tendenciais<sup>187</sup>: questões juridicamente sensíveis, que demandam controle judicial não deferente; questões de natureza

---

<sup>183</sup> JORDÃO, *Idem*. P. 56-57.

<sup>184</sup> JAFFE, Louis L. *Judicial Control of Administrative Action*. 1ª ed. Boston: Little, Brown and Company, 1965. *Apud*: VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*. 1ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2016. P. 87.

<sup>185</sup> VALLE, *Op. Cit.* P. 139.

<sup>186</sup> VERMEULE, *Op. Cit.* P. 88. “*While the political branches may determine substantive entitlements, it is for courts to decide independently what process the Constitution requires. The notion that procedural due process might be committed primarily to the discretion of the agencies themselves is almost entirely absent from the academic literature*”.

<sup>187</sup> JORDÃO, *Idem*. P. 57. Elaborando a mesma lista, cf. BINENBOJM, Gustavo; DIONISIO, Pedro de Hollanda. *Os três passos do controle do erro administrativo: as diferentes etapas e objetivos na construção de parâmetros de controle*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 280, n. 2, p. 109-135, maio/ago. 2021. P. 123-124.

política e questões de alta complexidade técnica, em que o controle judicial penderá para a deferência.

A primeira relação tendencial é de fácil identificação e se reporta à primazia do Poder Judiciário tanto para dizer à lei e à inafastabilidade da jurisdição, engastada no art. 5º, XXXV, da carta constitucional. Deste postulado deriva que todos os atos administrativos, independentemente de sua natureza estão sujeitos ao exame judicial. Aqui, a incidência de um controle mais forte possui uma dupla justificativa: a proteção de direitos individuais ou coletivos fundamentais enquanto núcleo duro do ordenamento jurídico, bem como a própria expertise jurídica detida pelos tribunais para a correta apreciação das questões jurídicas em geral<sup>188</sup>. “*Todavía, también se extrae dessa mesma prescrição constitucional que ao Judiciário somente foi imputada responsabilidade sobre o exame jurídico dos conflitos de interesse que lhe forem submetidos*”<sup>189</sup>, uma vez que a sua jurisdição tem relação com lesão ou ameaça a direito, não sobre toda e qualquer circunstância. É o grande brocardo de *Marbury v. Madison*: “*It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is*”, mas nem todas as questões administrativas serão pura e simplesmente de direito, e a apreciação destas questões compete primariamente à Administração em sua margem discricionária, não às cortes.<sup>190</sup>

A segunda relação tendencial é de natureza política. Em se tratando das casas legislativas, elas ostentam a supremacia da legitimação democrática, em razão da sua composição representativa. Naturalmente, esse efeito refluí para a legislação produzida, compelindo a atuação administrativa segundo o princípio da legalidade, vinculando seus atos. Mesmo na regulação, em que as agências reguladoras congregam diversas competências, não podem elas formular as políticas públicas que visam implementar, apenas contribuir para sua melhor estipulação. Permanece verdade, outrossim, que a regulação, muito embora se funde e se exerça a partir da técnica, contempla um substrato político, e é impossível deixar de sopesar tais

---

<sup>188</sup> *Ibidem*. P. 58.

<sup>189</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Controle Judicial dos Atos Administrativos: as Questões Técnicas e os Limites da Tutela de Urgência*. In: Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público, vol. 4, n. 16, 2002, out./dez., p. 23-38. P. 24.

<sup>190</sup> SUNSTEIN, *Beyond Marbury: The Executive's Power to Say What the Law Is*. Op. Cit. “*When courts resolve genuine ambiguities, they cannot appeal to any "brooding omnipresence in the sky"; often they must rely on policy judgments of their own. Those judgments should be made by the executive, not the judiciary.*” P. 2583.

aspectos na atuação administrativa<sup>191</sup>. O controle judicial dessa legitimidade político-democrática tende a ser menos intrusivo porque deriva do comando expresso do legislador ou, em caso de ambiguidade ou abertura – o núcleo da normatização regulatória pelas agências – porque compete ao Executivo suplementar este componente político, e não às convicções próprias do Judiciário<sup>192</sup>. Importa sempre, porém, que a Administração não aja fora da lei.

Em outras palavras, a razão para uma posição mais deferente em relação às decisões de cunho político é a constatação de que elas devem ser tomadas por quem detém a legitimidade democrática para fazê-lo. *“Esta visão está fundamentada na ideia de que nas decisões políticas não há necessariamente soluções corretas ou incorretas, jurídicas ou não jurídicas, mas soluções mais ou menos adaptadas à consagração de finalidades públicas diversas”*<sup>193</sup>. O poder decisório de cunho político dificilmente deveria ser alocado no Judiciário, já que ele não ostenta o mesmo *pedigree* democrático que, neste caso, a Administração Pública. Submeter decisões desta relação tendencial a um controle intenso poderia resultar na usurpação de competência executiva. A vedação a um juízo político não é novidade na jurisprudência brasileira, sendo um dos dogmas do âmbito jurisdicional.

Já a terceira relação tendencial diz respeito à grande complexificação econômico-social que deu origem ao Estado Regulador, sua estrutura administrativa, e simultaneamente aos problemas que ele se propõe a resolver. O problema da tecnicidade da decisão possui estreita relação com seu hermetismo e a multiplicidade de escolhas disponíveis, que a regulação, compreendida como processo decisório, procura racionalizar com vistas ao atendimento do interesse público. A essa imprecisão e especialização corresponde a uma faixa de discricionariedade (técnica), e é identificada quando a legislação regulatória não é precisa, e sim ambígua ou aberta<sup>194</sup>, que é exatamente o que ela tende a ser, considerando que a construção do

---

<sup>191</sup> VALLE, *Op. Cit.* P. 160.

<sup>192</sup> SUNSTEIN, *idem.* *“When statutes are ambiguous, a judgment about their meaning rests on no brooding omnipresence in the sky, but on assessments of both policy and principle. There is no reason to allow those assessments to be made by federal courts rather than executive officers”*. P.2598.

<sup>193</sup> JORDÃO, *Op. Cit.* P. 85.

<sup>194</sup> *Ibidem.* P. 123-124.

modelo regulatório objetivou a translação de poderes judicantes e legiferantes às agências reguladoras<sup>195</sup> justamente para permitir-lhes margem decisória e normativa tecnicamente calibrada, de acordo com a ponderação de uma multiplicidade de interesses conflitantes e sensíveis, a partir de um conhecimento técnico especializado<sup>196</sup>.

Central na questão do controle sobre medidas técnicas é a própria natureza da regulação: ela lida com imprecisões, prospecções, prognósticos, incertezas e atua, não raro, “nas fronteiras da ciência”<sup>197</sup>. O problema é tal que se torna difícil ou impossível averiguar no caso concreto se a decisão tomada é efetivamente a melhor para atender a política pública e os padrões de juridicidade, ou se existem de fato outras alternativas, e quais elas seriam. O Poder Judiciário, ao revisar tais atos, não pode deixar de considerar essa conjuntura<sup>198</sup>, o que deve conduzi-lo a uma postura deferente, por estar fora da sua área de expertise. Isso porque, mesmo que posteriormente constate-se eventual erro da Administração, não há garantia de que uma correção judicial vá evitar esse erro. Pode, ao contrário, piorá-lo. Até lá, como se vai ter certeza de que houve erro? Como saber se havia, com os conhecimentos de que se dispunha no momento da decisão, alternativa melhor? “Assim como o agente público pode incorrer em erro, um agente externo pode considerar de forma equivocada que ele compreendeu mal a realidade fática ou jurídica que embasou sua atuação”<sup>199</sup>.

Em resumo, em questões tecnicamente complexas, aconselha-se um controle judicial mais fraco porque os juízes não possuem a expertise técnica detida pelas agências reguladoras para a tomada de escolha<sup>200</sup>. “Há escolhas administrativas que supõem tal grau de especialização técnica que somente aquele que as toma, a partir

---

<sup>195</sup> VALLE, *Idem*. P. 157.

<sup>196</sup> GUERRA, *Op. Cit.* “A tecnologia, no significado geral da “técnica”, desempenha aqui papel principal, tanto na forma de tecnologia material quanto da especializada expertise social”. P. 92.

<sup>197</sup> VERMEULE, *Op. Cit.* P. 120.

<sup>198</sup> A Suprema Corte americana, no julgamento do caso *Baltimore Gas & Elec. Co. v. Natural Res. Def. Council*, pronunciou-se da seguinte maneira: “A reviewing court must remember that the Commission is making predictions, within its area of special expertise, at the frontiers of science. When examining this kind of scientific determination, as opposed to simple findings of fact, a reviewing court must be at its most deferential”. UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Baltimore Gas & Elec. Co. v. Natural Res. Def. Council*. 462 U.S. 87. P. 1.

<sup>199</sup> BINENBOJM; DIONISIO. *Op. Cit.* P. 123.

<sup>200</sup> JORDÃO, *idem*. “Nestes casos há um espaço para interpretar ou completar o comando legislativo; há lugar para que se efetuem escolhas de natureza técnica”. P. 125.

*da consideração de elementos altamente complexos, as pode valorar*<sup>201</sup>. A capacidade integrativa da discricionariedade administrativa só será eficiente quando se guiar por critérios técnicos, que, na estrutura do Estado Regulador, por escolha política, se concentram nas agências reguladoras independentes e especializadas.

A partir desta breve síntese das três relações tendenciais, evidencia-se que elas não existem isoladas uma das outras. Ao contrário, como aponta Eduardo Jordão, elas quase sempre estão em contato uma com a outra, imiscuindo-se, resultando em dificuldades em identificá-las para fins de determinação da intensidade do controle judicial. As decisões administrativas raramente possuem uma única natureza, elas quase sempre resultarão de uma intersecção dos seus aspectos substanciais<sup>202</sup>. Não é difícil imaginar uma decisão técnica de substrato político, ou uma questão juridicamente sensível que confronte esses mesmos aspectos. Se a metodologia das relações tendenciais preconiza sua identificação como primeiro passo para a determinação do controle, e se elas coexistem em um mesmo caso concreto, resta averiguar qual delas se afigura mais relevante: “*não há uma específica relação entre natureza-intensidade que seria a ‘mais correta’ ou ‘mais desejável’ objetivamente e independente de contingências finalísticas e objetivas*”<sup>203</sup>.

Inexiste uma superioridade objetiva entre as relações tendenciais conceitualmente falando. O que existe no sistema jurídico brasileiro, isto sim, é a primazia da proteção dos direitos fundamentais, inclusive na atuação administrativa<sup>204</sup> – porém no âmbito regulatório é frequente que agências reguladoras tenham que operar uma ponderação entre direitos fundamentais de diferentes indivíduos com interesses contrastantes, de sorte que atribuir a possibilidade a um controle judicial forte a partir de um discurso principiológico de defesa de direitos fundamentais abstratamente considerados seria uma simplificação do problema<sup>205</sup>. Sundfeld e Câmara nos fornecem um exemplo<sup>206</sup>:

---

<sup>201</sup> GUERRA, *Op. Cit.* P. 220.

<sup>202</sup> JORDÃO, *idem.* P. 172.

<sup>203</sup> *Ibidem.* P. 171.

<sup>204</sup> FREITAS, *Op. Cit.* P. 24-25.

<sup>205</sup> JORDÃO, *idem.* P. 171.

<sup>206</sup> SUNDFELD, CÂMARA. *Op. Cit.* P. 32.

Suponha-se um caso concreto de registro de medicamento genérico que venha a ser impugnado no tocante à equivalência entre o remédio de referência e o produto registrado como seu genérico. Imagine-se que o autor apresente laudos que se contraponham aos utilizados como arrimo da decisão governamental. A argumentação lançada será de natureza técnica, buscando demonstrar, p. ex., através de discurso científico, que determinada característica do genérico não corresponde à encontrada no medicamento de referência, o que seria suficiente para a incompatibilidade entre os produtos. Suponha-se, para dramatizar o contexto, que haja alegação de que isso pode causar danos aos pacientes usuários desse medicamento genérico. O que deve fazer o juiz, se todos esses argumentos tiverem sido sopesados pela Administração e esta – empregando outros critérios, também científicos respaldados em laudos e avaliações profissionais especializados – os tiver rechaçado, considerando existir, para os efeitos legais, a bioequivalência de tais produtos?

A controvérsia levada ao Poder Judiciário versa sobre o direito fundamental à saúde. No entanto, no caso não estão em jogo apenas aspectos de interpretação jurídica, e sim de discussão técnica<sup>207</sup>. A discussão não soa estranha, já que em plena época de pandemia global de Covid-19 a necessidade de políticas públicas pautadas pelo lastro científico mereceu reconhecimento judicial expresso em tese do STF<sup>208</sup>, ainda que essas medidas porventura viessem a limitar alguns direitos fundamentais.

Sobressai que nestes casos há uma mescla de abertura normativa para discricionariedade, hermetismo por complexidade técnica, imperatividade de implementação de políticas públicas eficientes, agências reguladoras especializadas para implementá-las, e o dever de inafastabilidade jurisdicional, mormente quando estiverem em jogo direitos fundamentais. Em certos casos, é claro, haverá um consenso técnico-científico que vinculará o ato administrativo à realização da medida mais eficiente, nos padrões da proporcionalidade e juridicidade<sup>209</sup>. Há, porém, situações em que esse consenso simplesmente não existe, e haverá, de um lado, a decisão administrativa exarada pela agência, e o confronto desta por uma contraparte, não raro com base em critérios científicos sobre os quais também não há unanimidade em termos de efetividade, e o Judiciário precisará dar uma resposta à questão.

---

<sup>207</sup> *Ibidem*. P. 32.

<sup>208</sup> No julgamento das ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 E 6431 MC, o Min. Relator Luís Roberto Barroso firmou tese de que, sob pena de configuração de erro grosseiro: “*autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas [...]*”.

<sup>209</sup> JORDÃO, *Op. Cit.* P. 124.

Como expõe Vermeule<sup>210</sup>, trata-se de um fenômeno de genuína incerteza, e como o Direito deve lidar com ele. *“Increasingly, agencies operate at a policymaking frontier where settled science and expert consensus have run out. When agencies do face serious uncertainty of this sort, reasons themselves sometimes run out as well”*. Assim, diante de um fato concreto, as agências reguladoras poderão formular uma decisão ou outra, *“yet the actual decision will necessarily amount to a leap in the dark”*. Nesses casos, para o autor, *“their decisions will inevitably be arbitrary, yet rationally so”*. A afirmação se relaciona com o fato de que o processo decisório da agência está adstrito a uma racionalidade, que pode, no Brasil, ser compreendida a partir de juízos de proporcionalidade e do princípio da eficiência, que demanda a logicidade do ato administrativo em todos os seus elementos. Vermeule chama essas decisões de *“rationally arbitrary decisions”*<sup>211</sup> (“decisões arbitrariamente racionais”), que equivalem, na linguagem administrativista brasileira, à discricionariedade (técnica).

Na visão de Vermeule, *“circumstances of uncertainty do and should sharply limit judicial review. Where uncertainty prevails, reasons run out, and an insatiable judicial demand for reasons merely inflicts harm on the legal system”*. Para o autor, seguindo essa lógica, o tribunal deve deferir à autoridade administrativa quando, atuando na sua área de expertise técnica, ainda que existindo outras possibilidades de atuação, a abordagem da agência se lastrear em racionalidade: *“At this level, the question is not what the correct decision under uncertainty would be, but rather whether the agency has approached the decision in a rational way”*<sup>212</sup>.

Sundfeld e Câmara<sup>213</sup> ecoaram tal posicionamento no exemplo que formularam, mas a partir do enfoque da legitimidade do ato administrativo. Para eles,

---

<sup>210</sup> VERMEULE, *Op. Cit.* P. 126. *“The combination of arbitrary agency decision-making at the uncertainty frontier with deferential judicial review is horrifying to the traditional legal mind, which craves fully reason-based decision-making by government, enforced by law. In fact, however, law maturing over time has rejected that traditional stance, for good legal reasons. The result is legal tolerance for arbitrariness, the ultimate abnegation of law’s pretensions”*.

<sup>211</sup> *Ibidem.* P. 126.

<sup>212</sup> *Ibidem.* P. 127-128.

<sup>213</sup> SUNDFELD, CÂMARA, *Op. Cit.* P. 32-38. *“Mas e quanto ao risco potencial dos usuários dos medicamentos impugnados? Uma mera possibilidade de dano – ainda que baseada em argumentos frágeis – não seria o bastante para levar à suspensão do ato administrativo? Bem, quanto a esse risco, convém chamar atenção par a alta complexidade de situações da espécie, que dificilmente admitem uma solução de soma positiva (isto é, em que todos ganhem, sem que ninguém perca). Veja-*

se argumentos estritamente jurídicos não forem suficientes para descaracterizar a procedência da decisão administrativa, deve-se manter a decisão. Por outro lado, sem que haja uma prova científica irredutível da inadequação da decisão administrativa, obtida em exame pericial incontestável, “*mostra-se juridicamente inviável substituir a fundamentação técnica da Administração por outros argumentos, também de natureza técnica, em sentido contrário*”. Quando se lidar com questão de alta indagação, em que não houver “*manifestação pericial peremptória, definitiva, inquestionável, a respeito da improcedência dos argumentos da Administração*”, a única medida juridicamente possível é manter a eficácia do ato.

Em suma, em casos desta espécie, tem-se a sobreposição da relação tendencial da alta complexidade técnica que aponta para um controle judicial de caráter mais fraco – deferente –, ainda que coexistam relações tendenciais de caráter político e questão jurídica sensível. É possível imaginar casos em que a complexidade técnica ceda em face de questões jurídicas sensíveis.

A ideia de que o Judiciário deixará de exercer um controle forte sobre uma decisão de possível alto impacto apenas sob o argumento de que esta proveio de uma agência reguladora e versa sobre uma questão tecnicamente complexa é controvertida, assim como toda a ideia de deferência judicial<sup>214</sup>. Importa, portanto, debruçarmo-nos sobre esta peculiar forma de controle judicial, seus critérios e seu método.

---

se que a preservação de eficácia de um ato de registro de medicamento também pode se impor por proteção ao interesse público”. P. 32.

<sup>214</sup> VALLE, *Op. Cit.* P. 139.

### 2.3 O DEVER DE DEFERÊNCIA

O vocábulo “deferência” admite ao menos dois significados<sup>215</sup>: o primeiro é a deferência enquanto postura judicial, isto é, a forma como realiza o controle de uma decisão administrativa; e o segundo é a deferência enquanto resultado do controle jurisdicional. Por esta lógica, encarando-a como postura judicial, a deferência não necessariamente implica a manutenção do ato administrativo apreciado, e sim um exame da sua coerência, logicidade, razoabilidade, *inter alia*, sem, contudo, um enfrentamento direto da questão jurídica. Vista como resultado, a deferência é a solução dada após o controle judicial, na forma da manutenção da medida administrativa contestada.

Filiamo-nos à posição de Eduardo Jordão<sup>216</sup>, de entender melhor empregado o termo “deferência” quando a conceituamos como “*postura respeitosa ou como atitude autorrestritiva dos tribunais*”. Como mencionado na introdução deste trabalho, é como postura que nos referimos à deferência. A deferência como resultado não é representativa deste tipo de controle jurisdicional porque deferir não é necessariamente concordar com e manter a decisão administrativa. É perfeitamente plausível que o tribunal a anule por não ser razoável ou permissível, por exemplo. Assim, entende-se que uma postura deferente, que contempla o modo de apreciação da causa e a intensidade do controle aplicado.

Há ainda o que se pode chamar de discurso de deferência<sup>217</sup>, uma construção lógico-argumentativa para a aplicação em favor do conceito “deferência” em qualquer das duas concepções supramencionadas. A adoção deste referencial não parece satisfazer os requisitos para uma adequada conceituação do controle deferente, porque é possível ter a deferência *de facto*, mas sem o discurso; bem como ter o discurso e não ter a deferência *de facto*. Tanto assim, que é possível distingui-lo em três espécies: em relação às agências reguladoras especificamente; em relação à

---

<sup>215</sup> JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.p. 555-556.

<sup>216</sup> *Ibidem*. P. 556.

<sup>217</sup> JORDÃO, Eduardo; CABRAL JÚNIOR, Renato Toledo. *A Teoria da Deferência e a Prática Judicial: um Estudo Empírico sobre o Controle do TJRJ à AGENERSA*. Revista de Estudos Institucionais, vol. 4., n. 2, p. 537-573, 2018. P. 549-550.

Administração Pública em geral, sob a égide da separação dos poderes; e a não-adoção de qualquer discurso como razão de decidir.

O primeiro esclarecimento: deferência não é ausência de controle jurisdicional. Ele é uma forma de controle caracterizada pela sua amplitude e intensidade, sendo a mais fraca e menos incidente de todas do espectro gradativo do controle judicial sobre a Administração Pública<sup>218</sup>. Nela, não se deixam de apreciar aspectos jurídicos do ato impugnado, justamente o contrário: conforme exposto, podem-se identificar relações tendenciais, caracterizadas pela sua natureza e conteúdo, que servirão como indicativos para assumir uma postura mais ou menos deferente. Por isso também que é uma postura, não um resultado.

Adotamos no presente a definição dada por Eduardo Jordão para a postura de deferência<sup>219</sup>:

Neste sentido, afirmar que um tribunal aplicou “deferência” no controle judicial a uma decisão da administração pública significaria que o tribunal considerou com *respeito* a solução administrativa. Mais precisamente, implicaria que o tribunal não decidiu *diretamente* sobre a questão jurídica (ou, por exemplo, não interpretou diretamente a legislação em questão), mas apenas considerou a *razoabilidade*, a *coerência*, a *logicidade*, da decisão ou interpretação adotada pela autoridade administrativa.

Neste sentido é que se pode falar que a deferência é o ponto antípoda do ativismo judicial, modalidade de controle mais forte a ser exercido sobre os atos da Administração Pública, em que se substitui o ato administrativo pelo comando judicial<sup>220</sup>. Outrossim, a deferência não se subsume à simples exame de legalidade do ato administrativo, deixando intocado o mérito. Como demonstrado até o momento, há graus de vinculação à juridicidade que permitem o controle *no mérito* (e não *do*

---

<sup>218</sup> JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.p. 555-556.

<sup>219</sup> *Ibidem*. P. 555.

<sup>220</sup> WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonacorsi de; GAMA E COLOMBO, Daniel. *Revisão Judicial dos Atos das Agências Reguladoras: uma Análise da Jurisprudência Brasileira*. In.: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito Econômico: Direito Econômico Regulatório*. Série GV-Law. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 180.

Não nos compete fazer um detalhamento do vasto e relevante fenômeno do ativismo judicial no Brasil hoje. Contudo, como referencial em relação ao Direito Regulatório, reportamo-nos a esta síntese: “O *ativismo judicial propicia um forte controle pelo Judiciário dos atos praticados pelas agências reguladoras, com ampla margem de revisão judicial do procedimento para formação do ato regulatório e da decisão administrativa em si considerada. A favor da tese do controle mais intenso da atividade regulatória estão os argumentos de que a revisão judicial impede a captura do regulador, contribui para a legitimação das decisões administrativas, evita e sana ilegalidades, além de corroborar para a racionalização da tomada de decisão regulatória*”. *Ibidem*. P. 183.

mérito)<sup>221</sup>, de sorte que se estabelecem critérios que determinam uma postura mais ou menos deferente às medidas administrativas. Diante da presença de certos atributos, o tribunal assume uma postura deferente e, após análise, mantém ou anula a decisão impugnada.

Esses atributos podem ser substanciais – as relações tendenciais abordadas –, ou procedimentais. A deferência envolve um deslocamento da análise apenas da decisão, para uma apreciação de todo o contexto em que ela foi deliberada<sup>222</sup>. Isso ocorre principalmente nos casos de alta indagação, mormente os de alta complexidade técnica, em que o substancial do ato é hermético ao não-especializado na sua linguagem técnica, nos seus pressupostos e nas suas consequências sistêmicas. Na impossibilidade de se fazer uma avaliação precisa do seu conteúdo, verifica-se a adequabilidade e razoabilidade das condições do processo decisório. Por isso, aqui, avaliar-se-iam questões como a participação no processo administrativo, o consenso entre regulador e regulado na tomada da decisão, a isonomia entre a decisão administrativa e outras proferidas em circunstâncias idênticas, e assim por diante<sup>223</sup>.

Sendo uma forma de controle judicial, não poderia deixar de afetar a separação de poderes. Há uma sensibilidade judicial<sup>224</sup>, por um lado, porque há quem entenda que deferência equivale a não controlar, de maneira que se criaria uma “justiça administrativa” que desafia a unicidade da jurisdição e impediria a proteção de direitos individuais, ou resultaria numa classe de atos administrativo-regulatórios impermeáveis à sindicância judicial, que detém a última palavra para dizer o direito. Simultaneamente há uma sensibilidade legislativa, porque há quem diga que, no exercício da sua produção normativa a partir de leis de larga abertura, as agências reguladoras do Poder Executivo estariam usurpando competências do Poder Legislativo enquanto o Poder Judiciário permanece de braços cruzados. O grande

---

<sup>221</sup> MAFFINI, *Op. Cit.* P. 70.

<sup>222</sup> VERMEULE, *Op. Cit.* P. 127-128.

<sup>223</sup> WANG; PALMA; GAMA E COLOMBO. *Op. Cit.* P. 183.

<sup>224</sup> BREYER, Stephen; STEWART, Richard B.; SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian; HERZ, Michael E. *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*. Aspen Casebook Series. 8ª ed. New York: Wolters Kluwer, 2017. P. 177-180.

problema, em qualquer destas visões, seria a grande amalgamação de poder nas agências – o reflexo da complexificação econômico-social que lhes trasladou tantas competências normativas e judicantes;

De um ponto de vista jurídico-institucional, a deferência é componente da estrutura constitucional de poder<sup>225</sup>. Porque ela se refere à alocação de poder na instituição mais apropriada para exercê-lo, funcional e democraticamente. Se a constante e célere evolução econômica determinou uma readaptação e concentração de poderes na Administração Pública, se foi uma vontade político-democrática concretizar por meio da assunção de diversas competências pelo Executivo e suas agências reguladoras – o que chamamos de construção do Estado Regulador, tendo como ponto de partida uma escolha regulatória –, a deferência é o suprasumo do reconhecimento judicial desta nova estrutura institucional-administrativa. A deferência é a chancela judicial da alocação deste poder nas agências reguladoras<sup>226</sup>: “*The result is a self-reinforcing feedback process in which abnegation becomes not a betrayal of law, but the logical consequence of law’s own internal commitments*”.

Da mesma forma como as agências reguladoras brasileiras advieram de inspiração americana, foi a *judicial deference* (ou *binding deference*) desenvolvida numa série de precedentes pela Suprema Corte dos Estados Unidos que nos trouxe esse método de controle judicial<sup>227</sup>. Sua aplicação no Brasil é controversa e incerta, porquanto não há um precedente que fixe critérios de aplicação como se tem na *Chevron Doctrine*, por exemplo<sup>228</sup>. No entanto, apesar de inconstante, a deferência existe no Brasil, conforme profícuo estudo de Eduardo Jordão e Renato Toledo Cabral Júnior acerca de sua aplicação no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em casos movidos contra a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA). Na oportunidade foram contempladas três metodologias de identificação da aplicação da deferência (postura, resultado e discurso deferentes). A respeito da postura, ou “deferência pela amplitude do

---

<sup>225</sup> MANNING, John F. *Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules*. Columbia Law Review, Vol. 96, No. 3, pp. 612-696. P. 635-637. “*If a court must assign meaning to an agency-ordaining or agency-regulating statute in the face of legislative indeterminacy, it should presume, absent a clear indication of the contrary, that the statute opts for arrangements that best conform to the basic structural commitments of our constitutional scheme of government*”. P. 637

<sup>226</sup> VERMEULE, *Op. Cit.* P. 2-3.

<sup>227</sup> JORDÃO, *Op. Cit.* P. 50.

<sup>228</sup> JORDÃO; CABRAL JÚNIOR. *Op. Cit.* P. 543.

controle”, o controle cingido a aspectos procedimentais e formais representaram 60,45% dos casos; ao passo que o controle substantivo, “*muitas vezes com base em avaliações próprias de razoabilidade ou de juízos pessoais sobre a questão posta em julgamento*”, somou 39,55% dos casos<sup>229</sup>.

Outra pesquisa muito relevante realizada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Juliano Maranhão e Paulo Furquim de Azevedo, patrocinado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que analisou 1.371 ações judiciais contra diversas agências reguladoras e o Cade entre 1994 e 2010, demonstrou que 68,4% dos casos com julgamento de mérito (processual) confirmam a decisão em primeira instância. Em se tratando de casos que o fazem e que transitam em julgado, o número sobe para 83,6%<sup>230</sup>. Apesar deste estudo não fazer menção específica à deferência, como fez o de Jordão e Cabral Júnior, podemos conjecturar que pelo menos em alguns deles houve uma postura deferente, ainda que não intencional. No mínimo, a lógica permite concluir que existe uma forte tendência no controle judicial dos atos administrativo-regulatórios no Brasil de manutenção da decisão das agências. As conclusões que extraíram delas são deveras interessantes.

Diante de um cenário de propensão à manutenção de decisões administrativo-regulatórias, torna-se importante perquirir sobre a deferência. Se não como meio de compreensão de uma tendência já existente, ao menos como critério para questionar se de fato o controle exercido sobre as agências reguladoras afigura-se adequado e coerente.

---

<sup>229</sup> JORDÃO, Eduardo; CABRAL JÚNIOR, Renato Toledo. *A Teoria da Deferência e a Prática Judicial: um Estudo Empírico sobre o Controle do TJRJ à AGENERSA*. Revista de Estudos Institucionais, vol. 4., n. 2, p. 537-573, 2018. P. 550-551.

<sup>230</sup> BRASIL. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim de. *As Inter-relações entre o Processo Administrativo e o Judicial, sob a Perspectiva da Segurança Jurídica do Plano da Concorrência Econômica e da Eficácia da Regulação Pública. Relatório Final da Pesquisa*. São Paulo: USP, 2011. 317 p. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat\\_pesquisa\\_usp\\_edital1\\_2009.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf). Consulta em: 02/09/2022. P. 178.

### 2.3.1 Deferência em Questões Tecnicamente Complexas

Por que se defere a questões de alta complexidade técnica? Por que a doutrina majoritária em Direito Regulatório defende a autocontenção judicial em casos desta espécie?

Com o apontamento de uma relação tendencial desta natureza, buscou-se evidenciar que o aspecto substancial destes atos administrativo-regulatórios – marcados pela alta complexidade técnica, pela ininteligibilidade ao homem comum, linguagem especializada, hermetismo, desconhecimento sobre efeitos sistêmicos etc. – seria um indicativo, uma propensão à postura judicial deferente. Mas não foi só isso: há uma relação indissociável com a competência da atuação administrativa. O substancial é apenas uma faceta das condições que geram a deferência. Ela existe porque as agências reguladoras, enquanto entes da Administração Pública indireta, são dotadas de uma discricionariedade administrativa-técnica, cujo marco legal referencial é uma lei aberta, elaborada pelo Legislativo não para lhes delegar seu poder legiferante, e sim para permitir uma normatização e atuação eficiente dentro de um subsistema. Foram essas condições que permitiram, em primeiro lugar, a tomada de uma *rationally arbitrary decision*, para empregar o termo de Vermeule<sup>231</sup>.

Ocorre que a qualificante “alta” em “alta complexidade técnica” não é utilizada em vão. Não é qualquer complexidade, não é qualquer questão técnico-científica que merece a adoção da postura deferente. A técnica com que lidam as agências reguladoras não é um bloco monolítico igualmente inalcançável à inteligência comum. É fato que a regulação é técnica e emprega meios técnicos em todo o seu processo, e dificilmente uma agência promanará uma decisão sem uma parcela, ainda que subjacente, de relação tendencial de complexidade técnica<sup>232</sup>. Porém há situações em que, mesmo que a complexidade técnica seja a relação tendencial dominante, e que isso seja facilmente identificado, a complexidade seja baixa, aferível por um perito judicial – a questão seja apenas técnica, mas não complexa. Se o fato for aferível inequivocamente por intermédio de perícia, poderá se averiguar qual a decisão mais eficiente no caso concreto, o que vincula a agência reguladora pelo princípio da eficiência.

---

<sup>231</sup> VERMEULE, *Op. Cit.* P. 126.

<sup>232</sup> GUERRA, *Op. Cit.* P. 220-221.

Pensando nisso e a partir da jurisprudência italiana, Eduardo Jordão propôs uma classificação dos atos administrativos de acordo com a sua complexidade técnica<sup>233</sup>. Resumidamente, as categorias são, de incidência de controle mais forte para o mais fraco: (i) “verificação de fatos simples”, para as atividades administrativas que não exigem conhecimento técnico especializado, pois os fatos com que trabalha são acessíveis à maioria da população; (ii) “verificações técnicas”, lida com termos técnicos objetivamente aferíveis, ainda que não compreensíveis à maioria; (iii) “discricionariedade técnica simples”, é uma avaliação técnica opinável e subjetiva, que envolve conhecimento técnico especializado, mas em que não há uma decisão única e indiscutível; (iv) “discricionariedade administrativa pura”, envolve o sopesamento de interesses públicos conflitantes pela Administração – não é tarefa técnica, e sim política; e (v) “avaliação técnica complexa”, atividade que compreende simultaneamente a discricionariedade técnica e a ponderação de interesses públicos conflitantes.

Uma outra situação, ainda que pouco comum, é a própria lei vincular a agência reguladora à uma determinada solução tecnicamente complexa. O legislador, na lógica da distribuição de competências às agências, pende na direção de editar “*vague, sweeping, and open-ended statutes. It often does so. But it does not always do so. You should be aware that in some circumstances it manages to legislate with tremendous specificity*”<sup>234</sup>. O acerto ou não desta técnica legislativa é outra história, um problema que se resolve de outra maneira. Importa dizer que a lei vinculará a agência em matéria de complexidade técnica.

Disso se extrai que, na realidade, não é tanto a complexidade técnica da questão que importa, senão a possibilidade de múltiplas escolhas de igual complexidade técnica perante a Administração. Então, como conclui Eduardo Jordão<sup>235</sup>, “*a ‘tecnicidade’ de uma questão, em si, não é particularmente relevante para a determinação da intensidade do controle judicial sobre ela incidente. Aquilo que*

---

<sup>233</sup> JORDÃO, *Op. Cit.* P. 123-124.

<sup>234</sup> BREYER, Stephen; STEWART, Richard B.; SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian; HERZ, Michael E. *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*. Aspen Casebook Series. 8ª ed. New York: Wolters Kluwer, 2017. P. 180.

<sup>235</sup> JORDÃO, *Op. Cit.* P. 124-125.

*é realmente relevante é a opinabilidade técnica*". Pode-se conjecturar que numa contenda entre privados a complexidade técnica objeto da lide não poderia ser invocada pelo tribunal como motivo para não decidir o mérito processual. O diferencial é a discricionariedade técnica da agência, com relação à sua especialização na área – *“nestes casos há um espaço para interpretar ou completar o comando legislativo, há lugar para que se efetuem escolhas de natureza técnica”*.

O que se conclui é que merecem o tratamento da deferência a “discricionariedade técnica simples” e a “avaliação técnica complexa”<sup>236</sup>. A “discricionariedade administrativa pura” pode também estar sujeita à deferência, porém em razão de outra relação tendencial, de critério substancial político, não técnico. Fazendo a ressalva de que não se pode generalizar o instituto a ponto de afastar perigosamente a jurisdição, Sundfeld e Câmara<sup>237</sup> defendem esta postura quando *“se impugna o ato com base em argumentos de natureza fática (técnica) contra as quais a Administração também levanta argumentos fundamentados em bases técnicas”*.

A correta identificação, pelo Poder Judiciário, do grau de tecnicidade do ato administrativo é imprescindível para seu correto controle. Não se propõe aqui adotar a sistemática descrita acima, mas é preciso haver algum critério. Se, por exemplo, uma agência reguladora impõe penalidades a partir de uma equação matemática incompreensível à pessoa comum, mas um perito técnico consegue comprovar que o cálculo está inequivocamente errado, e que o resultado seria outro, que resultaria em valor diferente, não há razão para deferir à agência. De outra parte, a manutenção do ato administrativo-regulatório a partir de uma soma descriteriosa entre presunção de legitimidade mais complexidade técnica, genericamente considerada, leva os juízes a uma acomodação na interpretação formalista, conforme sugere o estudo patrocinado pelo CNJ<sup>238</sup>:

---

<sup>236</sup> JORDÃO, *Op. Cit.* P. 124.

<sup>237</sup> SUNDFELD; CÂMARA. *Op. Cit.* P. 33.

<sup>238</sup> BRASIL. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim de. *As Inter-relações entre o Processo Administrativo e o Judicial, sob a Perspectiva da Segurança Jurídica do Plano da Concorrência Econômica e da Eficácia da Regulação Pública. Relatório Final da Pesquisa*. São Paulo: USP, 2011. 317 p. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat\\_pesquisa\\_usp\\_edital1\\_2009.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf). Consulta em: 02/09/2022. P. 304. A proposta dos professores que conduziram o estudo para mitigar o problema é criar vars especializadas em matéria regulatória e concorrencial: *“Apesar de complexas, técnicas e de envolverem políticas setoriais, as questões regulatórias podem ser (e devem) perfeitamente enfrentada pelos juízes desde*

Segundo, o Judiciário, ao simplesmente confirmar, nos tribunais superiores, a decisão das agências, com base em uma deferência genérica ao “caráter técnico e à complexidade das questões regulatórias”, torna a intervenção judicial extremamente ineficaz e desnecessariamente custosa, desestimula o esforço de revisões por vezes bem sucedidas dos juízes e tribunais e dá uma sinalização perigosa para as agências (“no final a decisão é sempre confirmada”), que já começa a ser percebida pelos procuradores das agências, como mostraram as entrevistas, pois, a longo prazo, pode dar ensejo à politização, captura e arbítrio.

“*Em termos de qualidade das decisões, há, de certa forma, uma mistificação da complexidade da matéria regulatória*”, o relatório conclui<sup>239</sup>. A importância do controle judicial reside justamente na revisão apta de questões que, embora complexas, poderiam ser solucionadas adequadamente pelo Judiciário com a correta instrução processual e a participação de perícia técnica. As vicissitudes do controle da regulação não ocorrem apenas quando o Judiciário se intromete, mas também quando ele falha em reconhecer quando deve atuar. Para isso, a identificação da correta amplitude do controle é essencial. Ser deferente à toda espécie de ato administrativo é largamente improdutivo ao sistema jurídico, como se demonstra.

Não é este o caso das espécies que identificamos como “discricionariedade técnica simples” e “avaliação técnica complexa”. Elas se situam no limiar do conhecimento técnico, nas “fronteiras da ciência”. Nelas, com efeito, aplica-se a discricionariedade administrativa-técnica nos casos descritos por Vermeule<sup>240</sup> como “*a category of agency decisions in which it is rational to be arbitrary, in the sense that no first-order reason can be given for agency choice within a certain domain, yet some choice or other is inescapable, legally mandatory, or both*”.

São casos deste nível de complexidade técnica que respaldam o posicionamento pró-deferência de Binjenbojm<sup>241</sup> – “*o Judiciário deverá adotar postura de autocontenção e deferência às ponderações realizadas por órgãos dotados de legitimidade democrática ou de especialização funcional (expertise e experiência)*” –,

---

*que esses sejam acompanhados de um assessor técnico para explicitar as questões e interesses em jogo*”. P. 306.

<sup>239</sup> *Ibidem*. P. 305.

<sup>240</sup> VERMEULE, Op. Cit. 126.

<sup>241</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 143.

e de Guerra<sup>242</sup> – “*Em matérias submetidas às escolhas feitas pelos reguladores, é decisivo que o Poder Judiciário seja deferente em relação às decisões administrativas*”.

Com efeito, Guerra<sup>243</sup> conclama que o Judiciário seja deferente às decisões das agências, “*especialmente em relação àquelas informadas por critérios técnicos, sob pena de cair no domínio da incerteza e do subjetivismo. Pensar em sentido diverso estar-se-ia transferindo a escolha regulatória para peritos judiciais*”. Esta última ressalva consubstancia o que se conhece como “regulação judicial”<sup>244</sup>, pela qual os juízes, ao aplicar controle forte e não deferente às decisões administrativo-regulatórias, ditam os rumos da política regulatória. Dado o histórico revelado pelo relatório produzido pelos professores da Universidade de São Paulo, a falta de expertise técnica dos tribunais deixa de ser mero argumento teórico aventado em prol das agências reguladoras, revelando-se constatação empírica do despreparo institucional judiciário para lidar com questões desta estirpe – ao passo que as agências foram arquitetadas precisamente para preencher este requisito<sup>245</sup>.

A conclusão do relatório, examinando mais de mil ações contra agências reguladoras e o Cade, expôs o seguinte cenário<sup>246</sup>: o Poder Judiciário (i) é moroso na prestação jurisdicional das causas; (ii) com frequência concede liminares, ou seja, decisões precárias, para suspender os efeitos das decisões administrativas; (iii) os provimentos liminares são revogados e concedidos novamente com frequência no decurso processual; (iv) na íntegra: “*a qualidade técnica das decisões é baixa (em particular revelam despreparo pessoal e institucional para apreciar políticas regulatórias, questões técnicas econômicas ou setoriais e ponderar interesses individuais e coletivos em jogo)*”; e (v) os tribunais tendem a confirmar a decisão das agências.

---

<sup>242</sup> GUERRA, *Op. Cit.* P. 220-221.

<sup>243</sup> *Ibidem.* P. 221.

<sup>244</sup> SILVA, *Op. Cit.* “*Assim como o controle judicial das políticas públicas ensejou a ‘judicialização da política’, o controle judicial dos órgãos reguladores pode conduzir à uma ‘judicialização da atividade regulatória’, ou regulação judicial, com a indesejável consequência de o juiz substituir-se ao regulador*”. P. 34.

<sup>245</sup> JORDÃO, *Op. Cit.* P. 626-627.

<sup>246</sup> BRASIL. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim de. *As Inter-relações entre o Processo Administrativo e o Judicial, sob a Perspectiva da Segurança Jurídica do Plano da Concorrência Econômica e da Eficácia da Regulação Pública. Relatório Final da Pesquisa*. São Paulo: USP, 2011. 317 p. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat\\_pesquisa\\_usp\\_edital1\\_2009.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf). Consulta em: 02/09/2022. P. 304.

É preciso ter cautela ao analisar dados colhidos há onze anos, e antes da vigência do atual Código de Processo Civil de 2015. Mas, de qualquer forma, os resultados expõem uma instrução processual convoluta, em que não há identificação nem coesão entre liminares e decisões transitadas em julgado, em que há lentidão para julgamento, em que decisões são proferidas sem o devido respaldo técnico-científico (para manter ou suspender o ato). Esses apontamentos apenas salientam a desvantagem institucional comparativa entre os tribunais e as agências reguladoras para a apreciação dos temas de alta complexidade técnica<sup>247</sup>.

De todas estas questões, a que não surpreende é o relativo despreparo técnico dos tribunais. Eles não foram criados como o intuito de se especializarem nas áreas técnicas – para isto existem as agências. Os tribunais detêm expertise para o julgamento de causas jurídicas sensíveis, o que podemos chamar de “alta complexidade jurídica”, já que interpretar a lei, dizer o Direito, afastar lesão ou ameaça a direito são as funções precípua do tribunal. Destarte, como conclui Jordão<sup>248</sup>, “quanto mais complexa do ponto de vista jurídico for uma questão decidida por uma autoridade administrativa, menor a razão para que os tribunais apliquem sobre ela um controle deferente”, porque as agências derivam sua atuação da interpretação da lei, e “a interpretação legislativa é compreendida como atividade jurídica por excelência”, de maneira que Judiciário pode se pronunciar sobre sua ilicitude, equívoco, ilogicidade, irrazoabilidade, desproporcionalidade.

Por outro lado, a morosidade é um impeditivo direto à adequada prestação jurisdicional regulatória na maioria dos casos. O mercado requer respostas rápidas, em ritmo de urgência, que o Judiciário até pode acompanhar, mas não é uma garantia institucional que o faça. Os impactos sistêmicos da lentidão de uma decisão podem ser devastadores – às vezes sua “eficácia é totalmente esvaziada de efeito pelo simples decurso do tempo”<sup>249</sup>. A inconsistência nos julgamentos liminares também propicia um ambiente de insegurança jurídica sob o qual dificilmente a regulação poderia prosperar.

---

<sup>247</sup> JORDÃO, *Op. Cit.* P. 627.

<sup>248</sup> *Ibidem.* P. 71.

<sup>249</sup> *Ibidem.* P. 149.

Há outras desvantagens comparativas de ordem processual. Fernando Quadros da Silva<sup>250</sup> bem assentou que “*o processo judicial sofre algumas limitações impostas pela própria natureza e princípios que o regem*”. Deles, destacam-se o princípio da demanda, princípio dispositivo, meios de prova – o que, em casos de alta complexidade técnica, demonstra-se essencial –, além dos próprios limites da sentença. Lembre-se que o juiz se limita aos autos do processo, ele decide a controvérsia, porém está fora do alcance dele identificar todas as consequências sistêmicas, como também está fora do alcance de qualquer um que não domine a técnica. Como relembra Breyer<sup>251</sup>, um julgador não pode consultar além dos autos, “*but the record itself tells only part of the story, the part that the advocates have chosen to let the court see. Even if fairly complete, a cold record does not allow the judge to prove the case in great depth*”. O Poder Judiciário se ocupa de solucionar casos concretos, dizer o Direito *naquele* caso – porém este único caso traz consigo implicações a todo subsistema gerido pela agência.

Em última análise, o que configura a adaptação institucional comparativa das agências para julgar as questões tecnicamente complexas (assim compreendidas aquelas em que esta relação tendencial for dominante) ou de caráter político (quando dentro da sua esfera de competência), não é a capacitação individual de seus diretores, que muitas vezes são nomeações apenas políticas. “*A adaptação superior advém de suas características institucionais, em especial da mais técnica e especializada composição de pessoal e da maior porosidade às informações e aos anseios dos setores que regulam*”<sup>252</sup>. O comprometimento com a qualidade técnica por um corpo profissional de competência constatável é o lastro de legitimidade que a agência necessita para que se lhe aplique a deferência.

Os tribunais certamente gozam de vantagem comparativa em se tratando de apreciação de temas estrita ou majoritariamente jurídicos, e primazia absoluta quando se toca nos direitos fundamentais. Quando a questão é mais técnica do que jurídica, porém, essa vantagem desaparece. Continuam os entraves do despreparo técnico judiciário, e a prerrogativa discricionária da Administração. O reconhecimento judicial

---

<sup>250</sup> SILVA, Op. Cit. P. 34.

<sup>251</sup> BREYER, Stephen. *Judicial Review of Questions of Law and Policy*. Administrative Law Review, vol. 38, n. 4, 1996, pp. 363-398. P. 389-390.

<sup>252</sup> JORDÃO, Op.Cit. 626-627.

desta vantagem institucional comparativa das agências é o primeiro requisito da deferência.

### **2.3.2 Judicial Review, Binding Deference, Chevron Doctrine**

Da mesma forma como as agências reguladoras brasileiras surgiram inspiradas no Direito norte-americano, o Brasil “importou” a deferência enquanto técnica de controle judicial. Revela-se oportuno valer-nos do extenso escólio doutrinário e conceitual desenvolvido nos Estados Unidos, onde a *deference* foi afinada para diversos casos, traduzindo posturas deferentes específicas para cada decisão administrativa, com destaque para a normativa. O aproveitamento deste instrumentário conceitual é possível tanto em razão da crescente influência da *Common Law* no Direito Administrativo brasileiro<sup>253</sup> - de tradição de Direito Administrativo, com fortes laços históricos com o Direito francês – quanto pela notória semelhança entre os modelos de Estado Regulador-*Administrative State*<sup>254</sup>. Objetiva-se aqui apreender a lógica da deferência.

O *Administrative State*<sup>255</sup> opera a partir de agências governamentais, dotadas de autonomia em face do governo federal americano, cuja atuação é definida e circunscrita pela lei (*statute*<sup>256</sup>) que a rege, em conjunto com o *Administrative Procedure Act* (APA) de 1946, aplicável à generalidade de atos administrativos das

---

<sup>253</sup> JORDÃO, Eduardo. *Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública*. 1ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. P. 25.

<sup>254</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às Agências Reguladoras*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 23. “*Em primeiro lugar, antes de regulação nada têm de específicos à Common Law [...]. A regulação é – isto sim – característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício da atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica*”.

<sup>255</sup> Para a história da construção do *Administrative State*, desde a *Interstate Commerce Commission*, passando pela era do *New Deal* até o APA, cf. MASHAW, Jerry L. *Creating the Administrative Constitution: the Lost One Hundred Years of American Administrative Law*. 1ª ed. New Haven: Yale University Press, 2012.

<sup>256</sup> O *statute* das agências reguladoras americanas tem em comum o mesmo caráter de abertura para normatização. Segundo Felix Frankfurter: “*It is not an equation or a formula representing a clearly marked process, nor is it an expression of individual thought to which is imparted the definiteness a single authorship can give. A statute is an instrument of government partaking of its practical purposes but also of its infirmities and limitations, of its awkward and groping efforts*”. FRANKFURTER, Felix. *Some Reflections on the Reading of Statutes*. *Columbia Law Review*: Vol. 47, No. 4, 1947. Pp. 527-546. P. 528.

agências. O conteúdo do APA consiste “*largely of procedural safeguards and judicial review as responses to the largest perceived problem: administrative discretion*”<sup>257</sup>. O APA tem como propósito garantir a necessária flexibilidade administrativa às agências, sem lhes permitir recair em arbitrariedade. O escopo da *judicial review* fornecido às cortes lhes atribui competência para “*hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law*”<sup>258</sup>.

A construção jurisprudencial americana consagrou três espécies principais de deferência<sup>259</sup>: *Skidmore Deference*, *Auer* ou *Seminole Rock Deference* e *Chevron Deference*. Esta última, por ter fixado uma metodologia de dois, depois três passos para a postura deferente, recebeu o cognome de *Chevron Doctrine*. Assim, mesmo que um ato administrativo não se encaixe no campo de apreciação de uma espécie de deferência, poderá recair em outro<sup>260</sup>. *Chevron* e *Skidmore* lidam com a criação de normas e a atuação administrativa em geral a partir da interpretação da lei que rege a agência, caracterizada por sua abertura e indeterminação, enquanto *Seminole Rock* diz respeito à interpretação que a agência elabora a partir das normas regulatórias que ela mesma criou.

*Skidmore* é a deferência judicial nos casos em que a agência interpreta e age a partir do marco legal, mas não está exercendo poder normativo<sup>261</sup>. Quando mais de uma opção se torna possível para a agência, compete aos tribunais decidir qual é a mais adequada e preferível. Todavia, se leva em consideração a opinião

---

<sup>257</sup> BREYER, Stephen; STEWART, Richard B.; SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian; HERZ, Michael E. *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*. Aspen Casebook Series. 8ª ed. New York: Wolters Kluwer, 2017. P. 36. “*The central purpose of the APA was to define and systematize such formalities, although particular statutes and agency regulations may impose different or additional requirements. The act establishes a basic distinction between the promulgation of general regulations, through rulemaking, and case-by-case decisions, through adjudication*” p. 37.

<sup>258</sup> UNITED STATES OF AMERICA. United States Congress. Administrative Procedure Act. Sec. 10, (e). Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2014/05/01/act-pl79-404.pdf>. Consulta em 10/09/2022. P. 8.

<sup>259</sup> CANE, Peter. *Controlling Administrative Power: an Historical Comparison*. 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. P. 211. Os nomes advêm dos casos que as deram origem: *Skidmore v Swift & Co.* 323 US 134 (1944); *Bowles, Price Administrator v Seminole Rock and Sand Co.* 325 US 410 (1945); *Chevron USA Inc. v Natural Resources Defense Council* 467 US 837 (1984); e *Auer v Robbins* 519 US 452 (1997). *Seminole Rock* e *Auer* referem-se à mesma deferência, a duplicidade de nome decorre dos dois casos que a criaram e confirmaram com abrangência distinta. A nomenclatura é utilizada indistintamente na doutrina americana.

<sup>260</sup> *Ibidem*. P. 213.

<sup>261</sup> MANNING, John F. *Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules*. *Columbia Law Review*, Vol. 96, No. 3, pp. 612-696. P. 618.

fundamentada da agência, analisando a decisão tomada (entendida como a preferida do ente), e perquirindo se esta é de fato a melhor para a solução do caso concreto<sup>262</sup>. O critério é substancial, relativo à expertise e à experiência da agência, de sorte que o peso da sua decisão dependerá da “*thoroughness evident in its consideration, the validity of its reasoning, its consistency with earlier and later pronouncements, and all those factors which give it the power to persuade, if lacking power to control*”<sup>263</sup>.

*Auer* ou *Seminole Rock* corresponde à postura deferente em casos em que a agência interpreta as normas regulatórias que ela mesma produziu. A lógica aplicável é a de que “*the ultimate criterion is the administrative interpretation, which becomes of controlling weight unless it is plainly erroneous or inconsistent with the regulation*”<sup>264</sup>. A lógica é que, como a agência criou a norma regulatória, é ela quem detém as melhores condições para interpretá-la, em razão da sua expertise técnica a respeito. O ato administrativo será válido conquanto não for considerado pelo Judiciário como “*plainly erroneous*” ou “*arbitrary and capricious*”<sup>265</sup>.

Por fim, *Chevron*. O caso mais controvertido e paradigmático em termos de deferência. “*Chevron stands for the basic proposition that the court should accept the administrator’s interpretation of a statutory provision reasonably open to more than one interpretation*” – e, prossegue Cane<sup>266</sup>, evidenciando o cerne da deferência – “*even if the court itself would have preferred a different interpretation*”. Em seu julgamento, o juízo a ser realizado, ou seja, a postura deferente, ocorre em dois passos (*steps*) do que se cunhou *Chevron Doctrine*: (1) *Step One*, verificar se o Poder Legislativo (no caso, o Congresso americano) se pronunciou sobre a questão posta a julgamento – se o comando legislativo for claro, ele vincula a agência; todavia, se ele for ambíguo ou a questão não tiver sido enfrentada especificamente pela legislação, “*the court*

---

<sup>262</sup> CANE, *Op. Cit.* P. 212.

<sup>263</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Skidmore v Swift & Co.* 323 US 134 (1944). P. 2.

<sup>264</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.*, 325 U.S. 410. P. 1.

<sup>265</sup> *Seminole Rock* foi objeto de lacerante crítica por John F. Manning, porque “*if an agency’s rules mean whatever it says they mean (unless the reading is plainly erroneous), the agency effectively has the power of self-interpretation*”. MANNING, *Op. Cit.* P. 617-620.

<sup>266</sup> CANE, *Op. Cit.* 211.

does not simply impose its own construction on the statute”<sup>267</sup>, e passa para o passo seguinte; (2) *Step Two*, se a legislação silenciar ou for ambígua, “the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute”<sup>268</sup>, ou, em outras palavras, se a interpretação da agência é razoável<sup>269</sup>.

No entanto, um terceiro passo foi adicionado à *Chevron Doctrine*, antecedente aos dois originais, chamado *Step Zero*. Sua adoção se deve ao fato de que pairava a dúvida, em primeiro lugar, se a *Chevron Doctrine* sequer seria aplicável a todas as decisões das agências. Coexistindo com outras posturas de deferência, dos quais *Seminole Rock* e *Skidmore* são apenas as duas outras mais relevantes, notava-se confusão e discordância jurisprudencial que nem mesmo a Suprema Corte conseguia uniformizar. A *judicial review* pela deferência incorreta resulta em postura e julgamento diferentes. O *Step Zero*, portanto, corresponde a um julgamento antecedente de que “a grant of rulemaking or adjudicative authority implicitly carries with it the power to interpret ambiguities, as long as the interpretation is reasonable”<sup>270</sup>. Essa é a precondição para se aplicar a *Chevron Doctrine*. Se a agência não possuir esta competência interpretativa conferida por lei, não se encaixa em *Chevron*.

Seguindo a lição de Sunstein e Vermeule<sup>271</sup>, *Step One*, “there is no deference to the agency. Courts decide on their own whether a statutory term is ambiguous. Agencies are not entitled to any deference on that question”. Requer-se do tribunal que exerça seu próprio juízo sobre se há ambiguidade no texto legislativo – sendo que somente haverá deferência caso positivo; caso a lei seja precisa, ela vincula a agência. No *Step Two*, as agências possuem o ônus de demonstrar que sua interpretação é razoável, ou seja, “an agency’s interpretation must both represent a reasonable construal of the ambiguity and rest on reasonable policy choices”.

*Chevron* representou o maior marco jurisprudencial sobre deferência. Ao estabelecer que o ato administrativo merece ser mantido se for permissível e razoável, o juiz John Paul Stevens redigiu o parágrafo mais influente em termos de suporte teórico da deferência, por entrelaçar seus três principais argumentos: competência

---

<sup>267</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., et al.* 467 U.S. 837. P. 4.

<sup>268</sup> *Ibidem.* P. 4.

<sup>269</sup> MERRIL, *Op. Cit.* P. 2

<sup>270</sup> SUNSTEIN. Cass R. *Chevron Step Zero*. Virginia Law Review, vol. 92, N. 2, 2006, pp. 187-249. P. 191-192.

<sup>271</sup> SUNSTEIN, VERMEULE, *Op. Cit.* P. 147-148.

superior das agências para lidar com questões de alta complexidade técnica, legitimidade democrática contrastada com ilegitimidade judiciária, em atuação dentro dos limites da lei<sup>272</sup>:

Judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the Government. Courts must, in some cases, reconcile competing political interests, but not on the basis of the judges' personal policy preferences. In contrast, an agency to which Congress has delegated policy-making responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration's views of wise policy to inform its judgments. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief Executive is, and it is entirely appropriate for this political branch of the Government to make such policy choices—resolving the competing interests which Congress itself either inadvertently did not resolve, or intentionally left to be resolved by the agency charged with the administration of the statute in light of everyday realities.

Esta é a deferência com a postura mais rigorosa e mais abrangente. A incerteza permeia todos os seus *steps*, de maneira que nem a jurisprudência nem a doutrina americana conseguiram firmar consenso a respeito de sua escorreita aplicação<sup>273</sup>. Todavia, é exatamente em razão desta imprecisão na postura deferente que Sunstein e Vermeule<sup>274</sup> argumentam que Chevron constitui um “*legal framework*” dentro do qual interesses contrastantes podem ser ponderados: “*Chevron, properly confined, is best understood as an overarching framework for review of legal questions involving agency interpretation of statutes, a framework within which competing views can reach a stable if uneasy equilibrium*”.

Para os autores, o *legal framework* de Chevron confere flexibilidade suficiente para comportar interpretações jurídicas divergentes tanto por parte dos juízes, quanto das próprias agências<sup>275</sup>. A ideia central é dúplice, no sentido de que as agências possuem legitimidade legal, democrática e técnica para produzir normas e efetivá-las, com base na sua interpretação da lei; e, simultaneamente, ao Judiciário é facultada

---

<sup>272</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., et al.* 467 U.S. 837. P. 4.

<sup>273</sup> Para críticas a respeito metodologia empregada pela *Chevron Doctrine*, Cf. POSNER, Richard. *The Rise and Fall of Judicial-Self-Restraint*. California Law Review, vol. 100, n. 3, pp. 519-556; NASO, Connor N.; ESKRIDGE JR., William N. “*Chevron*” as a Canon, not a Precedent: na *Empirical Study of What Motivates Justices in Agency Deference Cases*. Columbia Law Review, vol. 110, n. 7, 2010, pp. 1727-1817; MANSUR, Jonathan S.; OUELLETTE, Lisa Larrimore. *Deference Mistakes*. University of Chicago Law Review, vol. 82, n. 2, 2015, pp. 643-731.

<sup>274</sup> SUNSTEIN; VERMEULE, *Op. Cit.* P. 143.

<sup>275</sup> *Ibidem*. P. 144-145.

uma margem relativamente grande de controle no caso concreto, porque há três níveis de crivo judicial pelos quais a agência deverá passar para que seu ato seja mantido. Especialmente, o *Step Two*, que consiste em demonstrar a razoabilidade da decisão, está sujeito à alto grau de subjetividade do julgador, em razão do subjetivismo da caracterização de “razoabilidade”<sup>276</sup>.

Sobre esse aspecto, há dado empírico revelador. Em pesquisa inovadora e até hoje não superada Eskridge Jr. e Baer analisaram 1014 casos da Suprema Corte americana, desde *Chevron* em 1984 até 2006, versando sobre deferência às agências reguladoras, e constataram a presença de um “*continuum of deference*”, ou seja, a constante adoção de posturas deferentes por esta Corte. Se constatou que não se aplicava nenhuma postura de deferência em 53,6% dos casos, e o teste de Chevron somente foi aplicado com seus dois passos em 84 casos – míseros 8,3%<sup>277</sup>. A isso se devem três fatores principais: a confusão entre espécies de deferência, o emprego de deferência sem uma postura fixada pela própria corte – um “discurso de deferência”, mas também a porque “*the Justices respected and followed Chevron’s allegedly obsolete sibling, Skidmore*”<sup>278</sup>.

Oportuno reproduzir a advertência de Cane<sup>279</sup> sobre a atuação sobre a escolha entre posturas deferentes: “*It is commonly argued that these various formulae are explanatory rather than dispositive, and that courts can and do deploy them strategically to achieve the results they favour on grounds that may or may not be expressed*”. E, com efeito, a pesquisa de Eskridge Jr. e Baer apontou para uma preferência pelos juízes pela manutenção de decisões das agências que estivessem

---

<sup>276</sup> Segundo Merrill, “*reasonableness*” ou “*reasonable*”, conforme empregados em *Chevron*, comportariam três significados: “*It could mean that the court finds the agency’s interpretation to be reasonable as an exercise in the norms of statutory interpretation applied by courts. Alternatively, it could mean that the court finds that the agency’s interpretation reflects a policy that the court finds reasonable. Finally, it could mean that the agency has engaged in a process of reasoned decision-making in reaching its interpretation, as that norm has been developed in cases applying the “arbitrary, capricious, or abuse of discretion” standard of review under the Administrative Procedure Act.*” MERRILL, Op. Cit. P. 113-114.

<sup>277</sup> ESKRIDGE JR., William N.; BAER, Lauren E. *The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Hamdan*. Georgetown Law Journal, vol. 96, 2008, p. 1083-1226. P. 1121.

<sup>278</sup> *Ibidem*. P. 1121.

<sup>279</sup> CANE, Op. Cit. P. 213.

de acordo com seu viés político<sup>280</sup>, inclusive a partir do partido político que promoveu sua nomeação à Suprema Corte.

*Skidmore* e seu brocardo “*power to persuade, if if lacking power to control*” – e, pode-se argumentar, a mais fraca das deferências dentre as três a sujeita ao controle judicial mais forte – se coaduna com os demais resultados da pesquisa: os juízes se guiavam pela própria ideologia para decidir casos e, quando não tinham posições fortes, “*the Court is more likely to side with the agency in areas where the Court has a real (or perceived) institutional disadvantage*”, ou seja, quando se identificava uma desvantagem institucional comparada do Judiciário<sup>281</sup>. “*On the whole, though, the hypothesis fits the data well enough to indicate that comparative institutional competence and intensity of the Court’s opinions are at least somewhat predictive of agency win rates*”. No entanto, se o Judiciário deveria ser reconhecido por uma atuação ponderada e imparcial<sup>282</sup> na proteção de Direitos, uma abordagem ideológica como esta não contribui para uma deferência genuína.

Feita essa apertada síntese dos principais regimes de deferência da Suprema Corte americana, o que se pode extrair deles? À primeira vista, a multiplicidade de posturas deferentes erigidas pela jurisprudência faria parecer que há maior refinamento e técnica jurídica nos julgamentos de deferência. O que se verifica são pressupostos teóricos de maior e menor solidez ao longo dos espectros de deferência, por entre os quais se evidencia certa medida de subjetivismo do julgador na escolha e aplicação deles. De todos os desencontros das *deferences* americanas, todavia, identificando-o nos termos da relação tendencial, parece que o mais consistente entre os suportes teóricos e o resultado da pesquisa de Eskridge Jr. e Baer é a alta complexidade técnica. Isso porque, em última análise, de acordo com a pesquisa, a

---

<sup>280</sup> ESKRIDGE JR.; BAER, *Op. Cit.* “*Justices with socially conservative or business-oriented backgrounds and appointed by conservative Republican Presidents voted with the agency much more often when the agency reached a conservative result than when the agency reached a liberal result [...] Justices with public-service or plaintiff-oriented backgrounds and appointed by moderate Republican or Democratic Presidents voted with the agency much more often when the agency reached a liberal result than when the agency reached a conservative result*”. P. 1193

<sup>281</sup> *Ibidem.* P. 1146-47

<sup>282</sup> JORDÃO, *Op. Cit.* P. 58-60.

Suprema Corte defere apenas quando percebe uma desvantagem sua em relação à agência.

### 2.3.3 A Deferência Enquanto Postura Judicial

No Brasil, onde a jurisprudência sobre deferência ainda é incipiente, não há um precedente paradigmático como nos Estados Unidos que estabeleça uma específica postura deferente a ser adota, quando ou como. Vimos da prolífica produção jurídica da Suprema Corte americana que mais de uma forma de ser deferente é possível, mas que há vicissitudes procedurais tanto a partir do subjetivismo do julgador, quando pela dificuldade de encaixar um caso a uma determinada deferência. Parece, todavia, que as três espécies de postura deferente relacionadas acima se encaixam, *mutatis mutandis*, com o controle jurisdicional sistemático brasileiro.

Classificar a deferência como uma postura é apenas um enquadramento teórico. A prática da deferência é uma criação jurisprudencial, comportando mais de uma espécie em um mesmo ordenamento jurídico. Isso porque é aos próprios tribunais que compete decidir o âmbito da sua jurisdição, e não se pode dizer que há uma deferência melhor ou pior apenas a partir de diferenças de postura. É o que evidencia uma análise comparativa da deferência através dos ordenamentos jurídicos de diferentes países<sup>283</sup>.

No caso brasileiro, mais especificamente *Chevron*, pensado como *legal framework*, apesar de todas as suas conturbações, apresenta consideráveis semelhanças no que diz com o controle judicial. Inclusive, no que talvez seja o maior precedente em termos de poder normativo das agências reguladoras, a ADI n. 4.874/DF, o caso *Chevron* foi expressamente citado pela Min. Relatora Rosa Weber, e se realizou ali genuína aplicação da *Chevron Doctrine*<sup>284</sup> – porém sem

---

<sup>283</sup> Cf. JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

<sup>284</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.874/DF. Repte.: Confederação Nacional da Indústria. Intdos. Presidente da República; Congresso Nacional. Relatora: Ministra Rosa Weber. Data de julgamento: 01/02/2018. Data de Publicação: 01/02/2019. P. 66.

Veja-se trecho da ementa, correspondente ao excerto do voto: “*Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a*

estabelecimentos de critérios pelo STF para a deferência. O ápice do voto, em termos de deferência:

A doutrina da deferência administrativa conhecida como *Chevron deference* porque sistematizada pela Suprema Corte dos EUA no julgamento do caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, de 1984, orienta que, orienta que **uma vez claramente definidos na lei de regência**, as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetivos específicos da tutela, **ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la por sua própria interpretação da lei.** (g. n.)

O voto está de acordo, palavra por palavra, com a mais pura doutrina pró-deferência brasileira. Seria um exagero, contudo, considerar que este precedente, embora relevante, tenha consagrado uma postura de deferência aos tribunais do Brasil. De fato, os critérios utilizados não são vinculantes. De toda forma, utilizar o *legal framework* de *Chevron* como referência parece profícuo, senão pela sua relevância, pelo menos pelo fato de ser semelhante ao controle jurisdicional brasileiro em termos de agências reguladoras e já ter sido abordado em nossa jurisprudência, trazendo para cá uma medida de absorção desses critérios.<sup>285</sup> *Chevron* consiste em três passos ou etapas de avaliação para determinar se: (i) a lei outorgou competência à agência reguladora; (ii) esta mesma lei conferiu margem de discricionariedade administrativa (técnica); se a decisão formulada a partir disso é razoável. A questão é que, no caso brasileiro, deve-se considerar todo o bloco de constitucionalidade, com destaque para os princípios do Direito Administrativo.

É o que dá a entender quando se diz que a decisão administrativo-regulatória da agência merece ser preservada se sobreviver a um exame judicial de moralidade, eficiência e razoabilidade, o que pressupõe um prévio exame da legalidade da questão. “*Fora dessas hipóteses, o Judiciário deve ser conservador em relação às decisões das agências, especialmente em relação às escolhas informadas por*

---

*Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council).”*

<sup>285</sup> Sobre a importância de *Chevron* enquanto precedente na doutrina brasileira, cf. SILVA, Op. Cit. P. 192-197.

*critérios técnicos, sob pena de cair no domínio da incerteza e do subjetivismo*<sup>286</sup>. Na ausência de uma metodologia especificamente delineada sobre deferência nos tribunais, deve-se empregar os conceitos já consagrados.

Veja-se que, no exemplo trazido por Sundfeld e Câmara<sup>287</sup>, construiu-se uma postura de deferência muito similar a partir da presunção de legitimidade do ato administrativo, e a impossibilidade, nestas situações, de interferência no mérito administrativo. Para eles, essa presunção de legitimidade “*ganha expressivo relevo em situações como a trazida em exame, em que se impugna o ato com base em argumentos de natureza fática (técnica) contra as quais a Administração também levanta argumentos fundamentados em bases técnicas*”. Ao abordar o controle judicial de medidas administrativas de alta complexidade técnica, entendem os autores que o julgador deve sopesar os seguintes fatores para decidir: se os motivos alegados pela Administração Pública são existentes; se houve vício no procedimento que precedeu o ato; se algum princípio geral de Direito Administrativo restou violado; se a autoridade possuía competência legal para editar tal ato; e se a forma de produção do ato atendeu às exigências legais – mormente no quesito de atendimento da motivação.

No mesmo sentido, Bandeira de Mello<sup>288</sup> defende um controle judicial da discricionariedade administrativa que em muitos aspectos lembra a deferência. Para ele, o órgão julgador deve verificar se a Administração se manteve campo de aplicação discriminado pela lei. Sendo a resposta afirmativa, a decisão administrativa “*se firmou em uma inteligência perfeitamente cabível, ou seja, comportada pelo conceito ante o caso concreto – ainda que outra também pudesse sê-lo – desassistirá ao Judiciário assumir est’outra, substituindo o juízo administrativo pelo seu próprio*”. Se, de fato, a interpretação administrativa que consubstancia o seu ato não contraria o Direito, não haveria razão para o julgador rever o ato.

Superando a discussão sobre discricionariedade, Aragão<sup>289</sup> relembra que, na verdade, todos os aspectos da decisão administrativa examinada pelo Judiciário na verdade já foram ponderados anteriormente pelo administrador, como também pelo

---

<sup>286</sup> BARROSO. *Apontamentos sobre as Agências Reguladoras*. Op. Cit. P. 127.

<sup>287</sup> SUNDFELD; CÂMARA. Op. Cit. P. 33-34.

<sup>288</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed. 12ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 40.

<sup>289</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Subjetividade Judicial na Ponderação de Valores: Alguns Exageros na Adoção Indiscriminada da Teoria dos Princípios*. Revista de Direito Administrativo, vol. 267, 2014, p. 41-65. P. 62-63.

legislador ou até mesmo pelo próprio constituinte. Especificamente nas normas editadas por agências reguladoras, “*utilizar ponderação para decidir nos casos em que já há regra tutelando determinado direito seria reponderar valores já ponderados*”. A deferência não seria um mero formalismo, mas o resultado do reconhecimento do juízo mais adequado da Administração – especialmente em casos de “*capacidade institucional do órgão emissor do ato (órgão colegiado, capacidade técnica, independência etc.); [...] capacidade institucional do órgão emissor do ato (órgão colegiado, capacidade técnica, independência etc.)*”. A maior presença desses fatores no ato administrativo deve corresponder à uma propensão judiciária de dar preferência à agência reguladora.

A questão sobre o controle jurisdicional da regulação revela, outrossim, uma preocupação com o controle substancial do ato administrativo. “*O Direito não se contenta mais em delimitar formas na atuação administrativa; preocupa-se com a sua substância, inclusive no que diz respeito à própria opção administrativa na maioria dos casos*”<sup>290</sup>. Daí a relevância das relações tendenciais.

Porém, se preconiza-se uma racionalidade material que leva em conta os elementos do ato administrativo e os princípios constitucionais<sup>291</sup>, e estando-se em face de um problema de alta complexidade técnica, o Judiciário deverá verificar se é de fato o órgão correto para fazer esta tomada de decisão “*quando lhe pareça que o órgão administrativo possa ter mais legitimidade para exercê-la em uma dada situação concreta, ou mais competência, ou mais responsabilidade*”, esta compreendida como *accountability*<sup>292</sup>. Ou, apenas, o Judiciário deve se fazer esta pergunta do ex-juiz da Suprema Corte americana Stephen Breyer<sup>293</sup>: “*In short, can we be confident, given the comparative institutional settings, that strong judicial review will lead to better administrative policy?*”

---

<sup>290</sup> VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências de Regulação Brasileiras*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Op. Cit. P. 306.

<sup>291</sup> TOJAL, Op. Cit. P. 166.

<sup>292</sup> VERÍSSIMO, Op. Cit. P. 306.

<sup>293</sup> BREYER, Stephen. *Judicial Review of Questions of Law and Policy*. Administrative Law Review, vol. 38, n. 4, 1996, pp. 363-398. P. 389-390.

Todos os elementos elencados apontam para o fato de que o primeiro passo de uma postura de deferência é o Judiciário reconhecer que, em determinadas matérias, ele não é o mais qualificado para julgar. É a identificação da relação tendencial, compreendida como critério para determinação da intensidade, que se reporta à parcela substancial do ato administrativo – no caso da alta complexidade técnica pende-se à deferência, em razão da constatação de que ela está além da expertise e legitimidade democrática judicial. Se não há esse juízo prévio, não haverá deferência. Dito de outro modo, quando se fala em análise institucional comparativa para alocação de poder por deferência, fala-se numa análise operada pelo próprio julgador<sup>294</sup>, que é o competente para fixar a própria competência. Se ela não propender para no sentido da deferência, não se assumirá tal postura “respeitosa”. Em suma, o Judiciário deferirá quando entender que deve.

Em termos de vantagens institucionais comparadas, “*impõe-se o estabelecimento de critérios de uma dinâmica distributiva ‘funcionalmente adequada’ de tarefas e responsabilidades entre Administração e Judiciário*”<sup>295</sup>. Essa análise, cujo objeto é a substância do ato, é comparativa, porque se dá entre as instituições habilitadas para prover uma solução (tribunais ou agências); é institucional porque ela avalia tais capacidades dos diferentes entes (expertise jurídica e técnica); mas é também concreta, porque a relação tendencial só se verifica na realidade fática (sobreposição de uma relação tendencial sobre a outra) ou porque nenhuma capacidade institucional seja inerentemente superior (se uma agência decidir sobre questão técnica fora da sua especialidade)<sup>296</sup>. O que ocorre não é que se deixa de controlar, mas apenas se reconhece a maior capacidade institucional de um poder para decidir uma questão – ou seja, apesar de o Judiciário permanecer com a palavra final, ele apenas reconhece que outro poder pode ser o melhor árbitro no caso concreto<sup>297</sup>.

---

<sup>294</sup> JORDÃO, *Op. Cit.* P. 252-254.

<sup>295</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. P. 241.

<sup>296</sup> JORDÃO, *Op. Cit.* P. 252-254.

<sup>297</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P. 236. “Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador”. P. 288.

O segundo passo é, então, verificar se o procedimento decisório e a decisão administrativos estão de acordo com os conformes legais. Por conta disso, quando se diz que deferência é o exame da logicidade, razoabilidade da questão, sem enfrentamento direto da questão de Direito<sup>298</sup>, quer-se dizer que examinar-se-ão as circunstâncias em que a decisão administrativo-regulatória foi feita. Nestes casos em que se opera sob genuína incerteza, em que tampouco podem as cortes avaliar corretamente a substância do ato, *“the question is not what the correct decision under uncertainty would be, but rather whether the agency has approached the decision in a rational way”*<sup>299</sup>. O exame da racionalidade, ainda que relacionado à substância, não implica um enfrentamento direto desta, senão sua motivação, finalidade e razoabilidade, o contexto em que ela foi tomada, e a logicidade nela contida.

Como referiu a Min. Rosa Weber, nestes casos em que a lei não fornece diretamente a resposta, abrindo margem para a discricionariedade, *“a questão a ser decidida pela Corte é se, ao acomodar interesses contrapostos, a solução a que chegou a agência foi devidamente fundamentada e se tem lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Esse é o ponto”*<sup>300</sup>. É o deslocamento do aspecto substancial para o formal-procedimental do ato.

A isso pode-se dar o nome de legitimação pelo procedimento<sup>301</sup>, ou seja, a ideia da submissão à tomada de decisão a partir de um determinado meio ou método – seja para fins de produção normativa, imposição de penalidades, fixação do valor da tarifa, e qualquer outra competência da agência reguladora. Existem três critérios principais que buscam conferir esta legitimidade, conjugadas no procedimento decisório: (i) a competência legal, baseada nos três fatores delineados acima, em que é permitido à Administração agir discricionariamente, mas com base na técnica, numa interpretação razoável; (ii) a especialização técnica que é o grande referencial das

---

<sup>298</sup> *Ibidem*. P. 556.

<sup>299</sup> VERMEULE, *Op. Cit.* P. 128.

<sup>300</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.874/DF. Reqte.: Confederação Nacional da Indústria. Intdos. Presidente da República; Congresso Nacional. Relatora: Ministra Rosa Weber. Data de julgamento: 01/02/2018. Data de Publicação: 01/02/2019. P. 66-67.

<sup>301</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente?”*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. *Op. Cit.* P. 245.

agências reguladoras; e (iii) a legitimidade democrática, que nas agências reguladoras se desdobra tanto pelo fato de estarem sujeitas ao controle legislativo, quanto pela participação dos regulados na tomada de decisão, o que pode ocorrer por meio de audiências e consultas públicas<sup>302</sup>.

Se a deferência é aqui uma postura, o sopesamento destes fatos é seu *modus operandi*. Ocorre que a deferência também pode constituir várias posturas, como demonstra a situação americana. Daí porque concordamos com Eduardo Jordão<sup>303</sup>: “há uma pluralidade de formas e de graus e que a intensidade do controle judicial pode ser adaptada à complexidade da Administração Pública contemporânea, não tendo nenhuma solução abstratamente superior às demais.” De fato, a deferência não precisa ser unívoca e pode se materializar em diversas espécies – *Skidmore*, *Seminole Rock* ou *Chevron*, e.g. – o não invalida os dois passos identificados. A metodologia da deferência pode variar de um regime para outro, sem excluir a análise institucional comparativa e a verificação da legitimação pelo processo. Nesses regimes muda-se ao que se defere (interpretação extraída diretamente da lei; interpretação da lei para editar norma; e interpretação da norma regulatória), o que altera a postura, mas não deixa de ser deferência<sup>304</sup>.

Em arremate, a alta complexidade técnica é um critério simultaneamente na análise institucional comparativa realizada pelo Poder Judiciário para determinar a intensidade do controle, na medida em que é uma relação tendencial que aponta para a deferência e a expertise técnica é requisito de vantagem institucional das agências reguladoras; e um critério da legitimação do ato pelo processo após a adoção da postura deferente, quando a discricionariedade conferida pela lei às agências para regular os mercados se pautar na técnica e de fato a agência reguladora possuir aquela especialidade técnica específica.

---

<sup>302</sup> WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonacorsi de; GAMA E COLOMBO, Daniel. *Revisão Judicial dos Atos das Agências Reguladoras: uma Análise da Jurisprudência Brasileira*. In.: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito Econômico: Direito Econômico Regulatório*. Série GV-Law. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 212.

<sup>303</sup> JORDÃO, *Op. Cit.* P. 653.

<sup>304</sup> Cane nos fornece um exemplo: “*whereas under Chevron an agency’s interpretation of a statute will be ‘controlling’ only if the court considers it reasonable, under Seminole Rock an agency’s interpretation of a regulation will be controlling unless the court considers it ‘arbitrary and capricious’*”. A diferença nas posturas é notável, mas em ambos os casos se tem deferência. CANE, *Op. Cit.* P. 213.



### 3 ANÁLISE DE CASO: O RE 1.083.955 AGR/DF

A deferência se constrói em casos. Isso porque o Podre Judiciário somente poderá delimitar sua atuação a partir das circunstâncias fáticas a ele apresentadas. Problemas teóricos como “complexidade técnica”, “questões jurídicas sensíveis”, “genuína incerteza”, *inter alia*, somente podem ser entendidos para fins de deferência quando se está diante do caso concreto. E são as considerações feitas a partir disso que gerarão os contornos da deferência.

Escolheu-se debruçar sobre um recente julgado do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Min. Luiz Fux, em que o Cade aplicou penalidades antitruste, ainda sob a égide da antiga Lei n. 8.884/94 contra uma companhia – Cascol Combustíveis para Veículos Ltda. –, em seu art. 20, incisos I, II e IV, e art. 21, incisos II, IV, V e X. Esta já não é mais a lei em vigor para o Cade, tendo sido substituída pela Lei n. 12.529/2011, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e conferiu ao Cade sua atual estrutura.

As penalidades impostas referem-se à infrações à ordem econômica, sendo, na ordem disposta acima: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; exercer de forma abusiva posição dominante; obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição.

O Cade, no Processo Administrativo n. 0800.024581/94-77, impôs multa no valor de 5% do faturamento bruto do ano anterior ao da instauração do procedimento administrativo, determinou a inscrição da parte autora no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, bem como a publicação de anúncio de meia página em jornal de grande circulação a respeito das sanções aplicadas.

Ao ingressar no Poder Judiciário para contestar as sanções antitruste, a parte autora obteve sentença procedente no primeiro grau, que foi revertida pelo Tribunal

Regional Federal da 1ª Região, sob o fundamento de que seria vedado ao julgador adentrar no mérito administrativo, mormente quando se trata de questões do Cade. De acordo com o relatório do TRF1, “o julgador, entretanto, avançou para ter como descaracterizada a infração à ordem econômica, a ponto de refutar as atividades das autoras-apeladas como potencialmente atentatórias à liberdade de concorrência”<sup>305</sup>, penetrando na área que seria reservada à margem de apreciação da Administração.

Em seu julgamento, TRF1 entendeu, ainda, o Cade firmou entendimento de que a parte autora valeu-se de poder econômico com o fito de eliminar a concorrência potencial de redes de supermercado locais que pretendiam ingressar no comércio de revenda de combustíveis, sendo a conduta gravosa “a ponto de exercerem pressões em autoridades dos poderes Executivo e Legislativo para aprovar lei distrital que vedava a instalação de postos de combustíveis em estacionamentos de supermercados”<sup>306</sup>.

Imposto o recurso extraordinário, o Min. Relator Luiz Fux rejeitou-o monocraticamente, destacando que o entendimento do TRF1 não dissidia do entendimento do STF, e que seria impossível, nesta esfera recursal, reexaminar questões fático-probatórias. Interposto agravo regimental, o argumento levantado pelo recorrente foi de que “é permitido ao Poder Judiciário o controle da legalidade do ato administrativo, ainda que sob o prisma da ilegalidade ou abusividade”, e que sua pretensão é “analisar e julgar se as decisões do CADE são imunes à revisão judicial, sob qualquer ângulo, ainda que da ilegalidade ou abusividade”<sup>307</sup>.

No seu voto, o Min. Relator Luiz Fux negou provimento ao recurso, invocando expressamente o dever de deferência – terminologia empregada no acórdão. O argumento sintetiza-se desta maneira<sup>308</sup>: “A expertise técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica demanda uma postura

---

<sup>305</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.083.955/DF. Agte(s): Cascol Combustíveis para Veículos Ltda. e Outro(a/s). Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 28/05/2019. Data de Publicação: 007/06/2019. P. 8.

<sup>306</sup> *Ibidem*. P. 8.

<sup>307</sup> *Ibidem*. P. 6.

<sup>308</sup> *Ibidem*. P. 2.

*deferente do Poder Judiciário ao mérito das decisões proferidas pela Autarquia*". Em razão disso, "o controle jurisdicional deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos".

Houve de fato postura de deferência?

A primeira questão que precisa ser esclarecida: ao longo de todo este trabalho se estudou a deferência às agências reguladoras. O Cade não é agência reguladora. Ele é apenas uma entidade judicante constituída na forma de autarquia, vinculada ao Ministério da Justiça (art. 4º da Lei n. 12.529, antigo art. 3º da Lei n. 8.884/94), mas que não está inserido no rol do art. 2º da Lei n. 13.848, que elenca as agências reguladoras brasileiras. Da mesma forma, não exerce uma regulação setorial, como as agências, e sim sobre toda a proteção da concorrência no território nacional.

O julgado tomou o cuidado técnico-jurídico de referir-se ao Cade como "Autarquia", mas menciona repetidas vezes, inclusive na sua ementa, que as agências reguladoras merecem deferência em seus atos em razão da sua expertise. Em nenhum momento a decisão enfrentou diretamente essa temática, mas não acreditamos que tenha havido erro ou incongruência. As teorias da deferência foram pensadas para as agências reguladoras porque estas são as entidades independentes dos Estados Unidos, país onde se originou a concepção ora estudada<sup>309</sup>, e lá não se faz a distinção entre autarquia e agência reguladora, como ocorre no Brasil.

Durante anos houve discussão doutrinária sobre se o Cade seria uma agência reguladora. Usualmente pendia-se para o não, por conta da ausência de poder normativo, que é a marca registrada de uma agência reguladora. Isso não significa que o Cade não regule – ele é responsável pela regulação da concorrência<sup>310</sup>. De fato, não é uma regulação setorial, como tendem a ocorrer com as agências federais, mas nem por isso deve ser entendido como menos regulação.

Outrossim, o Cade compartilha diversas características com as agências reguladoras, desde sua autonomia até a sua natureza especial. Isso advém de comando legal expresso. O art. 51 da Lei n. 13.848 torna aplicável ao Cade, no que couber, o disposto no art. 3º, da mesma lei, que conceitua a natureza especial das

---

<sup>309</sup> TOJAL, *Op. Cit.* P. 167.

<sup>310</sup> ARAGÃO, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Op. Cit.* P. 323.

agências reguladoras. Se seguirmos a linha de Aragão<sup>311</sup>, de que o nome do ente é menos importante do que suas características descentralizadoras e concedentes de autonomia funcional, pode-se equiparar, como este julgando faz, ao menos em termos de deferência, as decisões do Cade às das agências reguladoras.

Neste aspecto, perfilhamos a posição de Di Pietro de que, na importação de um instituto jurídico estrangeiro, este deverá se conformar aos moldes do Direito brasileiro, inclusive em termos de regulação. “*Pode-se alterar a terminologia, para uniformizá-la e torná-la útil em época de globalização, mas não há como fugir ao ordenamento jurídico-constitucional de cada Estado*”<sup>312</sup>. Se as decisões do Cade e das agências possuem características iguais ou semelhantes de formulação e finalidade – de um ente da Administração indireta dotado de autonomia, destinadas à regulação da economia –, parece adequada a comparação, ainda que implícita, operada neste julgando.

A estrutura do Estado Regulador brasileiro não comporta apenas agências reguladoras, como também autarquias reguladoras, dentre as quais, além do Cade, costuma-se elencar a Comissão de Valores Monetários e o Banco Central<sup>313</sup>. De fato, seria um contrassenso as agências reguladoras serem merecedoras de deferência, enquanto o Cade, exercendo função regulatória tanto quanto, não o seria, por uma tecnicidade de nomenclatura e classificação como “agência reguladora”.

Superado este tópico preliminar, o presente estudo direcionou-se ao dever de deferência nos casos de complexidade técnica, justamente o argumento empregado com força neste julgando para manter a decisão do Cade. No voto, o Min. Relator delineou a problemática nestas linhas<sup>314</sup>: “*No presente caso, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, após ampla análise do conjunto fático e probatório dos autos do processo administrativo, examinou circunstâncias fáticas e*

---

<sup>311</sup> *Ibidem*. P. 280.

<sup>312</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. P. 34.

<sup>313</sup> SILVA, *Op. Cit.* P. 41.

<sup>314</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.083.955/DF. Agte(s): Cascol Combustíveis para Veículos Ltda. e Outro(a/s). Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 28/05/2019. Data de Publicação: 007/06/2019. P. 18.

*econômicas complexas [...]’*. Na visão do magistrado, a decisão do Cade seria merecedora de deferência porque, ao enfrentar uma questão técnica de alta complexidade, possuiria maior capacidade institucional para avaliar e solucionar o problema. O exame da materialidade das condutas e a identificação dos danos aos mercados “*demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida expertise do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos*”<sup>315</sup>.

Torna-se interessante traçar um paralelo. A obra citada pelo magistrado na constatação acima reproduzida advém de Eduardo Jordão. Se recordarmos a proposta de classificação de atos administrativos de acordo com sua complexidade técnica, verificaremos que o exemplo de uma “avaliação técnica complexa” – ou seja, um ato que contempla a discricionariedade técnica e a ponderação de interesses públicos conflitantes em conjunto – é justamente o Direito Antitruste<sup>316</sup>.

Na realidade, o Direito Antitruste é a província da incerteza jurídico-regulatória por excelência. A dificuldade permeia toda esta regulação: como se avalia um cartel ou monopólio? Quais os critérios para uma condenação? Qual a certeza que se deve ter ao impor penalidades, se a avaliação da conduta depende de metodologias econômicas incertas e muitas vezes subjetivas?<sup>317</sup> “*Naturalmente, a exigência de ‘prova absoluta’ seria totalmente respeitadora dos direitos das partes, mas geraria uma política antitruste bastante custosa e ineficiente*”<sup>318</sup>. Neste sentido, compete à autoridade regulatória, ou seja, o Cade, optar entre diversos referenciais teóricos para levar à efeito os comandos da lei e a efetivação da concorrência.

A prática antitruste é notoriamente complexa, e mais complexo ainda é levá-la aos tribunais. A doutrina americana discorda em praticamente tudo a respeito de critérios para identificação de infrações antitruste e critérios sancionatórios, mas um consenso é que “*in general, although the courts have become better at identifying problematic market structures, they have not done so well in dealing with complex*

---

<sup>315</sup> *Ibidem*. P. 16.

<sup>316</sup> JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 124.

<sup>317</sup> A respeito, cf. WU, Tim. *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. 1ª ed. Nova York: Columbia Global Reports, 2018. p. 86-88.

<sup>318</sup> JORDÃO, *Op. Cit.* P. 186-187.

*anticompetitive strategies*”<sup>319</sup>. A dificuldade jaz justamente no dificultoso limiar probatório, em que se sabe que infrações existem em abstrato, mas identificar a elas e seus defeitos requer conhecimento econômico deveras especializado.

Posto de outra forma, a lei define atribuições ao Cade dentro de uma esfera de competência e estipula sanções antitruste, cujo conteúdo deve ser interpretado a fim de integrar conteúdo e norma, o que se faz por meio da discricionariedade administrativa, que, como não poderia deixar de ser, deve ser pautada por uma expertise na disciplina antitruste. Assim, tem-se uma ligação entre a amplitude da norma que confere discricionariedade, o poder de polícia do Cade para exercê-la, mas, subjacente a todo processo, requer-se um conhecimento técnico especializado que legitime essa conduta.

A identificação da relação tendencial neste caso é fácil, porque evidente o nível de complexidade técnica que intermedeia toda regulação antitruste. As considerações jurídicas são contaminadas pelas econômicas e até cedem-lhes espaço. Veja-se que seria possível argumentar com relação às duas outras relações tendenciais: que haveria uma questão juridicamente sensível, caso tenha havido algum erro manifesto na conduta do Cade, e levando em conta o peso de uma condenação antitruste; ou que há um substrato de política regulatória<sup>320</sup> – o que, ao invés de convidar à intervenção judicial, também serviria como tendência no sentido deferente.

O que se verifica, sem dúvidas, é a preponderância do aspecto substancial de complexidade técnica em um dos seus graus mais elevados. Tanto assim, que o Min. Fux elaborou os seguintes critérios a partir dos quais deve-se deferir em casos desta espécie:

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

---

<sup>319</sup> HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. 1ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2008. P. 11.

<sup>320</sup> JORDÃO, *Op. Cit.* P. 153. Destacamos, a respeito: “O fato é que a opção efetuada informará o modo de atuação de uma autoridade antitruste e consistirá em traço importante de sua política regulatória”.

ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.

Reflexivamente, trata-se de um reconhecimento da vantagem institucional comparativa detida pelo ente regulador em relação ao Poder Judiciário para lidar com questões regulatórias complexas. De fato, “*a intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública*”<sup>321</sup>. O autorreconhecimento das deficiências do Poder Judiciário na apreciação destas causas poderia ser considerado um juízo prévio para a aplicação da deferência<sup>322</sup>.

O pensamento implícito, ao se constatar que a eficiência de uma medida regulatória estará mais bem confiada nas mãos da Administração é que “*administrators should have broad leeway to set policy, to determine facts, to interpret ambiguous statutes, and even [...] to determine the boundaries of the administrators’ own jurisdiction, acting as ‘judges in their own cause’*”<sup>323</sup>. O posicionamento do Supremo Tribunal aqui foi de reconhecimento de que o Cade, enquanto autarquia especializada em regulação da concorrência, está mais bem equipado para formular decisões nessa seara.

Aqui se consagra a adoção da postura da deferência. Não basta reconhecer que a matéria é complexa, porque a complexidade isolada, como vimos, não é o critério de deferência ou o maior problema dos tribunais. A questão é a possibilidade de diferentes opções, dentre as quais uma será escolhida a partir da interpretação dada por ente do Poder Executivo, sem que o Judiciário esteja apto para verificar inequivocadamente se esta é a mais eficiente ou não. Neste caso, o voto deixou claro, com o que se concorda, não apenas existiam diversas possibilidades regulatórias, como também quem estaria comparativamente mais bem equipado para fazê-las é a autarquia especializada, e não o Judiciário. A partir deste reconhecimento judicial o controle exercido pela decisão passa a ser considerado fraco.

Veja-se que o juiz de primeiro grau, hipoteticamente, não teria deixado de deferente ao anular as sanções antitrustes impostas. Ele não foi deferente na medida

---

<sup>321</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.083.955/DF. Agte(s): Cascol Combustíveis para Veículos Ltda. e Outro(a/s). Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 28/05/2019. Data de Publicação: 007/06/2019. P. 16.

<sup>322</sup> VERÍSSIMO, *Op. Cit.* P. 306.

<sup>323</sup> VERMEULE, Adrian. *Law’s Abnegation: From Law’s Empire to the Administrative State*. 1ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2016. P. 1.

em que não reconheceu a vantagem institucional comparativa do Cade para estabelecê-las, e em que não apenas anulou o ato administrativo, como também fez pronunciamento que atinge o coração do mérito administrativo e a política regulatória, no sentido de que afirmou em sentença que as condutas sancionadas não ocorreram. Mais do que interpretar a situação do caso concreto, o magistrado desconsiderou a discricionariedade administrativa que, partindo da lei, utilizou-se do referencial teórico nela disposto para dar-lhe significado. Com isso, exerceu um controle forte e não deferente. O controle foi positivo, ademais, porque o juiz substituiu-se ao Cade para enfrentar diretamente a questão jurídica controvertida e determinar que não houve infrações à ordem econômica. A sentença é exemplo do fenômeno da regulação judicial, na modalidade de regulação negativa<sup>324</sup>, que anula atos administrativo-regulatórios e circunscreve o leque de opções do ente regulador. Julgar a regulação também é regular.

Prosseguindo, tendo-se adotado o controle deferente, desloca-se o exame judicial da substância do ato administrativo para a legitimação pelo processo.

O Cade tomou a decisão ora vergastada no devido exercício do seu poder de polícia<sup>325</sup>, mais especificamente, falando-se do ciclo de polícia, nas fases de fiscalização e sanção da conduta do particular, com base na margem discricionária que a lei lhe confere. A então vigente Lei n. 8.884/94 regia o âmbito de atuação do Cade: ela lhe impunha regras procedimentais e lhe conferiu competência judicante – uma tarefa cuja alocação no Poder Executivo apenas reforça a necessidade de congregação de competências para lidar com a crescente complexidade econômica com que os entes administrativos precisam conviver no desempenho de suas atribuições.

Nesse sentido, a decisão administrativa merece deferência, uma vez que, numa concatenação necessária, (i) o Cade detinha competência legal<sup>326</sup>; (ii) essa

---

<sup>324</sup> JORDÃO, *Op. Cit.* P. 130.

<sup>325</sup> ARAGÃO, *Op. Cit.* P. 177.

<sup>326</sup> “Nessa perspectiva, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE é a entidade que detém competência legalmente outorgada para verificar se a conduta de agentes econômicos gera efetivo prejuízo à livre concorrência, em materialização das infrações previstas na Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental no Recuso

mesma lei conferiu margem discricionária à atuação administrativa, para identificar, julgar e sancionar infrações à ordem econômica, de acordo com critérios técnicos; e (iii) não se tendo constatado arbitrariedade, erro manifesto ou ação fora dos padrões definidos pela lei, ou, ainda que não referido expressamente neste caso, na própria Constituição Federal, o ato administrativo-regulatório proferido pelo Cade se afigura legítimo, não havendo de se falar de revisão do mérito administrativo.

Pode-se dizer com segurança que, neste caso, o Supremo Tribunal Federal adotou uma postura deferente, da qual resultou a manutenção do ato administrativo, e não apenas um discurso de deferência ou a deferência apenas pelo resultado. Isso porque não houve enfrentamento direto da questão jurídica que deu origem às penalidades - apenas fez-se um juízo de logicidade e legalidade da atuação do Cade, concluindo que, diante do tipo de infrações antitruste de alta complexidade técnica com que se lidava, tendo a autarquia agido dentro dos devidos limites legais, ela era a instituição mais apta para proferir uma decisão a respeito<sup>327</sup>. Ao contrário do aduzido pelo recorrente, deferir não é deixar de julgar, é apenas incidir controle mais fraco.

Por outro lado, o relator não efetuou um juízo expresso de razoabilidade do ato. Pode-se considerar que ele ocorreu implicitamente, em razão da decisão pela legitimidade do ato administrativo e a impossibilidade de adentrar no seu mérito. O juízo que se operou foi, ao invés, de legalidade<sup>328</sup>:

Irretocável, portanto, o acórdão proferido pelo Tribunal a quo, que assentou a impossibilidade de revisão judicial do mérito de decisão administrativa proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, visto que a análise jurisdicional deve cingir-se a questões de legalidade ou abusividade do ato administrativo.

Isso não significa dizer que não houve deferência. Na verdade, por raciocínio contrário, admite-se que, se não se considerou abusivo o ato administrativo, é porque foi razoável. A concessão da deferência implica concordância judicial com a

---

Extraordinário n. 1.083.955/DF. Agte(s): Cascol Combustíveis para Veículos Ltda. e Outro(a/s). Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 28/05/2019. Data de Publicação: 007/06/2019. P. 18-19.

<sup>327</sup> *Ibidem*. “No presente caso, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, após ampla análise do conjunto fático e probatório dos autos do processo administrativo, examinou circunstâncias fáticas e econômicas complexas, incluindo a materialidade das condutas, a definição do mercado relevante e o exame das consequências das condutas das agravantes no mercado analisado. No processo, concluiu que a conduta perpetrada pelas agravantes se enquadrava nas infrações à ordem econômica previstas nos artigos 20, I, II e IV, e 21, II, IV, V e X, da Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste)”. P. 18.

<sup>328</sup> *Ibidem*. P. 19.

razoabilidade do ato administrativo. O fato de não se ter minudenciado seus pontos apenas ou feito um exame de proporcionalidade representa que este voto não assumiu uma postura de *Chevron Doctrine*, que determina a realização de juízo de razoabilidade em seu segundo passo<sup>329</sup>.

À título meramente ilustrativo, poder-se-ia encaixar o julgado ora em estudo no espectro da *Skidmore Deference*, no qual o ente regulador interpreta diretamente a lei, sem exercer poder normativo. *Skidmore*, segundo a lição de Vermeule, “*just describes the attitude of any minimally sensible decision-maker, who listens to any relevant arguments of well-informed parties when deciding what to do, for whatever those arguments may be worth*”<sup>330</sup>. Inclusive, destacar a existência de posturas deferentes específicas para cada tipo de atuação administrativa mostra-se relevante justamente no caso concreto, porque, em hipóteses como a deste julgado, sequer faria sentido aplicar o *legal framework* de *Chevron*, e muito menos *Seminole Rock*, porque o Cade não possui a competência normativa que pressupõe a aplicação destes regimes de deferência. É uma singela distinção quanto à deferência aplicada na ADI n. 4.874/DF, porque aquele caso tratava de deferência à norma editada pela ANVISA, operando uma interpretação da lei com finalidade diferente da sanção administrativa neste caso.

O mote de *Skidmore* é justamente que, em razão da consistência do raciocínio empregado pela autoridade administrativa, da consistência diante de outras decisões sobre a mesma questão, sua decisão comporta “*power to persuade, if lacking power to control*”<sup>331</sup>. Interpretar a lei continua sendo competência primária do Judiciário. Porém, se é verdade que todos os três poderes da República podem interpretar a Constituição Federal<sup>332</sup>, haverá casos em que a interpretação feita pela Administração eventualmente merecerá deferência judicial, quando se constatar que o ato administrativo permanece nos limites da lei e é feito pelo ente mais legítimo.

---

<sup>329</sup> MERRIL, *Op. Cit.* P. 2-3.

<sup>330</sup> VERMEULE, *Op. Cit.* P. 96.

<sup>331</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Skidmore v Swift & Co.* 323 US 134 (1944). P. 2.

<sup>332</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P. 236.

Porém o julgado, ao não fazer referência a nada disso, confirmou que não é preciso fazer remissões à modelos estrangeiros de deferência para que esse instituto seja corretamente aplicado no Direito brasileiro<sup>333</sup>. Veja-se que os critérios utilizados pelo Min. Relator dizem com o Direito Administrativo clássico: impossibilidade de adentrar no mérito administrativo, limites de competência jurisdicional no controle de legalidade, discricionariedade administrativa para escolher uma das opções tornadas viáveis pela lei. Demonstrou, também, que não é preciso minudenciar sobre a razoabilidade do mérito administrativo quando se trata de questões de alta complexidade técnica e, portanto, herméticas ao não-especializado, limitando-se ao contexto de tomada da decisão, e elencando os motivos que a legitimam.

Sendo que é interessante notar, neste particular, que, ainda que detenham um caráter prognóstico, no sentido de que influenciarão o comportamento dos demais regulados, as sanções administrativas são a espécie de ato regulatório que mais se assemelha à função judicial típica, porque lida com julgamentos de fatos pretéritos, ao invés de simplesmente futuros, como faz boa parte da atividade regulatória<sup>334</sup>. E, ademais, a doutrina do processo administrativo sancionador brasileiro é deveras suscetível à influência de controle jurisdicional por princípios, incluindo os oriundos do Direito Penal<sup>335</sup>. Portanto, demonstra-se o quanto a deferência aqui concordou com a superioridade interpretativa do Cade para lidar com questões dessa complexidade.

E quanto às questões tecnicamente complexas, este julgado serve como bom precedente sobre a relação tendencial. A postura deferente assumida, buscou-se demonstrar, veio em decorrência justamente do aspecto substancial. Fosse(m) outro(s), possivelmente os sopesamentos teriam sido diferentes. De especial proveito é a estipulação de dois critérios de deferência quando em face de atos administrativo-regulatórios de alta complexidade técnica. Eles apontam para a adoção de uma postura de deferência, em razão do reconhecimento de uma vantagem institucional, e representam bem o espírito da deferência: ela é uma vontade do Judiciário, acerca da extensão da sua competência – e mais do que isso, deferir é cancelar a escolha pelo Estado Regulador já adotada pelos outros poderes.

---

<sup>333</sup> SANTOS, Humberto. *Deferência Judicial às Decisões do Cade e o Equilíbrio entre os Poderes Constituídos*. Revista de Defesa da Concorrência, vol. 9, n. 2, 2021, p. 75-94. P. 86.

<sup>334</sup> JORDÃO, *Op. Cit.* P. 134.

<sup>335</sup> Cf. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal*. Revista de Direito Administrativo, vol. 219, 2000, pp. 127-151.

Concorda-se com o resultado do julgamento, na medida em que ele, na medida da deferência: (i) identificou a relação de alta complexidade técnica, neste caso do Direito Antitruste; (ii) reconheceu a vantagem institucional do Cade ante ao Poder Judiciário para enfrentar a questão com mais legitimidade, em razão da expertise técnica, e com isso assumiu uma postura deferente; (iii) reconheceu que o Cade agiu com lastro legislativo, na margem da discricionariedade administrativa técnica, dentro do enquadramento jurídico; e (iv) deferiu à decisão do Cade sem permitir a intromissão em seu mérito administrativo.

#### 4 CONCLUSÃO

O presente trabalho tratou do dever de deferência do Poder Judiciário quando confrontado com causas regulatórias de alta complexidade técnica, e as formas como este controle judicial ocorre. O estudo dividiu-se em duas partes: a primeira consistindo na teoria do controle jurisdicional da regulação – perfazendo os temas (i) regulação; (ii) controle jurisdicional; e (iii) deferência –, com enfoque nas agências reguladoras; a segunda, um estudo de caso em que se aplicou a deferência, analisando a aplicação dos tópicos da primeira parte.

A primeira parte iniciou com o estudo da regulação, entendida como a intervenção estatal indireta na economia a partir da estrutura político-jurídica do Estado Regulador. A complexificação da sociedade e da economia compeliram o Estado como um todo a adotar uma nova política econômica de regulação através não da sua entrada direta nos mercados por companhias estatais em regime de monopólio, e sim por meio de agências reguladoras independentes, para gerir setores relevantes da economia, sob os auspícios da eficiência e da especialização, o que traduziu uma escolha regulatória que embasou a descentralização administrativa. Para desempenhar sua função adequadamente, o Poder Legislativo outorgou às agências reguladoras uma série de competências legais (fiscalizatórias, sancionatórias, adjudicatórias, arbitrais, recomendatórias e normativas), que ultrapassam os limites tradicionais de uma regulação exercida apenas pela polícia administrativa, embora não a exclua, e faça considerável uso do seu ferramental. Nesse sentido, a atividade regulatória é marcada pela discricionariedade destes vários poderes congregados nas agências, legitimada pela sua eficiência técnica.

Passou-se à análise do controle jurisdicional incidente sobre a regulação. Constatou-se a dicotomia tradicional de discricionariedade-vinculação do ato administrativo e a intocabilidade do mérito administrativo já não mais representam com fidelidade o controle exercido pelos tribunais sobre a Administração. Passou-se a ter uma revisão judicial marcada pelo respeito ao bloco de constitucionalidade, superando os limites da legalidade estrito sendo, convolvendo-a no princípio da juridicidade. Por ela, o Judiciário extrai diretamente da Constituição Federal os princípios, mormente aqueles regentes da Administração Pública, o fundamento para um controle mais incidente sobre a atuação administrativa, com destaque para os princípios da eficiência, razoabilidade, proporcionalidade e moralidade administrativa.

A este controle chamou-se sistemático, cujo propósito não é interferir excessivamente na Administração, e sim conformá-la aos princípios constitucionais.

Por outro lado, a própria Administração passou a agir com base nesses mesmos princípios, vinculando sua discricionariedade administrativa em razão da técnica, que se torna uma exigência da conduta das agências reguladoras no exercício da sua atividade regulatória. A conclusão a que se chegou é que a doutrina de impossibilidade de intervenção no mérito administrativo permanece, ainda que em conformação aos princípios constitucionais, sendo vedado ao juiz substituir-se ao administrador, devendo o ato administrativo apenas ser invalidado, e não convertido no comando judicial, porquanto falta legitimidade e conhecimento técnico específico para decidir sobre casos de alta complexidade técnica. Apontaram-se, então, três relações tendenciais que refletem a correlação entre a natureza substancial do ato administrativo e o controle judicial sobre ele incidente: questões jurídicas sensíveis, cuja primazia é do Judiciário para exercer um controle forte; e questões políticas e tecnicamente complexas, que pendem para um controle fraco, deferente.

Dedicou-se então ao estudo da deferência, entendida enquanto postura do Poder Judiciário no controle jurisdicional. Viu-se que a deferência significa não enfrentar diretamente a questão jurídica controvertida levada aos autos, contendo-se o julgador a examinar sua logicidade, razoabilidade, legitimidade e coerência. A complexidade técnica de uma questão não é, por si só, o critério da deferência, e sim a possibilidade de diversas escolhas igualmente válidas perante o Direito, dentre as quais a agência reguladora deverá escolher uma. Somente nos casos de genuína incerteza é que merecerão esta postura, quando se constatar que a agência agiu dentro dos padrões legais e pautada pelo critério científico na tomada da decisão, que mereceria, por isso, ser mantida. Como referencial teórico, analisaram-se as três principais espécies de deferências criadas pela jurisprudência americana – *Skidmore*, *Seminole Rock* e *Chevron* – o último dos quais foi expressamente empregado na jurisprudência brasileira da deferência. Constatou-se que situações fáticas diferentes demandaram deferências específicas, ou seja, a postura deferente muda conforme aquilo a que se refere. Por outro lado, a constatação é de que a deferência está

condicionada a um grau de subjetividade do julgador, pois é ele quem reconhece a própria competência, gerando incertezas sobre a aplicação do instituto.

Disso, se concluiu que a deferência enquanto postura depende de um juízo prévio pelo Poder Judiciário acerca da relação tendencial dominante no caso concreto, para determinar, em primeiro lugar, se há uma vantagem institucional comparativa da Administração em relação ao Judiciário para decidir corretamente sobre a questão. Em termos de complexidade técnica, esse reconhecimento traduz a adoção da postura deferente, porquanto o julgador não possui a expertise detida pela agência reguladora para enfrentar a problemática, em razão do seu hermetismo, tecnicismo, incertezas e efeitos sistêmicos. Após, como o Judiciário não examinará a substancialidade do ato administrativo, seu controle se desloca para as condições em que o ato foi produzido e a decisão tomada, ou seja, a legitimação pelo processo. Verificando que o ato administrativo possui lastro jurídico, sendo exercida dentro das competências legais da agência, através de uma discricionariedade pautada pela técnica e com uma clara motivação eficiente, e dentro do padrão da razoabilidade e racionalidade, mantém-se a validade da decisão da agência reguladora.

Na análise de caso, debruçou-se sobre a identificação de cada uma destas questões: o Cade exerce atividade regulatória da concorrência, ainda que não seja agência reguladora, mas compartilhando características de autonomia administrativa equivalentes, o que habilita suas decisões à deferência. A matéria antitruste tratada nos autos é, ao seu turno, reconhecidamente complexa, em que há uma miríade de opções regulatórias de referencial teórico que lida com incertezas e prognósticos constantes. O Supremo Tribunal Federal identificou a relação tendencial da alta complexidade técnica e avaliou que o Cade possuía uma vantagem institucional comparativa para exarar uma decisão na matéria, pois detinha a expertise técnica pertinente. Com isso, adotou-se a postura da deferência judicial. Após, o avaliou-se que as multas impostas em processo sancionador contavam com lastro legal, operada dentro dos limites da discricionariedade técnica, no exercício das competências da autarquia, razão pela qual a decisão foi mantida. Houve um reconhecimento expresso de que o Judiciário não possui o conhecimento técnico necessário à solução de controvérsias envolvendo questões dessa espécie, e que um controle mais incidente poderia prejudicar a dinâmica regulatória, o que determina um dever de deferência.

Nesses termos, se concordou com o julgamento, porquanto adotou corretamente os pressupostos da deferência ao caso concreto.

O estudo aqui realizado conclui que as questões de alta complexidade técnica apontam indiscutivelmente para a adoção da deferência judicial. A construção do Estado Regulador optou por concentrar nas agências e autarquias reguladoras a expertise técnica para compreendê-las e decidi-las, ao passo que o Poder Judiciário não possui nem o conhecimento técnico necessário, nem a legitimidade para exercer a função regulatória no lugar da Administração Pública. Porém permanece que a adoção da postura da deferência preconiza o autorreconhecimento judicial de uma vantagem institucional comparativa das agências pelo julgador, que determina os limites da própria competência. A deferência não é ausência de controle, apenas um controle fraco que aloca o poder decisório na autoridade mais competente para decidir.

Em termos de complexidade técnica, isso se desdobra no aspecto substancial do ato – a relação tendencial –, correlato à expertise técnica detida pela agência a respeito, para, a partir de uma análise institucional comparativa pelo julgador, adotar a deferência. Ao mesmo tempo, a expertise técnica é critério de legitimação do ato administrativo-regulatório, quando de discricionariedade pautada pela técnica exercida por autoridade competente.

A complexidade que permeia a economia e a sociedade permeia, então, todo o processo decisório administrativo e judicial. É o que dá o timbre ao controle jurisdicional. Nessa concatenação, é o que constitui o dever, reconhecido pelo próprio Poder Judiciário, de deferência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Subjetividade Judicial na Ponderação de Valores: Alguns Exageros na Adoção Indiscriminada da Teoria dos Princípios*. Revista de Direito Administrativo, vol. 267, 2014, pp. 41-65.
- BARROSO, Luís Roberto. *Apontamentos sobre as Agências Reguladoras*. In.: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BINENBOJM, Gustavo; DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *Os três passos do controle do erro administrativo: as diferentes etapas e objetivos na construção de parâmetros de controle*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 280, n. 2, p. 109-135, maio/ago. 2021.
- BRASIL. Presidência da República; Câmara de Reforma do Estado; Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, 1995. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 633782, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-279 DIVULG 24-11-2020 PUBLIC 25-11-2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.874/DF. Repte.: Confederação Nacional da Indústria. Intdos. Presidente da República; Congresso Nacional. Relatora: Ministra Rosa Weber. Data de julgamento: 01/02/2018. Data de Publicação: 01/02/2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.874/DF. Repte.: Confederação Nacional da Indústria. Intdos. Presidente da República; Congresso Nacional. Relatora: Ministra Rosa Weber. Data de julgamento: 01/02/2018. Data de Publicação: 01/02/2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.083.955/DF. Agte(s): Cascol Combustíveis para Veículos Ltda. e Outro(a/s). Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 28/05/2019. Data de Publicação: 007/06/2019.
- BRASIL. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim de. *As Inter-relações entre o Processo Administrativo e o Judicial, sob a Perspectiva da Segurança Jurídica do Plano da Concorrência Econômica e da Eficácia da Regulação Pública. Relatório Final da Pesquisa*. São Paulo: USP, 2011. 317 p. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat\\_pesquisa\\_usp\\_edital1\\_2009.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf).

- BREYER, Stephen. *Judicial Review of Questions of Law and Policy*. Administrative Law Review, vol. 38, n. 4, 1996, pp. 363-398.
- BREYER, Stephen. *Regulation and its Reform*. 1ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 1982.
- BREYER, Stephen; STEWART, Richard B.; SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian; HERZ, Michael E. *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*. Aspen Casebook Series. 8ª ed. New York: Wolters Kluwer, 2017.
- CANE, Peter. *Controlling Administrative Power: an Historical Comparison*. 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CARVALHO, Vinícius Marques de. *Desregulação e Reforma do Estado no Brasil: Impacto sobre a Prestação de Serviços Públicos*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos Atos Administrativos Especiais*. 2ª ed. 2ª Tir. Rio de Janeiro: Forense, 1998
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- ESKRIDGE JR., William N.; BAER, Lauren E. *The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Hamdan*. Georgetown Law Journal, vol. 96, 2008, p. 1083-1226.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, vol. 23, 1951, p. 1-16.
- FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. 1ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio da Eficiência*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Reforma do Estado: o Papel das Agências Reguladoras e Fiscalizadoras*. In: MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.
- FRANKFURTER, Felix. *Some Reflections on the Reading of Statutes*. Columbia Law Review: Vol. 47, No. 4, 1947. Pp. 527-546.
- FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *As Agências, essas Repartições Públicas*. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e Desenvolvimento*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade: uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

- HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. 1ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- JAFFE, Louis L. *Judicial Control of Administrative Action*. 1ª ed. Boston: Little, Brown and Company, 1965.
- JAFFE, Louis L. *The Right to Judicial Review I*. Harvard Law Review, vol. 71, n. 3, jan. 1958, pp. 401-437.
- JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- JORDÃO, Eduardo. *Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública*. 1ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.
- JORDÃO, Eduardo; CABRAL JÚNIOR, Renato Toledo. *A Teoria da Deferência e a Prática Judicial: um Estudo Empírico sobre o Controle do TJRJ à AGENERSA*. Revista de Estudos Institucionais, vol. 4., n. 2, p. 537-573, 2018.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”?* In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- LOPES, Othon de Azevedo. *Fundamentos da Regulação*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- MAFFINI, Rafael. *Elementos do Direito Administrativo: Atualizado até a Lei 13.303/2016 – Estatuto das Estatais*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.
- MAJONE, Giandomenico. *As Transformações do Estado Regulador*. Revista de Direito Administrativo, vol. 262, p. 11-43, 2013. Trad. MESQUITA, Tatiana.
- MAJONE, Giandomenico. *Do Estado Positivo ao Estado Regulador: Causas e Consequências de Mudanças no Modo de Governança*. Revista do Serviço Público, ano 50, nº 1, jan.-mar., 1999, pp. 5-36. Trad. LONCAN, René.
- MANNING, John F. *Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules*. Columbia Law Review, Vol. 96, No. 3, pp. 612-696. P. 635-637.
- MANSUR, Jonathan S.; OUELLETTE, Lisa Larrimore. *Deference Mistakes*. University of Chicago Law Review, vol. 82, n. 2, 2015, pp. 643-731.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Pensando o Controle da Atividade da Regulação Estatal*. In: GUERRA, Sérgio (Coord.) *Temas de Direito Regulatório*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 213-214.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Pensando o Controle da Atividade da Regulação Estatal*. In: GUERRA, Sérgio (Coord.) *Temas de Direito Regulatório*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.
- MASHAW, Jerry L. *Creating the Administrative Constitution: the Lost One Hundred Years of American Administrative Law*. 1ª ed. New Haven: Yale University Press, 2012.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Autonomia Decisória, Discricionariedade Administrativa e Legitimidade da Função Reguladora do Estado no Debate Jurídico*

- Brasileiro*. In.: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed. 12ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: a Intervenção do Estado na Economia à Luz da Razão Pública e do Pragmatismo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MERRIL, Thomas W. *The Chevron Doctrine: Its Rise and Fall, and the Future of the Administrative State*. 1ª ed. Cambridge: Harvard University Press.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade. Finalidade. Eficiência. Resultados*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Qual é o Futuro do Direito da Regulação no Brasil?*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Coord.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros.
- NASO, Connor N.; ESKRIDGE JR., William N. "Chevron" as a Canon, not a Precedent: na Empirical Study of What Motivates Justices in Agency Deference Cases. *Columbia Law Review*, vol. 110, n. 7, 2010, pp. 1727-1817.
- NETO, Benedicto Porto. *A Agência Nacional de Telecomunicações*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Há uma Discricionariedade Técnica?*. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito*, vol. 26, n. 28, pp. 105-148, 2016.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal*. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 219, 2000, pp. 127-151.
- POSNER, Richard. *The Rise and Fall of Judicial-Self-Restraint*. *California Law Review*, vol. 100, n. 3, pp. 519-556
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SANTOS, Humberto. *Deferência Judicial às Decisões do Cade e o Equilíbrio entre os Poderes Constituídos*. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 9, n. 2, 2021, p. 75-94.
- SILVA, Fernando Quadros da. *Controle Judicial das Agências Reguladoras: Aspectos Doutrinários e Jurisprudenciais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- STIGLER, George J. *The Theory of Economic Regulation*. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2., n. 1., 1971, pp. 3-21.

- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 1ª ed. São Paulo, Malheiros, 2012.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Público e Regulação no Brasil*. In: GUERRA, Sérgio. *Regulação no Brasil: uma Visão Multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às Agências Reguladoras*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Controle Judicial dos Atos Administrativos: as Questões Técnicas e os Limites da Tutela de Urgência*. In: Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público, vol. 4, n. 16, 2002, out./dez., p. 23-38.
- SUNSTEIN, Cass R. *Beyond Marbury: The Executive's Power to Say What the Law Is*. Yale Law Journal, Vol. 115, N. 9, 2006, p. 2580-2610.
- SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Law and Leviathan: Redeeming the Administrative State*. Cambridge: Harvard University Press, 2020.
- TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências Reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Agências Reguladoras*. São Paulo, Atlas, 2002.
- UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Baltimore Gas & Elec. Co. v. Natural Res. Def, Council*. 462 U.S. 87.
- UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.*, 325 U.S. 410.
- UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., et al.* 467 U.S. 837.
- UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Skidmore v Swift & Co.* 323 US 134 (1944).
- UNITED STATES OF AMERICA. United States Congress. Administrative Procedure Act. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2014/05/01/act-pl79-404.pdf>.
- VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Deferência judicial às escolhas regulatórias: o que podemos aprender com standards aplicados pela Suprema Corte estadunidense*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 280, n. 2, p. 137-164, maio/ago. 2021.
- VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências de Regulação Brasileiras*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*. 1ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
- WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonacorsi de; GAMA E COLOMBO, Daniel. *Revisão Judicial dos Atos das Agências Reguladoras: uma Análise da Jurisprudência Brasileira*. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito Econômico: Direito Econômico Regulatório*. Série GV-Law. São Paulo: Saraiva, 2010.
- WU, Tim. *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. 1ª ed. Nova York: Columbia Global Reports, 2018.