

Capítulo VI

**O DIÁLOGO INSTITUCIONAL
DAS AGÊNCIAS REGULADORAS
COM OS PODERES EXECUTIVO,
LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO:
UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO**

CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA NETO

FILIPPO MARIA LANCIERI

MATEUS PIVA ADAMI

1. Introdução. 2. Contexto histórico: 2.1 Desestatização, reforma do Estado e a criação das agências reguladoras na década de 1990 – 2.2 Movimento de ampliação da atuação do Estado na Economia e as agências reguladoras nos anos 2000. 3. Proposta para uma análise dinâmica da autonomia das agências reguladoras: 3.1 Diálogo institucional com o Poder Executivo: 3.1.1 Contexto político – 3.1.2 Contexto jurídico: 3.1.2.1 Supervisão ministerial: a polêmica do Parecer AGU-04/2006 – 3.1.2.2 Contratos de gestão como instrumentos de controle – 3.2 Diálogo institucional com o Poder Legislativo: 3.2.1 A gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras: sai o Projeto de Lei 3.337/2004 e entra o Projeto de Lei do Senado 52/2013 – 3.2.2 Processo de aprovação dos diretores e conselheiros das agências – 3.2.3 O diálogo via Tribunal de Contas da União – 3.3 Conclusão parcial. 4. As agências reguladoras e o papel do Poder Judiciário: 4.1 Poder Judiciário como árbitro – 4.2 Poder Judiciário como definidor da moldura da atividade reguladora das agências reguladoras – 4.3 O exemplo norte-americano: 4.3.1 Doutrina Chevron e a deferência às interpretações legislativas por parte de órgãos reguladores – 4.3.2 Hard Look Doctrine e controle material das agências. 5. Conclusão.

1. Introdução¹

A independência das agências reguladoras é tema que tem sido objeto de estudos no Brasil desde a década de 1990, mas não apenas continua atual, como ganha novos contornos, com a ampliação da presença do Estado na Economia nos últimos anos.

A proposta do presente capítulo, contudo, não é analisar os elementos estáticos que compõem (ou deveriam compor) a autonomia dos órgãos reguladores (*e.g.*, independência orçamentária, dirigentes com mandatos fixos, irrecorribilidade das decisões no âmbito administrativo etc.). Esse capítulo tem como propósito discutir a autonomia das agências reguladoras em um contexto dinâmico, procurando identificar o real espaço de autonomia a partir do *diálogo institucional* que vem se estabelecendo entre estes órgãos e os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Para atingir essa finalidade, faz-se necessária a contextualização histórica, não apenas do momento de criação das agências reguladoras no âmbito da reforma do Estado dos anos 1990, mas também da própria movimentação pendular do Governo Federal em direção, novamente, à exploração direta de algumas atividades econômicas e serviços públicos nos anos 2000 (seção 2).

A seguir analisaremos o diálogo institucional das agências reguladoras com o Poder Executivo, com ênfase para os controles políticos da atividade regulatória e também para os limites jurídicos da revisão administrativa dos seus atos (seção 3.1). Por sua vez, a análise da relação dos órgãos reguladores com o Poder Legislativo focará tanto na delimitação legal do seu espaço de atuação quanto na influência do Tribunal de Contas no desempenho das atividades regulatórias (seção 3.2).

O diálogo institucional com o Poder Judiciário (seção 4) será tratado em dois eixos principais: (i) de um lado, os Tribunais vêm atuando como árbitros da relação das agências com outros atores institucionais; e, (ii) de outro, eles contribuem para definir a própria moldura da atividade regulatória das agências. Nessa seção, com vistas

1. Os autores gostariam de agradecer a Fernando Faina pelo auxílio na elaboração deste capítulo. Como de praxe, quaisquer erros são de única responsabilidade dos autores.

a trazer um contraponto de Direito Comparado, procuraremos também expor, brevemente, como este debate tem sido travado no direito administrativo norte-americano.

Por fim, faremos uma breve síntese conclusiva (seção 5).

2. Contexto histórico

2.1 Desestatização, reforma do Estado e a criação das agências reguladoras na década de 1990

Durante a década de 1990 o Brasil iniciou reformas voltadas à modernização do Estado, partindo, inclusive, de alterações da própria Constituição. Por um lado, ocorreu uma alteração sensível quanto ao desenho da relação do Estado com a Economia, a partir das alterações implantadas pelas Emendas Constitucionais 5 e 8, de 1995,² que abriram, respectivamente, os mercados de distribuição de gás e telecomunicações à iniciativa privada. Por outro, houve um movimento em direção ao chamado “Estado Gerencial”,³ impulsionado por diversas modificações proporcionadas pela Emenda Constitucional 19/1998⁴ e implementadas pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado/MARE.⁵

Ambas as iniciativas foram passos importantes no contexto da denominada “Reforma do Estado”, tão estudada quanto criticada até

2. É bem verdade que diversas alterações nessa linha já estavam em franca implantação quando da aprovação da referida emenda constitucional, como, por exemplo, a Lei 8.630/1993 (Lei dos Portos), a Lei 8.977/1995 (Serviços de TV a Cabo, já revogada), além da Lei 8.987/1995 (Lei de Concessões, ainda vigente).

3. Cf. Luiz Carlos Bresser-Pereira, *Estado e Subdesenvolvimento Industrializado*, São Paulo, Brasiliense, 1977.

4. Cf. Alice Gonzalez Borges, “A implantação da Administração Pública Gerencial na Emenda Constitucional 19/1998”, *RTDP* 24/27, São Paulo, Malheiros Editores, 1999. V. *Cadernos MARE da Reforma de Estado – Caderno 01: A Reforma de Estado nos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle* (disponível em <http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=522&cat=238&sec=25>).

5. O MARE foi criado pela Medida Provisória 813/1995, convertida na Lei 9.649/1998 (que “dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios”), tendo por objetivo a modernização do Estado e a capacitação dos servidores federais. O órgão foi encabeçado por Luiz Carlos Bresser-Pereira e teve papel fundamental no desenho institucional que vigorou durante a década de 1990. Posteriormente as competências do MARE foram incorporadas pelo Ministério do Planejamento, o que levou à sua extinção.

hoje – o que apenas reforça sua relevância histórica. Não obstante esse histórico já ter sido objeto de vários estudos,⁶ vale revisitá-lo brevemente, a fim de tornar mais claro o próprio contexto atual.

O modelo predominante até as reformas da década de 1990 partia de um Estado-empresário, com forte atuação direta na Economia, centralizando todos os aspectos relacionados à exploração das atividades de sua titularidade. Nesse contexto, o próprio Estado definia os parâmetros de prestação dos serviços, como padrões técnicos e de qualidade, captava e planejava a realização de investimentos, fiscalizava o cumprimento de suas próprias determinações – sem mencionar, evidentemente, a exploração direta da atividade econômica em muitos casos.⁷

Esse modelo de Estado-empresário pressupõe a arrecadação e a gerência de um volume muito grande de recursos – o que ocorre por meio de aumento da carga tributária, conforme destaca Luiz Carlos Bresser-Pereira.⁸ Contudo, esse modelo se desgastou ao longo do tempo, tendo enfrentado séria crise na década de 1980.

Nesse período os recursos arrecadados não eram suficientes para fazer frente aos gastos das estatais – fator agravado pela enorme pres-

6. Rios de tinta já foram escritos acerca das características do movimento da década de 1990. Por todos, cf. Carlos Ari Sundfeld, “Introdução às agências reguladoras”, in Carlos Ari Sundfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, 1ª ed., 3ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, pp. 17-38.

7. Cf. Celso Lafer, *JK e o Programa de Metas*, Rio de Janeiro, FGV, 2002 [1970]. Igualmente, descrevendo o Estado Tecnoburocrático-Capitalista Dependente e suas consequentes reformas para o Estado Regulador, v. Paulo Todescan Lessa Mattos, *O Novo Estado Regulador no Brasil: Direito e Democracia*, tese de Doutorado apresentada na USP, pp. 89-135.

8. “Nos anos 50 tornou-se um lugar-comum a ideia de que o Estado tinha um papel estratégico na promoção do progresso técnico e da acumulação de capital, além de lhe caber a responsabilidade principal pela garantia de uma razoável distribuição de renda. Entretanto, estes êxitos levaram a um crescimento explosivo do Estado não apenas na área da regulação, mas também no plano social e no plano empresarial. Para isto cresceu a carga tributária, que de 5 a 10% no início do século passou para 30 a 60% do Produto Interno Bruto dos Países, e aumentou o número de burocratas públicos, que agora não se limitavam a realizar as tarefas clássicas do Estado. O Estado tomava-se um Estado Social-Burocrático, na medida em que, para promover o bem-estar social e o desenvolvimento econômico, contratava diretamente, como funcionários públicos, professores, médicos, enfermeiras, assistentes sociais, artistas etc.” (*Cadernos MARE da Reforma de Estado – Caderno 01: A Reforma de Estado nos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle*, cit., p. 13).

são inflacionária, que levou o Governo a utilizar empresas estatais para tentar controlar a alta de preços, mediante a defasagem dos reajustes tarifários. A distorção nos preços praticados pelas empresas estatais agravava a situação, com serviços de baixa qualidade e depreciação de seus ativos.

Foi nesse contexto que houve a transição para um modelo de Estado regulador, responsável por estabelecer as regras do jogo em uma economia de mercado. O novo modelo levou a uma diminuição sensível da participação direta do Estado na Economia, com alienação de diversas empresas estatais e outorga de inúmeras concessões de serviços públicos – com ou sem a manutenção de participação estatal no segmento econômico. Tal mudança foi vista em diversos setores da Economia, como mineração, telecomunicações, energia elétrica, petroquímica – dentre outros.

Evidentemente, a alteração do perfil da atividade estatal demandou, por consequência, uma mudança na própria Administração Pública – que tenta se distanciar do modelo patrimonialista⁹ e implementar um modelo “gerencial”. Assim, buscou-se estabelecer uma nova relação entre o Estado e a economia, cujos maiores objetivos, conforme se extrai do Plano Diretor elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado/MARE, podem ser assim sintetizados:

(i) implementar uma nova relação do Estado com a Economia, num ambiente mais aberto, com papel expressivo da iniciativa privada em setores antes estatizados;

(ii) introduzir competição em setores antes monopolizados;

(iii) garantir a universalização de serviços públicos essenciais;

(iv) contribuir para uma reforma gerencial da Administração Pública, orientada pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos, procurando equilibrar o foco em resultados e procedimentos.

Esse novo modelo de atuação do Estado previa a criação de órgãos reguladores, destinados a atuar nos segmentos econômicos nos quais o Estado reduziu sua participação. As agências reguladoras

9. *Cadernos MARE da Reforma de Estado – Caderno 01: A Reforma de Estado nos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle*, cit., p. 41.

passariam a se encarregar da execução das políticas públicas traçadas pela Administração Centralizada, promovendo a regulamentação e a fiscalização das atividades nas quais o Estado já não seria mais o empreendedor – ou, ao menos, o único empreendedor.

Houve, assim, o intuito de dissociar as funções de empresário e regulador, que no modelo anterior eram geralmente centralizadas no próprio Estado. Um ponto fundamental para sedimentar o avanço em direção à “Administração Gerencial” era a garantia de autonomia decisória e financeira, bem como capacidade normativa aos novos órgãos reguladores. Apenas assim seria possível estabelecer uma segregação efetiva entre a definição das políticas públicas, a regulação cotidiana (em síntese, normatização e fiscalização das atividades) e a atuação empresarial propriamente dita.

Não por outra razão, desde meados da década de 1990 a doutrina brasileira vem ressaltando a importância e a adequação constitucional dos mecanismos de garantia de autonomia das agências. Em geral, apontam-se como características das agências reguladoras ditas independentes:¹⁰

(i) independência administrativa;

(ii) ausência de subordinação hierárquica;

(iii) mandato fixo e “quarentena”;

(iv) estabilidade de seus dirigentes; e

(v) autonomia financeira.

Essas garantias foram consideradas essenciais para firmar as agências reguladoras como órgãos de Estado, e não de governo, capazes de gerenciar contratos de longo prazo e garantir a segurança jurídica para os novos investidores privados que adentravam espaços abertos pela desestatização. Era um novo contexto institucional para uma nova relação do Estado com a Economia.

As agências reguladoras também são caracterizadas por amplo poder normativo, o qual é necessário para disciplinar, com maior pre-

10. V., por exemplo, Carlos Ari Sunfeld, Carlos Ari, “Introdução às agências reguladoras”, cit., in Carlos Ari Sunfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, 1ª ed., 3ª tir., pp. 17-38.

cisão *técnica*, as atividades desempenhadas em determinado setor da Economia. A especialização dos órgãos reguladores independentes justificaria esse poder normativo, a ser exercido com base nas diretrizes estabelecidas em sua lei de criação e em observância das características técnicas do setor regulado. Essa nova atribuição revigora substancialmente o polêmico conceito de *discricionariedade técnica*,¹¹ abrindo espaço para uma atuação dinâmica da Administração Pública, ao mesmo tempo em que pode gerar preocupações de legalidade.

A fim de conferir maior legitimidade às decisões das agências reguladoras, inclusive as decorrentes do exercício de poder normativo, previu-se um devido processo legal mínimo para garantia dos administrados. Além disso, também foram adotados novos mecanismos de controle e *accountability* até então pouco utilizados, tais como as consultas e audiências públicas prévias à edição de atos normativos e a análise de impacto regulatório – sendo que esta última, na prática, ainda não tem sido adotada em sua integralidade.¹²

11. Há grande discussão doutrinária a respeito do uso da terminologia “discricionariedade técnica”, considerando-a, por vezes, imprópria. Mesmo para aqueles que não defendem a impropriedade do termo há divergência quanto aos seus efeitos. Para alguns, pela técnica somente se pode chegar a uma única conclusão – em linha com o pensamento de Régis Fernandes de Oliveira e Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo. Por outro lado, há quem defenda que em determinadas situações a lei confere à agência reguladora uma discricionariedade técnica na tomada de decisões que “envolve fundamentalmente a definição de uma política regulatória”. É o caso, por exemplo, de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (“Controle judicial dos atos administrativos: as questões técnicas e os limites da tutela de urgência”, *Revista Interesse Público* outubro-dezembro/2002, Ano 4, Porto Alegre, p. 35).

É possível apontar, ainda, para o voto do Min. Eros Grau no RMS 24.699-9-DF (STF, 1ª Turma, j. 30.11.2004), que define a discricionariedade (juízo de oportunidade) da interpretação judicial (juízo de legalidade ou de constitucionalidade): “A Administração, ao praticar atos discricionários, formula juízos de oportunidade, escolhe entre indiferentes jurídicos. Aí há decisão à margem da lei, porque à lei é indiferente a escolha que o agente da Administração vier então a fazer. Indiferentes à lei, estranhas à legalidade, não há por que o Poder Judiciário controlar essas decisões. Ao contrário, sempre que a Administração formule juízos de legalidade, interpreta/aplica o Direito, e, pois, seus atos não de ser objeto de controle judicial. *Esse controle, por óbvio, há de ser empreendido à luz dos princípios, em especial, embora não exclusivamente, os afirmados pelo art. 37 da Constituição*” (grifos nossos).

12. Talvez uma exceção digna de nota seja a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, a qual tem se utilizado, em alguns casos, do mecanismo de Avaliação de Impacto Regulatório para promover uma revisão periódica de seus atos – como se infere do Aviso de Consulta Pública 6/2013, de 1.4.2013, que trata da “Avaliação de Impacto Regulatório da Aditivção Mínima Obrigatória da Gasolina”.

Nesse contexto foram criadas as “novas” agências reguladoras, algumas com previsão constitucional direta – como é o caso da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis/ANP¹³ e da Agência Nacional de Telecomunicações/ANATEL¹⁴ – e outras a partir da legislação setorial ordinária, para regular as mais diversas atividades.

Portanto, o modelo pensado e implantado durante a década de 1990 partiu do movimento de reforma do Estado, com a premissa de desestatização da Economia, atrelada à modernização da Administração Pública, sendo a criação de órgãos reguladores com autonomia frente ao Poder Executivo um dos elementos importantes nessa nova burocracia estatal.

2.2 Movimento de ampliação da atuação do Estado na Economia e as agências reguladoras nos anos 2000

Nos anos 2000 houve alteração sensível nos rumos desenhados e parcialmente implantados pela Reforma do Estado durante a década de 1990. De início, com a alternância de poder em 2002, observou-se certa resistência às próprias agências reguladoras – aspecto que será abordado mais adiante.

Em contraste com a Reforma do Estado dos anos 1990, foram criadas novas empresas estatais. Para citar alguns exemplos recentes, podemos mencionar a Amazônia Azul Tecnologias de Defesa,¹⁵ a Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias,¹⁶ a Empresa de Planejamento Energético/EPE,¹⁷ Pré-Sal Petróleo S/A¹⁸ e a Empresa Brasileira de Planejamento e Logística – que substituiu a Empresa de Transporte Ferroviário de Alta Velocidade S/A,¹⁹ mas com escopo mais amplo.

Em linha semelhante, empresas estatais foram reativadas ou fortalecidas por medidas governamentais. No primeiro caso podemos

13. Cf. art. 177, § 2º, III, da CF, com a redação da Emenda Constitucional 9/1995.

14. Cf. art. 21, XI, da CF, com a redação da Emenda Constitucional 8/1995.

15. Criada pela Lei 12.706/2012.

16. Criada pela Lei 12.712/2012.

17. Criada pela Lei 10.847/2004.

18. Criada pela Lei 12.304/2010.

19. A EPL criada pela Lei 12.743/12, que por sua vez alterou a Lei 12.404/11, criadora da ETAV.

citar a Telecomunicações Brasileiras S.A./Telebrás, reativada por meio do Decreto 7.175/2010 com o objetivo de auxiliar na implantação do Plano Nacional de Banda Larga. No segundo caso vale a referência às empresas com participação das Centrais Elétricas Brasileiras S.A./Eletrobrás, que reforçaram seu papel no setor elétrico.

O movimento de concessões de obras e serviços públicos foi reduzido no início dos anos 2000, havendo dificuldade para implantar as parcerias público-privadas, na forma definida pela Lei 11.079/2004. De fato, durante vários anos ocorreram poucas concessões, centralizadas essencialmente no setor de rodovias.

O retorno ao protagonismo estatal se reflete também nas hipóteses em que há decisão de permitir a participação privada em projetos de infraestrutura. Isso foi observado, por exemplo, no modelo de concessão dos aeroportos, que previu a exploração por uma Sociedade de Propósito Específico/SPE com participação minoritária relevante da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária S.A./Infraero.²⁰ Formato similar foi utilizado no modelo do trem de alta velocidade, no qual a Empresa Brasileira de Planejamento e Logística será acionista minoritária do empreendimento,²¹ com o intuito de assegurar a transferência de tecnologia para o Estado.

Esses exemplos indicam uma alteração na concepção da participação do Estado na Economia.²² Durante a última década, confirmando a existência de um movimento pendular, houve claro avanço do Estado sobre diversos setores econômicos, fruto da concepção de que intensos investimentos estatais podem contribuir para o desenvolvimento econômico.

Paralelamente a essa mudança de orientação no desempenho das atividades estatais, as agências reguladoras firmaram-se como entidades relevantes para o Estado Brasileiro. O enfoque “garantista” da autonomia das agências foi importante nos últimos 15 anos para consolidar essa instituição, implementando nova relação do Estado com a Economia.

De fato, no novo contexto os órgãos reguladores são importantes para garantir um ambiente institucional estável, notadamente para atrair

20. Conforme os termos do Edital 02/2011-ANAC.

21. V. o Edital 001/2012-ANTT.

22. **Nota dos organizadores:** Há também no Capítulo V reflexões sobre o modo pelo qual o Estado Brasileiro participa ou intervém na Economia ao longo do tempo.

os investimentos privados necessários para superar os gargalos do desenvolvimento nacional.

Há, ainda, outra peculiaridade. A importância de uma agência reguladora efetivamente autônoma é acentuada quando a ela também cabe a regulação de entidades ligadas ao próprio Poder Executivo (em especial, empresas estatais e sociedades de economia mista controladas pelo Estado).²³ Neste caso, é especialmente importante evitar que o órgão regulador favoreça a empresa estatal em detrimento de um ambiente competitivo saudável, o que poderia gerar certa “captura às avessas”.²⁴

No novo contexto não basta prever a autonomia formal da agência reguladora, mas é necessário assegurar a manutenção dos objetivos de modernização do Estado Brasileiro que orientaram sua criação. Deste modo, conforme abordaremos a seguir, é preciso desenvolver uma análise dinâmica da autonomia dos órgãos reguladores.

3. Proposta para uma análise dinâmica da autonomia das agências reguladoras

É importante que seja dado um novo passo nos estudos sobre as agências reguladoras, que vá além da definição dos instrumentos jurí-

23. Nesse sentido, cf. Filippo Maria Lancieri, *Modelos Organizacionais e Normatividade Institucional: Estudo de Caso da SABESP S/A*, mimeo, pp. 6-9. Nesse mesmo sentido, v. Floriano de Azevedo Marques Neto, “A nova regulação estatal e as agências independentes”, in Carlos Ari Sundfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, 1ª ed., 3ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, pp. 76-77).

24. Para uma síntese da teoria da captura aplicável à identidade entre regular público e regulado privado, v. Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge, *Understanding Regulation*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 45-59. Aqui, uma pequena reflexão mostra-se interessante. Isso porque a teoria da captura, dada sua concepção nos Estados Unidos, em que a participação estatal na Economia é mais restrita que a encontrada no Brasil, foi originalmente estruturada de forma a tratar a legítima preocupação de que o órgão regulador se aproxime demasiadamente do regulado e perca materialmente sua autonomia. A tradução desta discussão para o modelo brasileiro, em que o Estado atua como “empresário” em diversos setores da Economia, efetivamente concorrendo com agentes privados, exige a preocupação também para que este órgão regulador não seja capturado de forma a favorecer a empresa estatal. Essa preocupação, inclusive, está refletida no art. 173 da CF, que busca estabelecer parâmetros mínimos para assegurar uma concorrência equilibrada entre empresas públicas que desempenham atividade econômica e empresas privadas. Entretanto, um melhor tratamento sobre como a teoria da captura precisa ser adequada para refletir esse tipo de preocupação, quase uma “teoria da captura às avessas”, merece reflexão mais profunda, que está além do escopo deste capítulo.

dicos de garantia de autonomia. Os órgãos reguladores devem ser vistos como um dos polos de atuação dentro de um ambiente mais complexo, no qual o espaço regulatório é moldado pela interação entre os diversos atores institucionais e *stakeholders*.

Não basta, portanto, estudar em abstrato a autonomia das agências – ou seja, a análise estritamente legal das normas que regem sua atuação. É fundamental estudar a qualidade dessa autonomia – o que exige a compreensão da interação entre agências e demais instituições do Estado Democrático de Direito.

Em outras palavras: é importante passar de um enfoque institucional estático – no qual as discussões giram em torno de mecanismos de garantia de autonomia e de alocação de competência – para um enfoque institucional dinâmico – no qual passa a ser relevante a compreensão da interação das agências com outras instituições e a delimitação do seu espaço de atuação.

Dentro deste enfoque, um aspecto essencial é a dinâmica de relação entre agências com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Há, neste ponto, um rico diálogo institucional a ser analisado, uma vez que cada um dos Poderes tem formas específicas de orientar, influenciar e fiscalizar a atuação das agências, afetando a qualidade da sua autonomia. É o que veremos a seguir.

3.1 Diálogo institucional com o Poder Executivo

3.1.1 Contexto político

O contexto político é fundamental para compreender a relação entre o Poder Executivo e a agência reguladora, notadamente em momentos de alternância de poder. É verdade que a prerrogativa de nomear o corpo diretivo dos órgãos reguladores pertence ao chefe do Poder Executivo, traço marcante do diálogo político entre essas esferas de governo.²⁵

Contudo, vale frisar que os mandatos podem não coincidir – o que, em tese, de algum modo mantém a influência de um governo

25. Analisaremos os critérios para a indicação dos diretores e conselheiros das agências reguladoras quando tratarmos do diálogo institucional com o Poder Legislativo – já que a este competem a sabatina e a ratificação, ou não, da escolha.

sobre seu sucessor, por mais técnico que seja o diretor ou conselheiro. Nessas situações, seria previsível o aumento da pressão sobre os órgãos reguladores, uma vez que o novo governante pode vir a buscar, de forma legítima, implantar novas políticas públicas, com orientação distinta da de seu antecessor, apoiado na legitimidade das urnas.

Mas a prática indica que o momento de alternância de poder não é fator determinante para um diálogo pacífico com a Administração direta. Nos últimos 20 anos ocorreram diversas situações que colocaram à prova a autonomia formal das agências reguladoras em outros momentos políticos.

A título de exemplo, vale mencionar o caso do reajuste das tarifas de telefonia fixa. Os contratos de concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado/STFC celebrados em 1998 previam o uso do Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna/IGP-DI para pautar os reajustes tarifários.

Em 2003, o recém-eleito Presidente Luiz Inácio Lula da Silva considerou abusivo o reajuste que seria decorrente da aplicação das regras contratuais, tendo, assim, recomendado sua suspensão. Para tanto, determinou ao então Ministro das Comunicações, Miro Teixeira, que oficiasse ao presidente da Agência Nacional de Telecomunicações/ANATEL à época, Luiz Guilherme Schymura, para a suspensão do reajuste até que fosse “celebrado acordo que resulte em tarifas justas e coerentes com o interesse público e com a política econômica em vigor”.²⁶

Diante da clareza das regras contratuais, a ANATEL procedeu com os reajustes na forma prevista nos contratos de concessão. O Ministro das Comunicações passou, então, a incentivar o questionamento judicial dos reajustes, além da própria legitimidade da decisão.²⁷ Essa situação acabou por desgastar a relação entre a Agência e o Mi-

26. “Lula pede à ANATEL que só conceda reajuste após negociação”, jornal *O Estado de S. Paulo* 26.6.2003 (disponível em <http://www.estadao.com.br/arquivo/tecnologia/2003/nor20030626p43503.htm>).

27. “Miro Teixeira discordou da decisão e chegou a dizer que a ANATEL havia se rendido às empresas do setor. A partir daí, Teixeira passou a defender que a população, por meio de entidades organizadas da sociedade civil, questionasse o aumento na Justiça” – em matéria do jornal *Folha de S. Paulo*, “Parcela extraordinária faz tarifa de telefonia fixa ficar mais cara” (disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0211200420.htm>).

nistério, o que pode ter dificultado a permanência de Luiz Guilherme Schymura na direção do órgão regulador, que acabou por renunciar no início de 2004.

Outro exemplo que merece destaque foi o papel desempenhado pela Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica/GCE durante a crise do setor elétrico que ocorreu entre 2001 e 2002 no Brasil (“Apagão Elétrico”). Durante este período, não obstante ser órgão especializado responsável pela regulação do setor, a Agência Nacional de Energia Elétrica/ANEEL acabou relegada ao segundo plano, com todas as decisões sendo tomadas e coordenadas pela Casa Civil da Presidência da República. Este ponto fica claro, por exemplo, quando se analisa a própria composição da GCE,²⁸ liderada pelo Ministro-Chefe da Casa Civil e com grande maioria de outros Ministros de Estado (9 entre os 15 cargos disponíveis), cabendo à ANEEL apenas 1 cargo.²⁹

Por fim, deve-se mencionar o caso da Agência Nacional de Aviação Civil/ANAC. A ANAC experimentou a renúncia sucessiva de todos os seus diretores durante o episódio que ficou conhecido como

28. Art. 3º da Medida Provisória 2.198-5/2001, *in verbis*: “Art. 3º. A GCE tem a seguinte composição: I – Ministros de Estado: a) Chefe da Casa Civil da Presidência da República, que a presidirá; b) de Minas e Energia, que será o seu vice-presidente; c) do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; d) da Fazenda; e) do Planejamento, Orçamento e Gestão; f) do Meio Ambiente; g) da Ciência e Tecnologia; h) Chefe da Secretaria de Comunicação de Governo da Presidência da República; e i) Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República; II – dirigentes máximos das seguintes entidades: a) Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; b) Agência Nacional de Águas – ANA; c) Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES; e d) Agência Nacional do Petróleo – ANP; III – Diretor-Presidente do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS; IV – Diretor-Geral Brasileiro da Itaipu Binacional; e V – outros membros designados pelo Presidente da República”.

29. Para exemplos de como os Ministros da Casa Civil e do Ministério de Minas e Energia tornaram-se protagonistas das medidas contra a crise, v. as matérias do jornal *Folha de S. Paulo*: “Ministro apresenta plano para gerar mais de 19,6 mil MW” e “Governo pode pagar para indústria não utilizar energia, diz Parente”, de 5.6.2001 (disponíveis em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u23448.shtml> e <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u23472.shtml>, respectivamente). Igualmente, v. o processo de quebra do monopólio da Petrobrás no fornecimento de gás natural a usinas termelétricas, decisão inicialmente de competência da ANP, o que não impediu que o Diretor-Geral da Agência sequer fosse convidado para participar das reuniões que discutiam o assunto (matéria “ANP consegue tirar monopólio da Petrobrás sobre gás para termelétricas”, de 31.5.2001, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u23116.shtml>).

“Apagão Aéreo”, ocorrido entre os anos de 2006 e 2007. Nesse período o setor foi marcado por uma série de falhas operacionais que causaram transtornos aos usuários nos aeroportos, além da ocorrência de grave acidente aéreo.

A situação de crise foi diretamente atribuída pelo Poder Executivo a toda a Diretoria da ANAC, que sofreu pressão direta para que os diretores deixassem os cargos. Além do Ministério da Defesa, ao qual a Agência era vinculada, ter enrijecido o discurso contra o órgão, também foi criada a Secretaria de Aviação Civil, que passou a desempenhar papel fundamental no setor. Em 2007, em um espaço de três meses, todos os diretores apresentaram suas renúncias, não obstante terem, por força legal, mandato até o ano de 2011.³⁰

Os exemplos acima são distintos, mas todos ressaltam a insuficiência da análise meramente legal da autonomia das agências reguladoras. Em tese, em nenhum dos casos expostos os diretores e conselheiros dos órgãos reguladores deveriam, por força legal, ter deixado seus cargos. Em especial, não houve decisão administrativa ou judicial que tenha determinado a perda do cargo,³¹ conforme dispõe o art. 9º da Lei 9.986/2000.

Os casos relatados mostram que, por mais autonomia que as agências reguladoras tenham sob a ótica formal, elas ainda se inserem em um governo e sofrem influência do contexto político ao seu redor. É ingênuo, contraprodutivo e até mesmo indesejável imaginar que as agências sejam completamente blindadas ao ambiente político externo. Portanto, a experiência brasileira recente mostra ser imprescindível a manutenção de um diálogo político com o Poder Executivo.

30. V., por exemplo, as matérias do jornal *Folha de S. Paulo*: “Em meio a renúncias, ANAC diz ter superado a crise”, de 7.9.2007 (disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u326649.shtml>); “Lula admite que a crise aérea ainda não terminou”, de 6.9.2007 (disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u326217.shtml>); “Presidente da ANAC confirma renúncia e critica Ministro”, de 37.10.2007 (disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u341407.shtml>); e “Ministro Nelson Jobim critica ‘leniência’ da ANAC”, de 23.10.2007 (disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u339024.shtml>).

31. Embora no caso de uma diretora da ANAC tenha havido abertura formal de inquérito administrativo para apurar sua conduta. V. matéria “Diretora da ANAC renuncia após abertura de processo administrativo”, de 24.8.2007 (disponível em <http://agenciabrasil.etc.com.br/noticia/2007-08-24/diretora-da-anac-renuncia-apos-anuncio-de-processo-administrativo>).

3.1.2 Contexto jurídico

No contexto jurídico podemos analisar o diálogo institucional com o Poder Executivo por meio de duas vertentes: (i) a possibilidade de ingerência da Administração direta sobre as decisões da agência; e (ii) o estabelecimento de parâmetros mais concretos e metas para o controle das atividades das agências pela Administração direta.

3.1.2.1 Supervisão ministerial: a polêmica do Parecer AGU-04/2006

Em relação ao primeiro ponto, a doutrina majoritária indica que as agências reguladoras atuam com independência em relação às Secretarias e Ministérios a que se vinculam.³² Ou seja: não seria admitida a interposição de recurso hierárquico de suas decisões aos órgãos da Administração direta.

Essa concepção, contudo, restou abalada pelas considerações tecidas no Parecer 04/2006, emitido pela Advocacia-Geral da União/AGU em 5.6.2006 e aprovado pelo Presidente da República em 13.6.2006.³³ O caso concreto tratava da possibilidade de apreciação de

32. Cf. Carlos Ari Sundfeld, "Introdução às agências reguladoras", cit., in Carlos Ari Sundfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, 1ª ed., 3ª tir., pp. 17-38.

33. O parecer está assim ementado: "Porto de Salvador – THC2 – Decisão da ANTAQ – Agência reguladora – Conhecimento e provimento de recurso hierárquico impróprio pelo Ministério dos Transportes – Supervisão ministerial – Instrumentos – Revisão administrativa – Limitações. I – O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal (Decreto-lei n. 200/1967, art. 170). II – Estão sujeitas a revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta. III – Excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios superiores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor. IV – No caso em análise, a decisão adotada pela ANTAQ deve ser mantida, porque afeta à sua área de competência finalística, sendo incabível, no presente caso, o provimento de recurso hierárquico impróprio para a revisão da decisão da Agência pelo Ministério dos Transportes, restando sem efeito a aprovação ministerial do Parecer CONJUR/MT n. 244/2005. V – A coorde-

recurso hierárquico interposto perante o Ministério dos Transportes em face de uma decisão tomada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários/ANTAQ em relação à cobrança de taxa para entrega de contêineres pelos arrendatários aos demais recintos alfandegados no porto de Salvador.

Nesse caso, a AGU entendeu que seria cabível a interposição do recurso hierárquico impróprio para questionar decisões das agências reguladoras perante o Ministério a que estejam vinculadas quando: (i) a agência reguladora adotar medida que transborde sua competência legal; e (ii) quando forem violadas as políticas públicas estabelecidas para o setor regulado em questão. Muito embora, no caso concreto, não tenha havido a revisão ministerial do ato impugnado, é certo que o posicionamento consiste em um precedente que pode ameaçar a autonomia das agências.

Isso ocorre porque ambas as hipóteses concebidas pelo parecer para a revisão ministerial abrem a possibilidade de o Ministério rever amplamente a decisão tomada pelo órgão regulador – notadamente quanto à segunda hipótese, haja vista que caberá ao ministro competente definir a existência, ou não, de violação a uma política pública por ele mesmo formulada. Sendo as orientações ministeriais necessariamente genéricas, elas acabam abrindo espaço para toda sorte de questionamentos sobre as decisões das agências.

nação das Procuradorias Federais junto às agências reguladoras pelas Consultorias Jurídicas dos Ministérios não se estende às decisões adotadas por essas entidades da Administração indireta quando referentes às competências regulatórias desses entes especificadas em lei, porque, para tanto, decorreria do poder de revisão ministerial, o qual, se excepcionalmente ausente nas circunstâncias esclarecidas precedentemente, afasta também as competências das Consultorias Jurídicas. O mesmo ocorre em relação à vinculação das agências reguladoras aos pareceres ministeriais, não estando elas obrigadas a rever suas decisões para lhes dar cumprimento, de forma também excepcional, desde que nesse mesmo âmbito de sua atuação regulatória. VI – Havendo disputa entre os Ministérios e as agências reguladoras quanto à fixação de suas competências, ou mesmo divergência de atribuições entre uma agência reguladora e outra entidade da Administração indireta, a questão deve ser submetida à Advocacia-Geral da União. VII – As orientações normativas da AGU vinculam as agências reguladoras. VIII – As agências reguladoras devem adotar todas as providências para que, à exceção dos casos previstos em lei, nenhum agente que não integre a carreira de Procurador Federal exerça quaisquer das atribuições previstas no art. 37 da Medida Provisória n. 2.229-43/2001".

Ainda que a legalidade das conclusões do parecer seja questionável,³⁴ o quadro institucional que emerge do posicionamento da AGU exige um diálogo próximo entre agências e Ministérios a que estão vinculadas. Esse diálogo pode ser saudável do ponto de vista de alinhamento de políticas públicas, mas também pode ser bastante prejudicial caso venha a representar a simples submissão da agência ao Ministério a que está vinculada. Nesse último caso, a agência deixaria de ser um órgão de Estado para se tornar um órgão de governo, *longa manus* do Ministério.

3.1.2.2 Contratos de gestão como instrumentos de controle

Os contratos de gestão estão previstos expressamente no art. 37, § 8º, da CF,³⁵ e teriam por finalidade o estabelecimento de metas de desempenho a serem perseguidas, em troca de maior autonomia gerencial. Tal figura teria a vantagem de explicitar os objetivos concretos a serem perseguidos pelos órgãos reguladores, o que aumentaria a transparência em sua atuação e facilitaria o acompanhamento de seu desempenho pelos administrados.³⁶

É o caso, por exemplo, da Agência Nacional de Energia Elétrica/ANEEL, que possuía um contrato de gestão com o Ministério das Minas e Energia, celebrado com base no art. 7º da Lei 9.427/1997, vigente entre 2010 e 2012.³⁷

34. Dado que diversas leis criadoras das agências reguladoras são claras ao afirmar que de suas decisões não cabe recurso para a Administração direta. V., por exemplo, o art. 19, XXV, da Lei 9.472/1997 (ANATEL) e o art. 9º, § 2º, da Lei 12.529/2011 (Conselho Administrativo de Defesa Econômica/CADE).

35. CF, art. 37, § 8º: “§ 8º. A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I – o prazo de duração do contrato; II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III – a remuneração do pessoal”.

36. Cf. Mateus Piva Adami, *A Discricionariedade Administrativa em Face do Princípio da Eficiência*, dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da USP, 2007, p. 21.

37. Disponível em http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Contrato_de_Gestao_MME_ANEEL_2010_2012.pdf (acesso em 13.4.2013).

Foram estabelecidas metas objetivas e passos a serem seguidos para alcançá-las, com a atribuição de pontos em caso de seu cumprimento, bem como os mecanismos de acompanhamento e fiscalização. O relatório de acompanhamento indica o nível de aderência da agência em relação às metas fixadas para o ano – que, por exemplo, no caso de 2012 atingiu 98%.³⁸

Apesar dos benefícios para a gestão pública, esse modelo ainda não foi implantado a contento, muito em função de duras críticas à celebração de contratos entre dois órgãos públicos voltados, precipuamente, a disciplinar o exercício de suas próprias competências – o que, nessa visão, deveria independer de qualquer contrato.³⁹

De qualquer forma, a celebração de contratos de gestão com agências reguladoras parece ter voltado à pauta do Governo Federal,⁴⁰ bem como do Projeto de Lei do Senado 52/2013 – o qual abordaremos adiante. Esse caminho é salutar, por proporcionar maior clareza e possibilidade de controle de desempenho concreto das agências reguladoras, além de formalizar seu diálogo institucional com o Poder Executivo.

3.2 Diálogo institucional com o Poder Legislativo

O diálogo institucional com o Poder Legislativo tem fundamentação evidente; afinal, é a este que cabe definir a extensão das compe-

38. Disponível em http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Relatorio_de_Gestao_ANEEL_2012.pdf (acesso em 13.4.2013).

39. Para um tratamento do regime jurídico dos contratos de gestão, v. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 30ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2013, pp. 229-247, para quem os contratos caracterizariam um “contrato travado entre a cabeça de uma pessoa biológica com o pé desta pessoa (para que desse pontapé em algo), (...)” (p. 238, nota de rodapé 63).

40. “Governo quer fiscalizar cumprimento das metas de agências reguladoras”, *Valor Econômico* 14.3.2013 (disponível em <https://conteudoclippingmp.planejamento.gov.br/cadastrros/noticias/2013/3/14/governo-quer-fiscalizar-cumprimento-das-metas-de-agencias-reguladoras>). Da notícia, vale menção ao seguinte trecho: “O Governo Federal quer aumentar a autonomia das agências reguladoras, desde que esses órgãos se comprometam a cumprir prazos e metas previamente estabelecidos. ‘Queremos fortalecer as agências, para que o consumidor possa dispor de um serviço de qualidade. Para isso, haverá uma fiscalização do cumprimento de prazos e metas’, disse a Ministra-Chefe da Casa Civil, Gleisi Hoffmann. A Ministra afirmou que, de acordo com a Constituição Federal, a autonomia gerencial e financeira desses órgãos poderá ser ampliada, se houver um contrato com o Poder Público, que estipule a fixação de metas de desempenho”.

tências atribuídas às agências reguladoras nas respectivas leis de criação. Todavia, entendemos que alguns aspectos adicionais desse diálogo merecem destaque: (i) o debate sobre a criação de uma lei geral para as agências reguladoras; (ii) a avaliação das indicações do Poder Executivo para o preenchimento de cargos; e (iii) o controle exercido pelo Tribunal de Contas sobre as atividades desempenhadas pelas agências reguladoras.

3.2.1 A gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras: sai o Projeto de Lei 3.337/2004 e entra o Projeto de Lei do Senado 52/2013

Conforme mencionado, no início dos anos 2000 a alternância de poder levou a certos “ruídos” entre a Administração direta e as agências reguladoras já instaladas, com críticas à transferência de poderes, que, na opinião do Governo, deveriam estar alocados nos Ministérios, bem como à falta de transparência na atuação de tais órgãos.⁴¹

Nesse contexto floresceu a ideia de que as agências reguladoras precisavam de uma norma geral que contornasse a delegação “excessiva” de poderes e permitisse uma prestação de contas considerada satisfatória. Assim surgiu o Projeto de Lei 3.337/2004, que procurou remediar esses problemas.

Em síntese,⁴² é possível indicar alguns pontos polêmicos no Projeto de Lei 3.337/2004, a saber:

(i) *Deslocamento do poder de outorga para os Ministérios.*⁴³ A competência para a outorga de concessões, permissões e autorizações bem como para o desenho dos atos de outorga seria subtraída das agências, por ser en-

41. Para uma descrição do contexto no início dos anos 2000, v. Caio Mario da Silva Pereira Neto e Paulo Correa, “Delegação de funções para agências reguladoras independentes: mudanças propostas pelo Projeto de Lei 3.337/2004”, in Gustavo Binenbojm (coord.), *Agências Reguladoras e Democracia*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 201.

42. Para uma crítica mais detalhada, v. Caio Mario da Silva Pereira Neto e Paulo Correa, “Delegação de funções para agências reguladoras independentes: mudanças propostas pelo Projeto de Lei 3.337/2004”, cit., in Gustavo Binenbojm (coord.), *Agências Reguladoras e Democracia*, Pereira Neto e Correa, pp. 203 e ss.

43. Vale lembrar que essa providência já foi adotada, há muito tempo, no setor elétrico, por meio da Lei 10.848/2004, que alterou a Lei 9.427/1996.

tendida como parte da elaboração de uma política estrutural – muito embora fosse permitida a delegação, novamente destas mesmas competências, ao órgão regulador. Os riscos inerentes a essa opção são: (a) menor transparência para as outorgas; (b) duplicação de recursos humanos e materiais; e (c) tensão entre o Ministério e o órgão regulador, uma vez que este último pode interpretar de forma distinta comandos que não ajudou a criar.

(ii) *Celebração de contratos de gestão.* Embora, em tese, essa iniciativa seja salutar, é importante que o mecanismo não represente um meio de tolher a autonomia da agência reguladora, pela imposição de metas e penalidades por demais rígidas. O caminho seria optar por metas mais associadas à transparência e menos substantivas.

(iii) *Mandato específico para os diretores-gerais e presidentes de agências.* Outra alteração proposta dizia respeito à conferência de mandato autônomo para os cargos de direção-geral e presidência das agências, o que tornaria impossível a destituição do cargo de direção. Adicionalmente, haveria um ajuste na duração dos mandatos dos diretores-gerais e presidentes, para que o chefe do Poder Executivo pudesse nomear outros agentes sempre no início de seu segundo ano de mandato – o que poderia evitar o isolamento burocrático da agência reguladora.

O Projeto de Lei 3.337/2004 foi considerado excessivamente interventivo⁴⁴ sobre o funcionamento das agências, razão que teria fundamentado sua retirada, em 3.4.2013. Contudo, imediatamente assumiu seu lugar o Projeto de Lei do Senado 52/2013, que manteve, substancialmente, as mesmas disposições do projeto em tramitação na Câmara dos Deputados.

Ou seja: a despeito da retirada do Projeto de Lei 3.337/2004, há risco de que o Projeto de Lei do Senado 52/2013 venha a ser aprovada em bases muito semelhantes – o que abriria margem para uma redução da autonomia das agências reguladoras, pelos motivos acima destacados.

3.2.2 Processo de aprovação dos diretores e conselheiros das agências

Apesar de a nomeação dos diretores e conselheiros das agências reguladoras ser realizada pelo chefe do Poder Executivo, sua investi-

44. V. Caio Mario da Silva Pereira Neto e Paulo Correa, “Delegação de funções para agências reguladoras independentes: mudanças propostas pelo Projeto de Lei 3.337/2004”, cit., in Gustavo Binenbojm (coord.), *Agências Reguladoras e Democracia*.

dura no cargo depende de sabatina e aprovação do indicado pelo Senado – nos termos da Constituição Federal.⁴⁵ Trata-se de mecanismo de controle de grande importância, que deveria impedir a nomeação de agentes sem um nível mínimo de qualificação.

Nos termos do art. 5º da Lei 9.986/2000, os dirigentes dos órgãos reguladores serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito em seu campo de especialidade, devendo ser nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal.

Tais critérios são considerados pelo Tribunal de Contas da União/TCU como excessivamente subjetivos, e possibilitam “a indicação de diretores que não possuem os conhecimentos imprescindíveis para o exercício de cargo de natureza técnica”.⁴⁶ Não obstante, a Corte de Contas entende que não seria possível precisar de forma categórica as características desejáveis para um diretor ou conselheiro de agência reguladora.⁴⁷ Deste modo, o TCU recomendou que o Senado adote “uma rotina mais rigorosa para a avaliação dos candidatos”.

O Senado, a despeito da orientação do TCU, não tem sido particularmente atencioso com esta função. É o que se infere a partir do número muito reduzido de agentes que são sabatinados em algum grau de detalhe e reprovados pelos senadores. Ao se furtar de exercer de forma cuidadosa sua competência, o Poder Legislativo prejudica um importante foro de diálogo com o órgão regulador, considerando ser esta a porta de entrada para os seus dirigentes.

45. “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) III – aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: (...) f) titulares de outros cargos que a lei determinar; (...)”

46. TCU, Acórdão 2.261/2011, rel. Min. José Jorge, j. 28.11.2011.

47. “(...) entendo que a competência para gerir essas autarquias especiais não advém apenas dos critérios objetivos suscitados pela Sefid, pois são concomitantemente necessárias aos dirigentes outras competências que não advêm de sua formação técnica, mas de sua vivência como gestor de políticas públicas ou mesmo como administrador, a quem competirá, dentre outras atividades, avaliar as diretrizes apresentadas pelo Ministério vinculador e decidir como implementá-las. Essas características complementares são, a meu ver, de difícil identificação e subjetivas, não podendo constar, portanto, na legislação de regência” (TCU, Acórdão 2.261/2011, rel. Min. José Jorge, j. 28.11.2011).

3.2.3 O diálogo via Tribunal de Contas da União

Talvez a forma mais intensa de diálogo entre o Poder Legislativo e as agências reguladoras ocorra por meio do Tribunal de Contas da União/TCU. Como auxiliar do Poder Legislativo para o controle da Administração Pública, cabe ao TCU a avaliação dos atos praticados pelos órgãos reguladores.

Não obstante ser recorrente a avaliação de seu desempenho, a autonomia das agências é tratada de forma dúbia pelo TCU, que às vezes intervém de forma profunda na própria política regulatória e noutras apresenta alguma deferência aos reguladores.

De fato, em uma primeira vertente de precedentes o TCU reconhece que sua competência constitucional⁴⁸ para a realização de auditorias operacionais permite grande ingerência sobre as atividades administrativas – o que abrangeria o controle dos atos praticados, inclusive sob a ótica do princípio constitucional da eficiência.⁴⁹

É o caso, por exemplo, da resposta a uma consulta formulada pelo Ministério das Comunicações acerca das formalidades a serem observadas para o uso de recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações/FUST. Naquela oportunidade o TCU praticamente definiu como deveria ser implantada a política de universalização do setor de telecomunicações, à revelia da ANATEL.⁵⁰

48. Cf. art. 71, IV, da CF.

49. “(...)”.

“3. A questão levantada pelo recorrente no sentido de que o TCU teria exorbitado de sua competência deve ser desde logo afastada. Como consignou o analista da Serur, o Tribunal detém a prerrogativa de realizar auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (art. 71, IV, da C de 1988). O art. 70 estabelece que o controle externo – a ser exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do TCU (art. 71, *caput*) – compreende, entre outros, os aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade.

“4. Portanto, a competência constitucional do TCU vai bastante além da mera fiscalização de legalidade dos atos e contratos públicos, cabendo-lhe, ainda, expedir determinações relativamente a aspectos que, embora não constituam infração à norma legal *prima facie*, possam repercutir de forma negativa na efetiva prestação dos serviços públicos, matéria de que se trata neste processo” (Acórdão 382/2004, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, j. 7.4.2004).

50. Acórdão 1.107/2003, rel. Min. Humberto Guimarães Souto, j. 13.8.2003.

Vale notar que a análise empreendida pelo TCU interpretou de forma bastante peculiar a legislação aplicável ao caso, além de ter deixado pouco espaço para a atuação do órgão regulador. De fato, atualmente a interpretação se reflete no uso de recursos do FUST em patamares irrisórios.⁵¹

O TCU também já expediu recomendação à ANATEL para que esta melhorasse seu sistema de fiscalização, de modo a permitir “acesso em tempo real à base de dados de registros de reclamações de usuários dos *call centers* de todas as prestadoras para consulta e acompanhamento remoto da resolução de reclamações e problemas reportados pelos usuários”.⁵²

Ainda que o Tribunal tenha tecido considerações acerca dos cuidados para que não fosse determinada ou recomendada uma medida tecnicamente inviável, é fato que, posteriormente, a falta de implantação do sistema foi considerada um descumprimento da decisão anterior.⁵³ Portanto, na prática, o TCU acabou por impor a adoção de um determinado método de fiscalização do setor regulado – o que vai muito além de uma recomendação à agência reguladora.

Em uma segunda vertente de casos, que indicam a dubiedade de tratamentos, o TCU tem buscado preservar os atos praticados pelas agências reguladoras, reconhecendo a importância de sua autonomia

51. Para maior detalhamento do caso, v. Caio Mario da Silva Pereira Neto e Mateus Piva Adami, “O desafio da universalização de telecomunicações: um balanço após 15 anos de LGT”, in Sérgio Guerra (org.), *Regulação no Brasil: Enfoques Diversos*, Rio de Janeiro, FGV, 2013.

52. TCU, Acórdão 2.109/2006, rel. Min. Ubiratan Aguiar, j. 14.11.2006.

53. Ao mencionar os pontos pendentes de implantação pela ANATEL, o Ministro-Relator cita como exemplo “a medida relativa ao acesso em tempo real às bases de dados dos *calls centers* das operadoras, providência recomendada pelo Tribunal no sentido de editar-se regulação própria, para fins de acompanhamento remoto do registro de soluções dos problemas reportados pelos usuários. A medida foi considerada parcialmente implementada, pois se encontra prevista pela Resolução ANATEL-477, de 7.8.2007 (Regulamento do Serviço Móvel Pessoal), mas não ganhou efetividade, porquanto em 1º de agosto daquele mesmo exercício o Conselho Diretor da Agência despachou favoravelmente a recurso administrativo interposto pelas operadoras suspendendo a aplicabilidade daquele dispositivo, até hoje não se decidindo a matéria” (TCU, Acórdão 1.864/2012, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 18.7.2012). O posicionamento do Ministro-Relator foi acatado, sendo, então, reiteradas as “determinações e recomendações ainda não integralmente implementadas ou não cumpridas”, inclusive a implantação do sistema em questão.

decisória. Contudo, assegura para si a possibilidade de atuar caso o órgão regulador não desempenhe a contento suas competências.⁵⁴

Veja-se, por exemplo, o caso no qual o TCU apreciou solicitação formulada pela Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal para a realização de auditoria nos sistemas de tarifação e cobrança das empresas de telecomunicações. Vale a transcrição do posicionamento da Corte de Contas, *in verbis*:

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

Dessa forma, ao invés de realizar a auditoria requerida, a Secretaria do Tribunal promoveu diligências e inspeções junto à ANATEL com vistas a obter informações que pudessem atender aos questionamentos apresentados na presente solicitação. (...)

(...) entendo que não compete ao Tribunal efetuar determinação com esse teor à ANATEL. Como disse alhures, a atuação desta Corte de Contas em matérias afetas às agências reguladoras deve ser feita com ponderação,

54. “(...)”.

“Ao discorrer sobre os limites da atuação do TCU em matérias afetas diretamente à competência das agências reguladoras, nos autos do TC 008.544/2004-1, processo em que foi proferido o Acórdão n. 768/2005-Plenário, objeto do presente monitoramento, salientei que se deve buscar ao máximo preservar as atribuições institucionais dessa espécie de entidade. Nessas condições é que a decisão do Tribunal pautou-se por expedir as determinações à ANTAQ para que a autarquia exercesse a fiscalização devida na APPA, aplicando as sanções cabíveis, se fosse o caso.

“20. Todavia, pelas razões já expostas no antecedente relatório e neste voto, as providências adotadas pela ANTAQ não lograram obter da APPA a solução dos problemas levantados no TC 008.544/2004-1. Em razão disso, creio que se abre para o TCU a viabilidade de apurar diretamente as responsabilidades dos gestores da APPA, das autoridades delegatárias, supervisoras dos serviços administrados e explorados pela APPA e dos gestores do Ministério dos Transportes pela possível omissão na fiscalização do convênio de delegação, o que contribuiu para o delineamento do quadro hoje conhecido por este Tribunal” (Acórdão 2.059/2006, rel. Min. Valmir Campelo, j. 8.11.2006).

respeitando os limites de atuação e a autonomia funcional daquelas entidades. Assim, ao fiscalizar a atividade-fim dessas autarquias especiais, não deve o Tribunal se substituir à entidade controlada, tampouco estabelecer o conteúdo do ato de competência da Agência Reguladora, determinando-lhe a adoção de medidas, salvo quando for constatada ilegalidade ou omissão no cumprimento de normas jurídicas pertinentes. Dessa forma, entendendo razoável apenas determinar à ANATEL que estude a viabilidade de realizar a referida auditoria, sem interferir demasiadamente, dessa forma, no planejamento das atividades de controle da Agência Reguladora.⁵⁵

Observa-se que nessa oportunidade houve grande preocupação em analisar as particularidades envolvendo a atuação da ANATEL, sem interferir diretamente em suas atividades. O TCU fez suas considerações com clara preocupação de manter aberto o leque de opções para a atuação do órgão regulador – ao menos até que seja caracterizado algum tipo de omissão pela Agência.

De fato, a postura do TCU que parece mais razoável está próxima da segunda vertente de casos, na qual há uma preocupação clara em resguardar as competências do órgão regulador – de forma muito análoga ao que ocorre na delimitação do controle judicial, conforme veremos adiante.

Não parece adequado aceitar a substituição de juízos emitidos pela Agência Reguladora quando a questão estiver circunscrita à sua esfera de competência. Mesmo nos casos em que restar caracterizada omissão, caberia apenas ao TCU a determinação para que esta fosse sanada, mas jamais a imposição para que fosse adotado um comportamento comissivo específico, muito menos com uma redução do leque de opções regulatórias disponíveis para a Agência.

3.3 Conclusão parcial

Conforme discutido acima, há vários fatores que influenciam no desempenho das agências reguladoras, não sendo possível circunscrever os debates relativos à sua autonomia às garantias legais. A autonomia das agências não se dá exclusivamente por medidas jurídico-formais, mas é fruto de um espaço de atuação delimitado pelas relações entre os diversos atores institucionais.

55. TCU, Acórdão 210/2013, rel. Min. José Jorge, j. 20.2.2013.

A despeito das previsões legais e de sua caracterização como “autarquias especiais”, as agências estão sujeitas a pressões políticas, diluição de poder, instrumentos de fomento à transparência que podem ser convertidos em controle, dentre outras circunstâncias fáticas que impactam o pleno exercício de suas competências. Tal situação tende a se agravar em momentos de crise, onde o espaço de atuação dos órgãos é limitado pelas pressões externas e pela visibilidade de suas ações,⁵⁶ conforme ilustram as crises dos setores elétrico e aéreo.

Assim, é necessário compreender que as agências reguladoras estão inseridas em um ambiente político-institucional complexo, no qual as garantias legais devem ser analisadas como um componente na questão da autonomia, mas sempre considerando que a autonomia efetiva é fruto de interações dinâmicas com outros atores institucionais. Dentre estes atores, o Poder Judiciário assume papel de grande relevância, como se passa a analisar.

4. As agências reguladoras e o papel do Poder Judiciário

Dado este complexo quadro analítico, ainda falta compreender melhor o papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário. No nosso entendimento, nos últimos anos têm cabido aos juízes duas importantes funções: (i) atuar como árbitros da relação das agências com outros atores institucionais; e (ii) definir a própria moldura da atividade regulatória dessas autarquias – com especial destaque para sua função de fiscalizar, principalmente estabelecendo o crivo de revisão dos atos administrativos.

4.1 Poder Judiciário como árbitro

Inicialmente, cabe ao Poder Judiciário atuar como árbitro da relação estabelecida entre as agências e outros atores institucionais dentro do complexo ambiente institucional que existe no Brasil. Nes-

56. Michael Levine e Jennifer L. Forrence, “Regulatory capture, public interest, and the public agenda: toward a synthesis”, *6 Journal of Law, Economics and Organization* 167, 1990.

se sentido, o Judiciário estabelece quais são os limites da atuação de cada agente e, com isso, delimita o espaço de atuação dos órgãos reguladores. Muitos são os possíveis conflitos que podem acontecer, tais como aqueles envolvendo: (i) agências e o Poder Executivo; (ii) diferentes agências; e, até mesmo, (iii) diferentes entidades federativas (o que indiretamente define a amplitude da atuação de dada agência específica). Alguns exemplos de discussões que já ocorreram no Judiciário demonstram estas diferentes formas de atuação dos juízes como árbitros que solucionam conflitos sobre o espaço de atuação das agências reguladoras.

Um primeiro tipo de atuação judicial que envolve a solução de conflito entre agências e Poder Executivo é bem retratado pelo julgado do STF na ADI/MC 1.949/2005.⁵⁷ No caso, o Governador do Estado do Rio Grande do Sul questionou a constitucionalidade de dois artigos da Lei estadual 10.931/1997, que, ao criar a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul/AGERGS, atribuiu ao Poder Legislativo a prerrogativa exclusiva de: (i) aprovar a nomeação de diretores da AGERGS; e (ii) destituir diretores da AGERGS antes do término de seu mandato. Em síntese, entendeu o Governador do Estado que, devido ao fato de a AGERGS ser parte do Poder Executivo, deveria caber exclusivamente ao Governador nomear e destituir funcionários da Agência quando assim entendesse cabível, visto não serem estes concursados. Nesse sentido, os diretores ocupariam cargos comissionados, sendo que os mandatos fixos definidos serviriam apenas para se assegurar a rotatividade da posição, e não a estabilidade do ocupante.

Durante o julgamento, o STF, por unanimidade, reconheceu a constitucionalidade da submissão da nomeação do diretor à Assembleia Estadual. Porém, o Ministro-Relator, Sepúlveda Pertence – no que foi acompanhado por outros –, entendeu que a não possibilidade de demissão *ad nutum* de cargo comissionado seria problemática, pois acabaria por impor a um novo governo constitucionalmente eleito a obrigação de manutenção de nomeações feitas por governos anteriores.

Em voto divergente, porém, o Min. Nelson Jobim afirmou a constitucionalidade do mecanismo de nomeação e destituição dos dirigen-

57. ADI/MC 1.949/2005, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJe* 25.11.2005.

tes da AGERGS, entre outros motivos, pois a independência administrativa da Agência Reguladora era prevista de forma a se promover a continuidade dos serviços, limitando eventual arbitrariedade por parte do chefe do Poder Executivo. Conforme afirmado, embora exista o risco de descasamento entre a postura da Agência e a política almejada pela Administração direta, a criação de autarquias especiais para a regulação dos serviços tinha como próprio objeto impedir eventuais mudanças arbitrárias das regras do jogo. Ou seja: tinha como um de seus pressupostos a não manipulação da regulação pelo poder político.⁵⁸

Após intenso debate, a decisão do STF acabou indo mais além. Ela suspendeu a eficácia do artigo que permitia a demissão injustificada, por mera decisão legislativa, do diretor com mandato fixo e instituiu sistema similar ao que existe em outras agências reguladoras federais: a necessidade de processo administrativo motivado em falta grave para que tal demissão exista.⁵⁹

Como se percebe, nesse caso o Judiciário atuou com vistas a dirimir um conflito que se estabelecia entre a Agência Reguladora (AGERGS) e o Poder Executivo ao qual está vinculada, estabelecendo um limite claro para atuação deste último e protegendo a autonomia dos diretores da AGERGS.

Um segundo exemplo reflete o conflito existente entre agências de diferentes entes federativos, como o Governo Federal e Governos Estaduais, e pode ser bem retratado pelo posicionamento do STF na Rcl 4.210,⁶⁰ envolvendo o Projeto Gemini – projeto de fornecimento de gás natural pela Petrobrás à White Martins, em planta no interior de São Paulo que o transformava em gás natural liquefeito para ser comercializado a indústrias paulistas. Sucintamente, a disputa versava sobre quais os limites para a qualificação do que seria a distribuição de gás canalizado – serviço público de competência estadual⁶¹ – e o

58. V. fls. 95, 98 e 104 do voto do Min. Nelson Jobim.

59. V. fls. 200-206 voto do Min. Nelson Jobim.

60. Rcl 4.210-SP, rela. Min. Carmen Lúcia, *DJU* 14.11.2006; e Rcl/MC 4.210-SP, rela. Min. Ellen Gracie, *DJU* 7.4.2006.

61. Cf. o art. 25, § 2º, da CF de 1988. Literalmente:

“Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

“(…)”.

“§ 2º. Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os servi-

que seria o transporte de gás natural – atividade econômica sob monopólio da União.⁶²

Mais especificamente, o caso opunha, de um lado, a Comissão de Serviços Públicos de Energia do Estado de São Paulo/CSPE, antiga reguladora estadual de distribuição de gás canalizado (hoje sob competência da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo/ARSESP), e a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis/ANP – regulador federal da matéria.

Em breve resumo, entendia a CSPE que a passagem do gás natural entre o Gasoduto Brasil-Bolívia (administrado pela Petrobrás) e a fábrica da *White Martins* em São Paulo caracterizaria atividade de distribuição, competência exclusiva do Estado de São Paulo, que havia outorgado concessão de exploração para a empresa Comgás. Por outro lado, defendia a ANP ser esta mera atividade de transporte, regulada e autorizada pelo ente federal, sem que qualquer autorização estadual fosse necessária.

A primeira a analisar o caso foi a Min. Ellen Gracie, que deferiu a liminar para suspender a decisão do TRF-3ª Região que entendeu ser federal a competência no caso em questão. Esta decisão, porém, não restou clara, o que objetivou recurso pelo Estado de São Paulo e pela CSPE. Em sede de revisão, a Min. Carmen Lúcia clarificou o disposto na decisão da Min. Ellen Gracie e reafirmou ser o fornecimento de gás natural liquefeito assemelhado à distribuição de gás natural, estando no âmbito de competência estadual e sob regulação direta da CSPE.⁶³

ços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.”

62. Por força do art. 177, IV, da CF. Literalmente: “Art. 177. Constituem monopólio da União: (...); IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; (...)”.

63. *In verbis*: “Ante o exposto, percebe-se que, no caso, a Petrobrás estaria a fornecer o gás natural diretamente à *White Martins*, que, por meio de sua planta de liquefação, localizada no Município de Paulínea, pertencente ao Estado de São Paulo, transformá-lo-á em GNL (gás natural liquefeito) e o repassará para a empresa de comercialização GNL Gemini. No caso, a empresa de liquefação está sediada no Município de Paulínea, encontrando-se, pois, dentro da área do contrato de concessão obtido pela distribuidora Comgás. Em que pese à ausência de norma específica sobre transporte e distribuição de gás natural, a Lei n. 9.478/1997, que dispõe sobre a polí-

Como se percebe, novamente foi o Judiciário chamado a arbitrar os limites de competência de duas diferentes agências reguladoras (ANP e CSPE) na caracterização do que seria a atividade sob regulação de cada uma. A decisão judicial acabou refletindo-se também na competência de dois entes federativos distintos (União e Estado de São Paulo).

Por fim, e concluindo este item sobre a função do Poder Judiciário como árbitro dos conflitos institucionais que delimitam o espaço regulatório, devemos destacar também os casos de conflito direto entre diferentes entes federativos, que refletem indiretamente a competência de agências reguladoras nas matérias específicas. Neste caso, o exemplo mais recente ocorreu no julgamento das ADI 1.842-5-RJ, 1.826-RJ, 1.843-RJ e 1.906-RJ,⁶⁴ que questionavam a constitucionalidade dos arts. 1º a 11 da Lei Complementar 87/1997-RJ, e os arts. 8º a 21 da Lei 2.869/1997, ambas atribuindo ao Estado do Rio de Janeiro a competência para organização de serviços públicos de saneamento básico, transporte ferroviário e metroviário na Região Metropolitana do Rio de Janeiro e na Microrregião dos Lagos.

tica energética nacional e as atividades relativas ao monopólio do petróleo, prevê em seu art. 6º, inciso XXII, que ‘distribuição de gás canalizado são os serviços locais de comercialização de gás canalizado, junto aos usuários finais, explorados com exclusividade pelos Estados, diretamente ou mediante concessão, nos termos do § 2º do art. 25 da CF’. No caso, e num exame ainda preliminar da questão, a operação que vem sendo levada a efeito pela Petróleo Brasileiro S/A-Petrobrás aparenta ser serviço local de gás, uma vez que importa verdadeira distribuição de gás canalizado a usuário. Estando o usuário localizado em Município pertencente ao Estado de São Paulo, a este aparenta caber a competência para regular a operação, por meio da CSPE, insista-se, sempre ainda em juízo sujeito ao aprofundamento da matéria para a decisão final a ser proferida tempestivamente. De se notar que para a configuração do serviço local são irrelevantes a espécie de destinação (uso próprio ou resfriamento e comercialização) e a quantidade adquirida (industrial ou residencial). Como explicita Celso Antônio Bandeira de Mello, em parecer antes mencionado, ‘toda canalização especializada, isto é, cujo objetivo desborde do mero transporte geral do gás, refoge ao monopólio da União e entra na esfera do Estado no qual se instale dita canalização. Daí por que o art. 25 da Lei Maior usou até mesmo expressão terminológica distinta ao referir o meio transportador do gás. Falou em ‘canalização’, para referir o que era da alçada estadual, ao invés de ‘conduto’, como o fez no art. 177, ao qualificar o que competia à União’” (fls. 7 do voto).

64. ADI 1.842-5-RJ, 1.826-RJ, 1.843-RJ e 1.906-RJ, rel. para o acórdão o Min. Gilmar Mendes, DJU 19.3.2013.

Nesse caso, o STF foi chamado a se manifestar sobre quais os limites da competência estadual de organizar e planejar os serviços de interesse comum presentes em Regiões Metropolitanas, nos termos do art. 25, § 3º, da CF.⁶⁵ Igualmente questionavam-se os limites da definição de “interesse local” em um contexto de interesses interligados (caso das Regiões Metropolitanas), que delimitam a competência municipal para prestar serviços públicos.⁶⁶

Em uma Corte dividida, o STF decidiu que nas Regiões Metropolitanas a competência para prestar os serviços de interesse comum (tais como os de saneamento e transportes) deveria ser de uma entidade regional a ser criada, de participação obrigatória de todos os Municípios e do Estado formador, sem personalidade jurídica própria, e na qual não houvesse predomínio nem dos Estados nem dos Municípios que a compõem (sendo utilizada uma analogia com a União Europeia).⁶⁷

65. *In verbis*:

“Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

“(…)”

“§ 3º. Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.”

66. *In verbis*: “Art. 30. Compete aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local; (...); V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; (...)”.

Para mais informações sobre as inúmeras nuances do conceito de “interesse local”, v.: Alaôr Caffé Alves, “Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado Brasileiro”, *Revista de Direito Ambiental*, v. 4, n. 15, 1999, pp. 184-206; e José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012.

67. Nas palavras do Min. Ricardo Lewandowski, *in verbis*:

“Isso ocorre, v.g., no Conselho da União Europeia, que constitui a principal instância decisória dessa associação de Estados soberanos, cujos representantes se reúnem regularmente para decidir sobre assuntos de interesse comum.

“Os diferentes governos são representados no Conselho pelos ministros nacionais relevantes para o assunto em discussão. Na votação, por maioria qualificada, os distintos Estados têm pesos diferentes, calculados com base em sua importância política e expressão demográfica. Um voto da Alemanha ou da França, por exemplo, hoje, tem um peso de 29 num total de 345, ao passo que um voto do Chipre ou da Letônia expressam, cada qual, 4 votos.

Aparte o mérito da decisão, o que se percebe é novamente a intervenção do Poder Judiciário indiretamente determinando o espaço de atuação de agências reguladoras (no caso, a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Rio de Janeiro/AGENERSA), ao definir os limites de competência do ente federativo ao qual elas estão vinculadas.

4.2 Poder Judiciário como definidor da moldura da atividade regulatória das agências reguladoras

Além de atuar como árbitro de conflitos federativos, cabe ao Poder Judiciário também delimitar os parâmetros materiais de atuação das agências reguladoras, ao exercer sua atividade de revisor das decisões proferidas por estas autarquias.⁶⁸ Nessa atividade, cabe ao Poder Judiciário determinar o que é, ou não, aceitável na atuação das agências, sempre tendo em vista a legalidade dos atos praticados.

Conforme explicado acima, a reformulação do Estado regulador no Brasil a partir dos anos 1990 foi acompanhada de forte movimento doutrinário no sentido de assegurar certa deferência do Judiciário ao conhecimento técnico e específico detido pelos órgãos reguladores setoriais – tendo como foco, então, a revisão de critérios formais dos atos administrativos. Em outras palavras: caberia ao Judiciário, primordialmente, verificar se o devido processo legal foi seguido, ou

“Voltando ao tema sob exame, para a efetivação dos valores constitucionais em jogo, segundo entendo, basta que nenhum dos integrantes do ente regional seja excluído dos processos decisórios que nele ocorrem, ou possa, sozinho, definir os rumos de gestão deste. Também não me parece aceitável, do ponto de vista constitucional, que a vontade do conjunto dos Municípios prevaleça sobre a do Estado instituidor do ente regional ou vice-versa.

“Em resumo, entendo, na mesma linha dos votos proferidos pelos Mins. Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, que a constitucionalidade dos modelos de gestão das entidades regionais, previstas no art. 25, § 3º, da CF, está condicionada ao compartilhamento do poder decisório entre o Estado instituidor e os Municípios que as integram, sem que se exija uma participação paritária relativamente a qualquer um deles” (fls. 28 do voto – grifos do original).

68. Conforme dispõe o art. 5º, XXXV, da CF. Literalmente: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...)”.

não.⁶⁹ Este movimento inicial, que ocorreu na própria formação e desenvolvimento destas autarquias especiais, era necessário, pois de nada adiantaria instalar um corpo técnico qualificado para promover a fiscalização e regulação de um setor se todas as decisões de mérito da agência reguladora fossem revertidas ou redefinidas completamente em sede judicial.

De fato, verifica-se que o Judiciário vem assegurando às agências um espaço decisório amplo na área de sua atuação, conferindo certa deferência aos atos dessas autarquias.

Tal entendimento pode ser visto, por exemplo, em recentes posicionamentos de Turmas do TRF-1ª Região em casos envolvendo a revisão de condenações, pelo CADE, de cartéis. Nestes, o Tribunal defendeu que o princípio da separação dos Poderes, somado à tecnicidade da matéria, afastaria por completo qualquer revisão do mérito da decisão pelo Poder Judiciário, restando apenas a discussão da legalidade do procedimento administrativo. *In verbis*:

Um outro aspecto merece ser ressaltado: o art. 7º, II, da Lei n. 8.884/1994 confere ao Plenário do CADE competência para decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e para aplicar as respectivas penalidades. Portanto, a aferição dos potenciais efeitos do ato é atribuição legal daquele Conselho. A pretensão da apelante de rediscutir a questão em sede judicial não pode prosperar, sob pena de indevida interferência do Poder Judiciário na esfera de atuação do CADE, em violação aos princípios da legalidade e

69. V. o entendimento do Prof. Sérgio Guerra (Sérgio Guerra (org.), *Regulação no Brasil: Enfoques Diversos*, cit., p. 12):

“Assim, nos parece que o controle judicial dos atos regulatórios deve estar presente sempre que houver dúvida acerca da observância do *due process of law*, notadamente na apreciação da vinculação da decisão regulatória com os fatos do caso real. Entretanto, o magistrado não deve perscrutar a interpretação prospectiva do regulador, que deve concentrar a preocupação com os impactos futuros, mediante a ponderação dos benefícios e dos ônus advindos da regulação. Os impactos sistêmicos do ato regulatório ultrapassam a competência do regulador.

“Nesse sentido, Luís Roberto Barroso conclui que em matéria de agência é decisivo que o Judiciário seja deferente em relação às decisões administrativas. Ou seja, o Poder Judiciário somente deverá invalidar decisão de uma agência reguladora quando evidentemente ela não puder resistir ao teste de razoabilidade, moralidade e eficiência. Fora dessas hipóteses, o Judiciário deve ser conservador em relação às agências, especialmente em relação às escolhas informadas por critérios técnicos, sob pena de cair no domínio da incerteza e subjetivismo” (notas de rodapé omitidas).

da separação de Poderes. Pode-se, em juízo, discutir a legalidade do procedimento administrativo, isto é, sua conformidade com a legislação pertinente. Mas não há espaço, nesta seara, para rediscutir o mérito da decisão da autarquia, o que implicaria a desconsideração da competência estabelecida pela Lei Antitruste.⁷⁰

Entendimento similar possui o STJ, que em inúmeras ocasiões afirmou uma deferência ampla à discricionariedade técnica das agências. Vejamos, por exemplo, o entendimento do Tribunal no REsp/AgR 942.697-SP (2007), que questionava a legalidade da cobrança de assinaturas mensais em telefones fixos – cobrança, esta, que já havia sido autorizada e regulada pela Agência Nacional de Telecomunicações/ANATEL. *In verbis*:

70. TRF-1ª Região, 5ª Turma, 3ª Seção, ACi 2001.34.00.025366-0-DF (recorrente: EISA – Estaleiro Ilha S/A, recorrido: Conselho Administrativo de Defesa Econômica/CADE), rel. Juiz convocado Alexandre Jorge Fontes Laranjeira, j. 30.7.2010 (apelação) e 23.5.2001 (recursos). Nesse mesmo sentido, v.: TRF-1ª Região, 6ª Turma, 3ª Seção, ACi 0025807-08.2001.4.01.3400-DF (2001.34.00.025858-8) (recorrente: Marítima Petróleo e Engenharia Ltda., recorrido: Conselho Administrativo de Defesa Econômica/CADE), rel. Des. Jirair Aram Meguerian, j. 21.11.2011; TRF-1ª Região, 6ª Turma, 3ª Seção, ACi 0012731-72.2005.4.01.3400-DF (2005.34.00.012752-0) (recorrente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica/CADE, recorridas: empresas associadas ao Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal/SINPETRO/DF), rel. Juiz convocado Marcelo Dolzany da Costa, j. 9.7.2012.

In verbis: “A meu convencimento, ainda que a sentença invocasse o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade como fundamento de análise dos motivos determinantes da sanção imposta às autoras-apeladas, tal premissa seria descabida aos moldes em que o legislador privativamente atribuiu ao CADE como órgão regulador e fiscalizador da atividade econômica (art. 7º, II, da Lei n. 8.884/1994). Atribuir qualificação diversa a fatos incontroversos – no caso, a atuação das autoras e de seu Sindicato na repressão à entrada de novo distribuidor no mercado varejista de combustíveis, com prejuízo à livre concorrência – é negar o juízo de valor que o legislador incumbiu a um órgão de composição plural e de conhecimentos técnicos sobre a matéria. Estivesse o juiz examinando a vulneração de qualquer outro requisito do ato (competência, finalidade, forma, objeto, motivação), certamente que admissível o controle judicial. No caso concreto, entretanto, o que se viu foi a completa substituição de um juízo valorativo por outro. Ainda que se registre no âmbito do STJ um precedente quanto à possibilidade da intervenção judicial em casos tais, por força do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, é de ver-se que também ambas as Turmas da 3ª Seção convergem para o entendimento da impossibilidade da revisão judicial das decisões do CADE, salvo nos requisitos de sua formação”.

O poder normativo da ANATEL tem caracteres de autonomia. Ao regular, a ANATEL ocupa um limbo legislativo deixado propositalmente pelo regime constitucional das agências, como uma metafórica renúncia de soberania em nome das vantagens advindas do controle técnico dos serviços de infraestrutura. Há reconhecimento dessa autonomia pelo próprio STJ, na ADI n. 1.668-5. (...). Só poderia o Poder Judiciário interferir em casos excepcionais, de gritante abuso ou desrespeito aos procedimentos formais de criação dessas figuras. Carece o Poder Judiciário de mecanismos suficientemente apurados de confronto paritético às soluções identificadas pelos experts da Agência reguladora. O Poder Judiciário, especialmente o STJ, não pode ceder à tentação de judicializar o ambiente regulatório. O Brasil tornou-se um País acreditado internacionalmente graças à difícil opção política de romper com os caminhos fáceis, porquanto trágicos, do populismo e da irresponsabilidade fiscal. No mundo dos investimentos, a segurança é um valor venerável. E sem essa credibilidade o desenvolvimento nacional estará severamente comprometido a longo prazo.⁷¹⁻⁷²

Ou seja: como se percebe, há hoje grande deferência aos atos administrativos das agências reguladoras. O que se deve questionar, porém, é se, passado este período inicial de consolidação mínima do Estado regulador no Brasil, não teria o Judiciário outro papel a desempenhar na revisão do mérito das decisões destas autarquias através de testes de razoabilidade e proporcionalidade, aplicáveis inclusive na revisão de atos normativos.

Este é um processo necessário de maturação, pois, caso contrário, sem uma revisão das justificativas específicas para a adoção de medidas regulatórias, as decisões das agências correm crescente risco de se tornarem arbitrárias.⁷³ Em especial, devemos destacar que a análise da proporcionalidade e da razoabilidade dos atos regulatórios exige exa-

71. STJ, 2ª Turma, REsp/AgR 942.697-SP, rel. Min. Humberto Martins, DJU 15.2.2008, p. 6.

72. Diversos outros exemplos poderiam ser citados aqui para reforçar o mesmo ponto. Para mais casos em que há deferência do Judiciário aos atos técnicos de agência reguladoras, v. Sérgio Guerra (org.), *Regulação no Brasil: Enfoques Diversos*, cit., pp. 14-22.

73. Para mais informações sobre como, na década de 1960, o risco de captura foi grande motivador para que se iniciasse maior revisão judicial do mérito das decisões das agências, v. Stephen G. Breyer e outros, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Texts and Cases*, 4ª ed., Nova York, Aspen Law & Business, 1999. Capítulo 3.

me detido da motivação das agências no exercício de suas atividades.⁷⁴ Isso porque a existência de alguma deferência à discricionariedade técnica destas autarquias não significa – e não pode significar – uma “carta em branco” para que elas atuem como bem entenderem.

Ao contrário, o Estado regulador reserva ao Poder Judiciário um papel essencial de elevar o crivo de justificativas das agências para intervir nos setores regulados, sem, contudo, substituir seu julgamento técnico. Ainda que seja de difícil alcance, a busca deste equilíbrio é fundamental para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.⁷⁵

Nesse ponto, vale fazer pequena digressão para avaliar como outros Países têm lidado com a tentativa de equilíbrio entre deferência e exigência de justificativas adequadas. O exemplo norte-americano nos parece particularmente ilustrativo.

4.3 O exemplo norte-americano

Alguma comparação internacional, em especial com o exemplo dos Estados Unidos, parece-nos importante para melhor qualificar os

74. Conforme se extrai do *caput* do art. 2º da Lei 9.784/1999, Lei Federal de Processo Administrativo, *in verbis*: “Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, *motivação*, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência” (grifo nosso).

75. Um interessante caso em que o STJ fez análise mais detalhada dos atos das agências administrativas, entendendo pela sua irrazoabilidade, se deu no julgamento do pedido de tutela antecipada do REsp 1.275.859-DF (rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJU 5.12.2012). Neste, uma empresa de telefonia fixa questionava os valores fixados pela ANATEL para a interconexão de chamadas fixo-móvel (VU-M), variável-chave para a concorrência no setor de telefonia nacional. A ANATEL já havia afirmado, em diversos documentos, que o preço do valor da VU-M deveria ser determinado o mais próximo do custo de prestação de serviço possível. Porém, ao arbitrar as relações entre as operadoras, sempre determinava valores muito acima do critério que ela mesmo havia indicado como razoável. Em sua defesa, a ANATEL afirmou que o alto grau técnico da análise afastava a competência do Judiciário. Não obstante, em seu voto o Ministro então entendeu que, embora a ANATEL tivesse legalidade e legitimidade para fixar os preços da VU-M, não poderia ser o Judiciário afastado da revisão de suas decisões, por conta do princípio de unicidade de jurisdição. No mérito, entendeu que havia deficiência na regulação setorial, pois a ANATEL recorrentemente adiava a entrada da cobrança no modelo de custos, e determinou (ainda que em sede liminar) a diminuição dos valores pagos pela operadora a título de VU-M.

tipos de intervenção material que podem ser objeto de decisões do Judiciário. Preliminarmente, deve-se esclarecer que o presente capítulo não busca defender qualquer importação pura e simples dos conceitos de revisão judicial presentes naquele País, de realidade muito diversa da nossa. Ao contrário, o entendimento é que, ao se deparar com diferentes experiências sobre como melhor qualificar o que seria a independência “necessária” das agências reguladoras, pode-se fazer uma reflexão mais crítica de quais os limites de intervenção “adequada” feita por parte do Poder Judiciário na atividade destas autarquias, contribuindo-se, assim, para o maior amadurecimento do Estado regulador nacional.

Sucintamente, pode-se dizer que as intervenções do Poder Judiciário norte-americano na atividade regulatória das agências daquele País pode ser dividida em dois grandes grupos: (i) a deferência legislativa em relação a interpretações de dispositivos legais (*Chevron Deference*, nome dado ao caso que consolidou esta interpretação); e (ii) o controle da motivação das agências no exercício de sua função normativa (*Hard Look Doctrine*).⁷⁶

4.3.1 Doutrina Chevron e a deferência às interpretações legislativas por parte de órgãos reguladores

A Doutrina Chevron, que emergiu de precedente referido com o mesmo nome, afirma que o Poder Judiciário deve assegurar aos órgãos reguladores uma deferência à análise dos termos das leis que os tutelam, desde que tal análise seja entendida como razoável pelas Cortes.

Sucintamente, o precedente “Chevron versus Natural Resources Defense Council” envolveu a disputa⁷⁷ sobre a definição do que seria a expressão “fonte estacionária”, critério estabelecido pelo *Clean Air Act* como elemento central para que se verificasse e quantificasse o limite de emissão de poluentes de dada empresa, mas não definido

76. Para melhor descrição das decisões, v.: Mateus Piva Adami, *A Discricionariedade Administrativa em Face do Princípio da Eficiência*, cit., pp. 58-82; Stephen G. Breyer e outros, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Texts and Cases*, cit., 4ª ed.; Marcelo Figueiredo (org.), *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*, São Paulo, Malheiros Editores, 2004; e Sérgio Guerra (org.), *Regulação no Brasil: Enfoques Diversos*, cit.

77. *Chevron v. Natural Resources Defense Council* 467 U.S. 837 (1984).

legalmente. Em sua interpretação, a *Environmental Protection Agency/EPA* (agência federal de proteção ambiental norte-americana) definiu a expressão a partir de um conceito de “bolha”, ao afirmar que “fonte estacionária” se tratava de dada planta industrial como um todo. Dessa maneira, ela permitia que as empresas aumentassem a emissão de poluentes em uma atividade da planta, desde que esta fosse compensada pela diminuição em outro setor da mesma fábrica.

Este entendimento foi questionado pelo *Natural Resources Defense Council/NRDC*, órgão ligado à defesa do meio ambiente. Na visão do NRDC, a legislação, ao buscar diminuir a emissão de poluentes e melhorar a qualidade do ar de cidades americanas, não abarcava uma definição tão ampla de “fonte estacionária” que permitisse às empresas aumentar sua emissão em dada atividade (mesmo que compensada pela queda em outra).

Em sua análise, a Suprema Corte norte-americana desenvolveu um teste em dois estágios para verificar se a interpretação do regulador era lícita. Inicialmente, caberia às Cortes verificar se o Congresso americano, ao promulgar a lei, esclareceu de alguma maneira qual o conceito que buscava empregar à expressão. Caso positivo, tal entendimento deve prevalecer. Porém, caso negativo, cabe ao Judiciário verificar se o entendimento da agência é arbitrário, caprichoso ou manifestamente contrário ao disposto no estatuto. Se a resposta for igualmente positiva, o entendimento regulatório é entendido como razoável, e deve prevalecer.⁷⁸

78. Literalmente, a opinião da Suprema Corte, conforme redigida pelo Min. Stevens, afirma:

“When a Court reviews an agency’s construction of the statute which it administers, it is confronted with two questions. First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the Court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the Court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the Court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the Court is whether the agency’s answer is based on a permissible construction of the statute.

“The power of an administrative agency to administer a congressionally created program necessarily requires the formulation of policy and the making of rules to fill any gap left, implicitly or explicitly, by Congress (*Morton versus Ruiz*, 415 U.S. 199, 231 (1974)). If Congress has explicitly left a gap for the agency to fill, there is

A justificativa para tal deferência seria de que as agências representam órgãos técnicos capazes de analisar a fundo e com maior *expertise* os setores nos quais operam – o que justificaria sua prevalência sobre o juiz generalista. Ademais, embora as agências não respondam diretamente à sociedade (via eleições), o Poder Executivo, ao qual estão vinculadas, o faz. Assim, é justo que o Judiciário não simplesmente substitua o julgamento da agência pelo seu, mas, sim, que se assegure certa deferência às decisões de política pública destes órgãos, desde que entendidas como razoáveis.⁷⁹ Aproximando-se da nossa jurisprudência nacional, seriam casos em que a Corte estaria decidindo entre “indiferentes jurídicos”.⁸⁰

an express delegation of authority to the agency to elucidate a specific provision of the statute by regulation. Such legislative regulations are given controlling weight unless they are arbitrary, capricious, or manifestly contrary to the statute. Sometimes the legislative delegation to an agency on a particular question is implicit, rather than explicit. In such a case, a Court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency.”

79. Novamente nas palavras do Min. Stevens:

“In these cases, the Administrator’s interpretation represents a reasonable accommodation of manifestly competing interests, and is entitled to deference: the regulatory scheme is technical and complex, the agency considered the matter in a detailed and reasoned fashion, and the decision involves reconciling conflicting policies. Congress intended to accommodate both interests, but did not do so itself on the level of specificity presented by these cases. Perhaps that body consciously desired the Administrator to strike the balance at this level, thinking that those with great expertise and charged with responsibility for administering the provision would be in a better position to do so; perhaps it simply did not consider the question at this level; and perhaps Congress was unable to forge a coalition on either side of the question, and those on each side decided to take their chances with the scheme devised by the agency. For judicial purposes, it matters not which of these things occurred.

“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 policymaking 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.”

80. V. o posicionamento do Min. Eros Grau sobre o “indiferente jurídico”, na nota de rodapé 11, acima. Em sentido semelhante, v. Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

4.3.2 Hard Look Doctrine e controle material das agências

Além da *Doutrina Chevron*, a Suprema Corte norte-americana também instituiu, em dois importantes casos, a chama *Hard Look Doctrine*. Esta estabelece os parâmetros para que o Judiciário proceda a uma avaliação material de decisões técnicas proferidas pelas agências reguladoras – com especial foco na avaliação da motivação dos atos administrativos emanados por essas autarquias.⁸¹

O primeiro caso, denominado “Citizens to Preserve Overton Park *versus* Volpe”,⁸² envolvia o financiamento federal para construção de uma rodovia na cidade de Memphis, Tennessee, que atravessaria o meio do Parque de Overton, um dos principais da cidade. Conforme os termos do *Federal-Aid Highway Act of 1968*, o Governo Federal dos Estados Unidos apenas poderia ajudar financeiramente um projeto rodoviário que atravessasse um parque público caso o Secretário dos Transportes atestasse não existir algum outro trajeto “prudente e viável” em substituição ao apresentado.

Após a liberação da construção por parte do Secretário, os cidadãos da cidade questionaram a validade da autorização concedida, sob o argumento de que os estudos apresentados para justificar a liberação

Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, São Paulo, Atlas, 1991, p. 173. Para um tratamento mais aprofundado sobre a noção de “indiferente jurídico” na revisão judicial, v. Adami, *A Discricionariedade Administrativa em Face do Princípio da Eficiência*, cit.

81. Conforme ensinam Breyer e outros (*Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Texts and Cases*, cit., 4ª ed., p. 346), *in verbis*: “At first this [*Hard Look*] meant that Courts would ensure that agencies themselves took a ‘hard look’ at the problem. Thus Courts required agencies to consider in their proceedings and opinions all of the relevant policies and factors bearing on discretionary policy choices. But soon thereafter Courts began to take a hard look on their own. (...) That ‘hard look’ approach requires agencies to develop an evidentiary record reflecting the factual and analytical basis for the decisions, to explain in considerable detail their reasoning, and to give ‘adequate consideration to evidence and analysis submitted by private parties’. (...) We may describe as the ‘procedural hard look’ the idea that agencies must consider alternatives, respond to counter arguments, listen to affected interests, and offer detailed explanations of their conclusions. This process approach may be contrasted with a ‘substantive’ version of arbitrary and capricious review, under which the Court judges the alternative chosen by the agency to be so irrational that it must be ruled out. This the ‘substantive hard look’ entails close judicial control of the merits”.

82. “Citizens to Preserve Overton Park *versus* Volpe”, 401 U.S. (1971).

não haviam efetivamente considerado a existência de possíveis outras alternativas para (i) um diferente trajeto da rodovia ou (ii) adoção de novas técnicas que fossem menos danosas ao parque, como túneis, por exemplo. Em sua defesa, o Secretário afirmou que suas ações gozavam de presunção de legalidade, e apresentou um testemunho⁸³ afirmando ter feito a análise necessária.

As Cortes de primeira instância mantiveram as decisões do Secretário, afirmando esta presunção de legalidade. A Suprema Corte também afirmou esta presunção e defendeu que o Judiciário não deve meramente substituir o julgamento do administrador pelo seu.⁸⁴ Ela, porém, foi além, e estabeleceu também que esta presunção não afasta por completo a revisão judicial dos atos administrativos, e que cabe ao juiz verificar se, no caso concreto, a decisão tomada pelo administrador não foi: (i) arbitrária; (ii) caprichosa; (iii) um abuso de discricionariedade; ou, ainda, (iv) desrespeitosa ao Direito.⁸⁵

No entendimento da Suprema Corte, ao revisar a alteração de uma política regulatória, o Poder Judiciário deve assumir o papel de guardião do devido processo legal, de forma a exigir que a agência fundamente sua decisão em argumentos razoáveis e racionais. O caso foi, então, reenviado, para que as instâncias inferiores determinassem, no caso es-

83. *Affidavit*, no original.

84. Nas palavras do Min. Stewart, que redigiu a opinião da Corte, *in verbis*: "Although this inquiry into the facts is to be searching and careful, the ultimate standard of review is a narrow one. The Court is not empowered to substitute its judgment for that of the agency".

85. Nas palavras do Min. Stewart, que redigiu a opinião da Corte, *in verbis*: "Plainly, there is 'law to apply', and thus the exemption for action 'committed to agency discretion' is inapplicable. But the existence of judicial review is only the start: the standard for review must also be determined. For that, we must look to § 706 of the Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. § 706 (1964 ed., Supp. V), which provides that a 'reviewing Court shall hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found' not to meet six separate standards. In all cases, agency action must be set aside if the action was 'arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law' or if the action failed to meet statutory, procedural, or constitutional requirements (5 U.S.C. §§ 706(2)(A), (B), (C), (D) (1964 ed., Supp. V)). In certain narrow, specifically limited situations, the agency action is to be set aside if the action was not supported by 'substantial evidence'. And in other equally narrow circumstances, the reviewing court is to engage in a *de novo* review of the action and set it aside if it was 'unwarranted by the facts' (5 U.S.C. §§ 706(2)(E), (F) (1964 ed., Supp. V))."

pecífico, se o Secretário havia de fato avaliado a existência de alternativas viáveis. Ademais, ela afirmou que meros testemunhos não poderiam ser suficientes como prova, devendo ser analisados outros documentos e estudos juntados ou a serem juntados aos autos do processo.

O segundo *leading case* é o "Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States *versus* State Farm Mutual Mobile Insurance Co."⁸⁶

Conforme a legislação americana, coube à *National Highway Traffic Safety Administration/NHTSA*, agência de segurança automobilística, regulamentar quais equipamentos de segurança deveriam ser obrigatoriamente instalados em automóveis. Exercendo esta competência, a NHTSA determinou a obrigatoriedade de implementação de *air bags* ou cintos de segurança automáticos (restrições passivas de segurança)⁸⁷ em todos os veículos, ficando à critério das montadoras a escolha de qual restrição adotar.

Com a mudança de comando do Governo Federal norte-americano e a consequente mudança da diretoria da NHTSA, a Agência decidiu por revogar esta obrigação – tornando-a apenas uma recomendação aos fabricantes. De forma a embasar a decisão de revogação da norma, a nova Diretoria afirmou que 99% dos veículos produzidos acabam por utilizar cintos de segurança automáticos, que poderiam ser facilmente desabilitados. Desta forma, sob uma análise de custo-benefício, a nova Diretoria afirmou que a restrição não mais se justificava, considerando (i) o elevado custo para que as montadoras instalassem os equipamentos e (ii) a baixa efetividade da medida – que não era seguida pelos cidadãos.

Tal decisão foi questionada pela *State Farm*, grande seguradora americana, que entendeu a medida como imotivada e desarrazoada – em especial porque estudos da própria NHTSA afirmavam que as medidas passivas salvariam, anualmente, mais de 12.000 vidas e preveniriam mais de 100.000 lesões graves em acidentes de trânsito.

Após avaliação do caso, a Suprema Corte entendeu a decisão da Agência como arbitrária, revogando-a. Em especial, ela entendeu que

86. "Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States *versus* State Farm Mutual Mobile Insurance Co.", 463 U.S. 29 (1983).

87. No original, *passive restraints*.

a decisão da NHTSA não fora adequadamente motivada, em virtude de a Agência (i) não ter considerado a possibilidade de fabricantes utilizarem algum sistema para prevenir que se desabilitassem os cintos de segurança ou (ii) a possibilidade de se adotar *air bags* como tecnologia obrigatória em todos os veículos (ao invés de deixar as montadoras optarem).⁸⁸

Merece destaque que a Suprema Corte enfatizou a necessidade de o Poder Judiciário revisar no detalhe a motivação dos atos administrativos, como forma de assegurar a modernização do Poder Executivo. Caso contrário corre-se o risco de criar um “monstro” que não conhece limites no exercício de sua discricionariedade.⁸⁹

88. Nas palavras do Min. White, que redigiu a opinião da Corte, *in verbis*: “The Department of Transportation accepts the applicability of the ‘arbitrary and capricious’ standard. It argues that, under this standard, a reviewing Court may not set aside an agency rule that is rational, based on consideration of the relevant factors, and within the scope of the authority delegated to the agency by the statute. We do not disagree with this formulation. The scope of review under the ‘arbitrary and capricious’ standard is narrow, and a Court is not to substitute its judgment for that of the agency. Nevertheless, the agency must examine the relevant data and articulate a satisfactory explanation for its action, including a ‘rational connection between the facts found and the choice made’ (‘Burlington Truck Lines, Inc. versus United States’, 371 U. S. 156, 371 U. S. 168 (1962)). In reviewing that explanation, we must ‘consider whether the decision was based on a consideration of the relevant factors and whether there has been a clear error of judgment’ (‘Bowman Transportation, Inc. versus Arkansas-Best Freight System, Inc.’, supra, at 419 U. S. 285; ‘Citizens to Preserve Overton Park versus Volpe’, supra, at 401 U. S. 416). Normally, an agency rule would be arbitrary and capricious if the agency has relied on factors which Congress has not intended it to consider, entirely failed to consider an important aspect of the problem, offered an explanation for its decision that runs counter to the evidence before the agency, or is so implausible that it could not be ascribed to a difference in view or the product of agency expertise. The reviewing Court should not attempt itself to make up for such deficiencies; we may not supply a reasoned basis for the agency’s action that the agency itself has not given (‘SEC versus Chenery Corp.’, 332 U. S. 194, 332 U. S. 196 (1947)). We will, however, ‘uphold a decision of less than ideal clarity if the agency’s path may reasonably be discerned’ (‘Bowman Transportation, Inc. versus Arkansas-Best Freight System, Inc.’, supra, at 419 U. S. 286). See also ‘Camp versus Pitts’, 411 U. S. 138, 411 U. S. 142-143 (1973) (*per curiam*). For purposes of these cases, it is also relevant that Congress required a record of the rulemaking proceedings to be compiled and submitted to a reviewing Court, 15 U.S.C. § 1394, and intended that agency findings under the Act would be supported by ‘substantial evidence on the record considered as a whole’ (S.Rep. N. 1301, 89th Cong., 2d Sess., 8 (1966); H.R.Rep. N. 1.776, 89th Cong., 2d Sess., 21 (1966))”.

89. Novamente nas palavras do Min. White, *in verbis*: “There are no findings and no analysis here to justify the choice made, no indication of the basis on which the

O caso foi reenviado para instâncias inferiores, de forma a assegurar novamente à NHTSA a possibilidade de motivar adequadamente seu ato ou, caso contrário, adotar medidas regulatórias conforme a decisão.

Por fim, deve-se destacar que essa é uma característica interessante da *Hard Look Doctrine*: o reenvio do caso para instâncias inferiores para que haja uma avaliação mais detalhada do contexto fático das decisões das agências. Isso porque, dado que não cabe ao Judiciário simplesmente substituir o julgamento das agências pelo seu, a doutrina abre, então, a possibilidade de a agência buscar melhorar a motivação de seus atos e (i) tentar novamente aprovar a regra antes questionada ou (ii) modificar seu entendimento nesta nova análise dos fatos e dos interesses envolvidos.⁹⁰

5. Conclusão

Até o presente momento pode-se afirmar que o processo de institucionalização das agências reguladoras em nosso ordenamento jurídico foi bem-sucedido, mas incompleto. E por uma razão muito simples: o espaço institucional dos órgãos reguladores não é estático e não se esgota em uma análise fria da legislação aplicável.

A delimitação desse espaço depende essencialmente da construção de um diálogo das agências com os demais atores presentes no espaço institucional de sua atuação, notadamente os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e da compreensão dos mecanismos de interação entre todos esses agentes.

[agency] exercised its expert discretion. We are not prepared to, and the Administrative Procedure Act will not permit us to accept such practice. Expert discretion is the lifeblood of the administrative process, but (...) unless we make the requirements for administrative action strict and demanding, expertise, the strength of modern government, can become a monster which rules with no practical limits on its discretion”.

90. Nesse sentido, v. Breyer e outros, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Texts and Cases*, cit., 4ª ed., p. 347, *in verbis*: “Under the ‘Hard Look’ or ‘adequate consideration’ approach, the Court usually does not condemn the agency’s policy choice as irremediably faulty, but simply concludes that the agency has not adequately justified its choice. The normal remedy is a remand for further proceedings in which the agency may attempt to buttress its original policy choice with more extensive analysis and explanation. The Court may find the decision to be ‘arbitrary and capricious’ because it is not adequately explained or justified, but the agency remains free to try again”.

Evidentemente, não se pretende, aqui, esgotar essa análise, conforme mencionado acima, mas apenas propor novo enfoque para o estudo da autonomia das agências – o que não nos impede de tecer algumas ponderações.

O Poder Executivo (isto é, Administração direta) acaba tendo peso bastante relevante no contexto político de cada setor regulado, notadamente nas situações em que há caracterização de algum tipo de crise, até mesmo por estar mais associado diretamente ao desempenho das próprias agências reguladoras (ao menos sob a ótica dos eleitores em geral). A casuística aponta que, quando a situação se torna politicamente grave, há forte tendência (i) à subtração de competências dos órgãos e (ii) renúncia por parte do corpo diretivo.

Também não se pode deixar de lado o aspecto jurídico do diálogo entre agências e o Poder Executivo. É salutar a proximidade entre os órgãos e os Ministérios e Secretarias a que se vinculam, inclusive para evitar seu isolamento institucional. Contudo, tal proximidade não os pode converter em extensão da Administração direta – seja pela admissibilidade de revisão de seus atos, seja pelo detalhamento de suas atividades pelos contratos de gestão e outros instrumentos de controle.

O Poder Legislativo pode controlar a composição dos órgãos reguladores através da avaliação das indicações do Poder Executivo, sendo este um mecanismo importante para mitigar a interferência política deste último sobre as atividades da entidade. Contudo, essa competência legislativa não tem sido exercida a contento, a julgar pela pouca atenção que as sabatinas de dirigentes têm despertado nos legisladores.

Também compete ao Poder Legislativo a delimitação da competência das agências reguladoras, que não se circunscreve à sua lei de criação, mas a qualquer comando legal que lhe seja pertinente. A esse respeito, vale lembrar que o espírito do Projeto de Lei 3.337/2004, assumidamente interventivo, foi incorporado pelo Projeto de Lei do Senado 52/2013, o que mantém a discussão que acompanhou cada passo da tramitação do primeiro.

O TCU, na esfera federal, assessora o Poder Legislativo na fiscalização das agências reguladoras, e tem analisado, de forma constante e bastante profunda, diversos aspectos quanto ao exercício de suas

competências. Embora tal iniciativa seja salutar, é preciso ter cuidado para que as decisões do Tribunal não substituam, na prática, o entendimento das próprias agências quanto à implantação das políticas públicas setoriais.

Por fim, nesse contexto de análise da dinâmica institucional, o Poder Judiciário desempenha pelo menos dois papéis essenciais. Pode-se mencionar a função de mediação do diálogo e das tensões entre agências e outros órgãos no mesmo plano da Federação ou entre agências em planos diversos da Federação – ou seja: nos conflitos de competência entre órgãos reguladores.

Talvez de maior importância, ou, no mínimo, de maior abrangência, é o papel desempenhado pelo Poder Judiciário na própria delimitação do espaço de atuação das agências reguladoras. Tal competência deve ser exercida com parcimônia, justamente para evitar que as decisões dos órgãos reguladores sejam simplesmente substituídas pela vontade do magistrado, a título de controle de legalidade.

Nesse sentido, entendemos que o controle judicial deve se pautar por três orientações: (i) realizar juízos com enfoque na constitucionalidade e legalidade dos atos praticados, de forma a definir a moldura de atuação das agências; (ii) avaliar a motivação dos atos praticados pelas agências, em busca do estabelecimento de uma racionalidade procedimental que exija nexos entre os fundamentos fáticos e jurídicos e a decisão regulatória; e (iii) prestar deferência às decisões de caráter técnico que estejam devidamente fundamentadas no momento de sua expedição e que sejam consideradas proporcionais.

Uma vez reconhecido pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário seus respectivos papéis institucionais diante das agências reguladoras, a aparente tensão entre estas instituições dará lugar à construção de um diálogo proveitoso, aperfeiçoando o ambiente regulatório do Brasil. Cabe à doutrina dar sua contribuição a esse aperfeiçoamento, aprofundando a análise dinâmica do ambiente institucional no qual se inserem os órgãos reguladores no Brasil.