

O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

Coordenador

Alexandre Santos de Aragão
André Fontes
André-Jean Arnaud
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Roberto Siqueira Castro
Egon Bockmann Moreira
Fábio Barbalho Leite
Floriano de Azevedo Marques Neto
Giovani R. Loss
Glauco Martins Guerra
Gustavo Binenbojm

Jacinto Arruda Câmara
José dos Santos Carvalho Filho
Marçal Justen Filho
Marcos Juruena Villela Souto
Marcos Paulo Verissimo
Maria D'Assunção Costa
Patrícia Regina Pinheiro Sampaio
Paulo Todescan Lessa Mattos
Sérgio Guerra
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Thiago Marrara

FGV-SP / BIBLIOTECA

02560/2006



1200602560



EDITORA
FORENSE

Rio de Janeiro
2006

CONTROLE JUDICIAL DA ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO BRASILEIRAS

Marcos Paulo Verissimo*

Sumário: 1. Uma primeira nota sobre a separação de poderes (delimitação de algumas premissas). 2. Separação de poderes e o papel constitucional do Poder Judiciário no direito brasileiro. 3. Controle de atos administrativos: rápida evolução. 4. A colocação do problema. 5. A noção de *legalidade* e a discricionariedade como um "falso dilema". 6. A jurisprudência americana. 7. Conceitos jurídicos indeterminados. 8. *Ativismo judicial* e *self-restraint*; aptidão institucional e multiplicidade dos critérios para a definição dos vários graus de revisão judicial da ação administrativa. 9. Uma recomendação final.

1. UMA PRIMEIRA NOTA SOBRE A SEPARAÇÃO DE PODERES (DELIMITAÇÃO DE ALGUMAS PREMISSAS)

O tema deste estudo consiste no controle judicial da atividade normativa desempenhada pelas agências de regulação brasileiras. Seu foco não é, portanto, a própria atividade normativa desses órgãos, mas uma primeira observação a esse respeito merece ser feita. Em muitos círculos, ainda prevalece, forte, a opinião doutrinária que não reconhece aos órgãos da administração pública (especialmente da administração indireta) qualquer capacidade normativa de conjuntura.¹ A premissa de que este estudo parte é justamente a oposta; até porque, do contrário, o tema aqui tratado poderia ser resumido a umas poucas linhas, dedicadas, simplesmente, a demonstrar a inconstitucionalidade da produção de norma jurídica por qualquer entidade

* Mestre e Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor nos cursos de extensão da EDESP-FGV. Pesquisador do Núcleo de Estudos e Debates do CEBEPEJ – Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais.

¹ A expressão é usada por Eros Roberto Grau (*O direito posto e o direito pressuposto*, pp. 171 e segs.). Segundo o autor, essa capacidade traduzir-se-ia em exercício autorizado de poder regulamentar. Contra a constitucionalidade desse tipo de norma, ver, por exemplo, Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 306 e segs.

integrante da administração indireta. De um ponto de vista ainda descritivo, adstrito sobretudo à análise *séria* dos fatos, reconhece-se, aqui, que exercício de verdadeira atividade normativa por parte da administração pública é freqüente, intenso e explícito,² reconhecendo-se, também, que no mais das vezes isso ocorre com o beneplácito, declarado ou não, dos órgãos judiciais.³ Além disso, e já sob um ponto de vista normativo, há, por trás das idéias aqui desenvolvidas, uma concepção que pode ser tida como flexível acerca da noção de separação de poderes.

A concepção *flexível* mencionada acima implica reconhecer um razoável grau de interseção e de sobreposição entre as três funções estatais típicas (legislação, administração e jurisdição) e, também, entre as atividades e competências exercidas e detidas, em concreto, por cada um dos seus respectivos titulares típicos (o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário).⁴ Essas interseções, em certa medida sempre presentes (até mesmo na obra original de Montesquieu), só tenderam a aumentar com a complexificação

2 Para uma descrição das bases empíricas que sustentam essa afirmação, bem como para uma análise mais detida acerca da constitucionalidade da produção de norma jurídica por parte da administração pública, ver, entre outros, os seguintes trabalhos: Tercio Sampaio Ferraz Jr., "Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade", *Revista Tributária e de Finanças Públicas* n° 35, 2000, Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, cit. nota 1, L. G. Paes de Barros Leães, *Mercado de Capitais e Insider Trading*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "Agências reguladoras (descentralização e deslegalização)", in *Mutações do Direito Administrativo*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, Simone Lahorgue Nunes, *Os fundamentos e os limites do poder regulamentar no âmbito do mercado financeiro*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, Fernando Albino de Oliveira, "Poder regulamentar da Comissão de Valores Mobiliários", Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989, Bolívar B. M. Rocha, "O poder normativo de órgãos da administração - o caso da Comissão de Valores Mobiliários", in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n° 64, 1986 e Carlos Ari Sundfeld, "Introdução às agências reguladoras", in *Direito Administrativo Econômico*, Carlos Ari Sundfeld (org.), São Paulo, Malheiros, 2000.

3 "Vários autores chamam a atenção para o fato de que, não obstante a controvérsia teórica que cerca os princípios da separação e da indelegabilidade de poderes, e o apego que ambos ainda suscitam como fórmulas teóricas, inclusive por parte do Judiciário, os tribunais têm aceitado sistematicamente a prática de delegações à Administração", como mostram "os arestos encontráveis na RTJ 66/933, 70/147, 74/404, 75/892 e 94/76" (Bolívar Rocha, *O poder normativo de órgãos da administração: O caso da Comissão de Valores Mobiliários*, cit., p. 53).

4 V. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, tomo I, pp. 266-267.

da sociedade moderna e com o advento do Estado Social, atingindo talvez, agora, um grau máximo, no contexto do Estado Regulador.⁵

Essas noções servem, por um lado, para justificar a premissa adotada quanto à viabilidade de produção de norma jurídica pela administração pública. Mas também servem, por outro lado, para aclarar o papel que este texto reserva para a ação do Poder Judiciário no controle da ação regulatória do Estado, em especial quando manifestada no exercício da chamada capacidade normativa de conjuntura.

2. SEPARAÇÃO DE PODERES E O PAPEL CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO

Na Constituição Federal de 1988, apesar da declaração expressa de incorporação do princípio da separação de poderes,⁶ inclusive como cláusula pétrea,⁷ foram consagrados mecanismos de controle recíproco do poder que se revelam totalmente compatíveis com a dimensão orgânica em que a separação de poderes pode ser compreendida numa sociedade complexa. Com nítida inspiração nas instituições norte-americanas, parte importante desses mecanismos identifica-se com a construção de um modelo de Jurisdição una, em que não foi contemplada a idéia de contencioso administrativo, e em que as tarefas atribuídas ao Poder Judiciário resultaram de enorme importância,

379

5 O princípio da separação de poderes, no Estado contemporâneo, faz sentido, sobretudo, ao ser compreendido como orientação para uma estrutura de governo orgânica e funcionalmente justa, para uma organização ótima de funções estatais complexas e sobretudo muito mais ativas que aquelas próprias ao Estado liberal. O princípio faz sentido, hoje, apenas se encarado em uma dimensão orgânico-funcional, se compreendido como regra de moderação, racionalização e limitação do poder. Noções que o compreendam como a constitucionalização de uma taxionomia fechada de funções e atribuições típicas são, hoje, dificilmente ajustáveis às várias e complexas atividades de que precisa desincumbir-se o Estado e a sua burocracia. V., a respeito, Nuno Piçarra, *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional. Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução*, Coimbra, 1989, *passim*, e Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1999, pp. 246-7. Na dimensão em que o princípio passa a fazer sentido, hoje, ganham especial relevo os sistemas de controle recíproco de poder estabelecidos constitucionalmente, como anota José Roberto dos Santos Bedaque, com apoio em Mauro Cappelletti (*Direito e Processo*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 123).

6 Constituição Federal, art. 2º.

7 Constituição Federal, art. 60.

uma vez que lhe foi entregue a solução final de controvérsias de qualquer tipo, inclusive versando atos e interesses do próprio Estado, ou a decisão final quanto à constitucionalidade de textos normativos, em caráter principal ou incidente.⁸

O desenho de um Poder Judiciário incumbido de tarefas tão amplas foi considerado, pelo constituinte, como garantia fundamental de preservação do sistema constitucional. Na dicção do texto de 1988, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV). Mas o que vem a significar, concretamente, essa garantia amplíssima, normalmente identificada com a *garantia constitucional da ação*? E, tão importante quanto isso, o que vem ela a *não significar*?

Em primeiro lugar, a garantia constitucional da ação *não significa*, certamente, uma garantia ilimitada de acesso do Poder Judiciário a todas as questões da vida nacional, nem mesmo uma garantia ilimitada de acesso de todo e qualquer tipo de conflito ao Poder Judiciário, *indiscriminadamente*. Há limitadores legítimos à atuação do Poder Judiciário, muitos consistindo, por sua vez, também em garantias constitucionais acessórias ou instrumentais, destinadas a balizar e a preservar a efetividade da garantia maior e genérica de acesso à Jurisdição.⁹ Alguns exemplos de índole puramente processual são as regras da inércia¹⁰ e do devido processo legal.¹¹

Sob um outro aspecto, contudo, esses limitadores também colaboram para definir aquilo que se *pode* entender pela garantia da ação e da inafastabilidade do controle jurisdicional, na medida em que se traduzem, muitos deles, em regras orientadoras do exercício da Jurisdição.

8 Competência essa exercida, *de fato*, com tamanha desenvoltura pelos juízes brasileiros, que fez com que o governo sentisse a necessidade de inserir no texto constitucional figura tão ímpar como a ação declaratória de *constitucionalidade*, prevista na Emenda Constitucional nº 3/93. Apesar da espécie que causou quando de sua introdução, essa iniciativa pode ser tida como um primeiro sinal do movimento que viria, depois, a desencadear-se com maior intensidade, em busca da atribuição de um maior grau de *certeza* a um direito de produção cada vez mais judicial.

9 V., entre outros, Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 2001, vol. I, pp. 109 e segs., Bedaque, "Garantia da Amplitude de Produção Probatória", in *Garantias Constitucionais do Processo*, e José Rogério Cruz e Tucci (org.), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 151-168.

10 Código de Processo Civil, artigos 2º, 262 e 460.

11 Constituição Federal, artigo 5º, inciso LIV.

380
Limites do P.J.

Em regra, o juiz não age *ex officio*, por mais grave que se mostre a potencial lesão ou ameaça de lesão a direito. A ação do aparelho judiciário também não é livre em sua forma, devendo sempre ser realizada por juízo ou tribunal regular e previamente constituído¹² e competente,¹³ através de processo público¹⁴ e regular,¹⁵ em que não se admitem provas obtidas por meio ilícito¹⁶ e no qual todas as decisões devem ser motivadas.¹⁷ Assim, a garantia de acesso ao Poder Judiciário, longe de corresponder a um princípio abstrato de acesso à justiça, ou a uma regra genérica de primazia do Poder Judiciário entre os órgãos do Estado, corresponde na verdade a uma garantia especificada no texto constitucional por meio de um conjunto bastante rigoroso de regras, que definem a *forma de atuação do órgão jurisdicional* na solução de conflitos.

No que se refere ao próprio *órgão jurisdicional*, ou seja, à sua *organização institucional*, há na Constituição regras igualmente minuciosas, regulando, entre outros, os seguintes aspectos: (1) o ingresso na carreira judiciária por meio de concurso público, com a participação da sociedade civil,¹⁸ (2) a inamovabilidade, vitaliciedade e irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados, sujeitando-se as promoções na carreira a critérios dotados de certo grau de definição,¹⁹ (3) a participação proporcional de advogados e membros do ministério público na composição dos tribunais,²⁰ (4) a proibição do exercício de outras funções pelos magistrados, e de participação a qualquer título no resultado do processo,²¹ (5) a autonomia administrativa e financeira do órgão judiciário.²² Descendo o texto constitucional a tal grau de minúcia, não parece ser possível compreender a garantia genérica de acesso ao Judiciário de forma dissociada do conjunto de todas essas regras instrumentais. A garantia identifica-se com uma promessa, feita pelo texto constitucional,

12 Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXVII.

13 Constituição Federal, artigo 5º, inciso LII.

14 Constituição Federal, artigos 5º, incisos XXXIII e LX, e 93, inciso IX.

15 Constituição Federal, artigo 5º, incisos LIV e LV.

16 Constituição Federal, artigo 5º, inciso LVI.

17 Constituição Federal, artigo 93, inciso IX.

18 Constituição Federal, artigo 93, inciso I.

19 Constituição Federal, artigos 93 e 95.

20 Constituição Federal, artigo 94.

21 Constituição Federal, artigo 95, parágrafo único.

22 Constituição Federal, artigos 96 e 99.

de que, sob circunstâncias legítimas, qualquer um poderá levar à apreciação jurisdicional pretensão que envolva direito ou interesse jurídico legalmente protegidos, ainda que invocando para tanto a inconstitucionalidade de lei ou a invalidade de ato administrativo. A questão será, então, apreciada por órgão imparcial e desinteressado no litígio, cujo poder não deriva de arranjos políticos nem se sustenta por critérios políticos, já que dotado de garantias instrumentais aptas a assegurar essas características. Essa apreciação se dará, também, segundo regras procedimentais preestabelecidas e supostamente justas, que sejam capazes de garantir o tratamento isonômico das partes e a participação, no processo, de todos os interessados na decisão final, que será sempre motivada. Essa é a *promessa concreta* feita pelo texto constitucional e, nesse conjunto de regras *concretas*, tendentes a regular tanto o *modo* de se exercer a Jurisdição quanto o *órgão* que a exerce, é que reside, mais do que em qualquer característica *funcional*, o próprio conceito último de Jurisdição, tal como talhado para o direito brasileiro.²³ Do ponto de vista do controle de atos estatais, essa é a pedra de toque a justificar o sistema adotado no Brasil. A garantia representada pela Jurisdição traduz-se em uma promessa de *proteção da sociedade contra abusos do poder estatal* e, indiretamente, numa garantia de participação efetiva do cidadão na vida administrativa do país, especialmente quando falharem, como amiúde falham, outros mecanismos de participação democrática na vida política nacional.²⁴

Definir os contornos e limites dessa garantia deve resolver-se mais em uma análise das características próprias ao órgão e ao processo envolvidos no desempenho da função jurisdicional que num processo mental de atribuição ideal de tarefas a órgãos funcionalmente especializados segundo um tal ou qual critério teórico pré-dado.²⁵ Essa é uma das idéias principais que perpassam a proposta normativa apresentada neste estudo, que será melhor desenvolvida adiante.

23 Essa afirmação é, contudo, diametralmente oposta ao que Chiovenda entende a respeito [*Instituições de Direito Processual Civil* (trad. Paolo Capitanio), Campinas, Bookseller, 1998, n° 140].

24 Ver, adiante, a esse respeito, os comentários feitos à guisa de controle do devido processo legal (normativo, inclusive) nos órgãos administrativos.

25 Em termos semelhantes, v. Candido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, pp. 114 a 119. O autor afirma, nessa passagem, ser inútil procurar distinções ontológicas entre Jurisdição, administração e legislação, já que cada uma dessas categorias encerra o exercício de um poder estatal que é uno e não poderia ser fracionado em expressões ontologicamente distintas.

3. CONTROLE DE ATOS ADMINISTRATIVOS: RÁPIDA EVOLUÇÃO

A idéia de controle de atos administrativos nasce a partir do declínio do absolutismo no século XVIII, inicialmente a partir da separação construída entre o *Fisco* e a pessoa do soberano.²⁶ Caindo o absolutismo e emergindo o chamado Estado Liberal, instaura-se, gradativamente, a idéia de controle de atos administrativos, suportada, por sua vez, nas idéias liberais de *legalidade* (inicialmente entendida como *reserva de lei* e como *vinculação negativa da administração*) e Estado de Direito. Operada por órgão independente (como fez a Constituição Americana de 1789, a Belga de 1831 ou a legislação italiana em 1865) ou vinculada à própria Administração (como na França em 1790, em dispositivo reproduzido na Constituição de 1791), a possibilidade de contestação dos atos da Administração nasceu ligada, indissociavelmente, ao liberalismo. Nessa medida, foi-se condicionando, inicialmente, pelas necessidades e contingências do ambiente político, econômico e jurídico respectivo.

A idéia de subsunção do Estado ao direito modelou-se pela concepção de uma atuação *negativa* da lei sobre o ente político, que marcou, por exemplo, a Declaração de Direitos de 1776, na qual se concebia a necessidade de *abstenção* do Estado nos ambientes social e econômico e, bem assim, na esfera individual de direitos e liberdades de cada cidadão, sem que fossem atribuídas ao Estado maiores restrições ou condicionantes.²⁷ A atuação estatal, ainda que materialmente diminuída pelo desejo de um Estado mínimo, era, nesse contexto, relativamente livre. A vinculação do Estado à lei (legalida-

383

Para o autor, interessa, ao revés, encarar a Jurisdição sob perspectiva funcional, percebendo-se que sua expressão maior é a aptidão para atuar em casos concretos, com vistas ao atingimento de certos escopos predeterminados. Interessa notar também que, especialmente quando exercida por órgão judiciário, trata-se de função cercada por garantias importantes, destinadas a assegurar a imparcialidade e a impermeabilidade institucional necessárias a seu desempenho.

26 V. Seabra Fagundes, *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1984, pp. 119 e segs. V. tb. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 88*, São Paulo, Atlas, 1991, p. 12, e Agustín A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Macchi, 1977, tomo I, pp. II-2.

27 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 88*, p. 14. Tb. Agustín A. Gordillo, ob. cit., pp. II-7.

de) compreendia-se como *liberdade do Estado para agir irrestritamente, desde que não ferisse, com sua ação, direitos individuais*. No período, por sinal, a própria noção de *direitos fundamentais* era eminentemente negativa, pois observava o Homem como uma categoria abstrata e igual em possibilidades, determinando ao Estado que não interferisse com sua capacidade de *possuir, ser igual aos demais, ser livre na expressão da palavra, no culto, no direito de reunir-se* e assim por diante.²⁸ A idéia de *discricionariedade* relacionava-se, então, a todo o espectro de operações da administração que *não estavam sujeitas à vinculação legal*, não cabendo, sobre tais operações, qualquer controle judicial.²⁹

Essas idéias são radicalmente modificadas com o advento do Estado Social e com a absorção do pensamento positivista no direito. A partir do século XIX, o positivismo insere-se no direito, buscando em seus elementos o material necessário à construção de uma ciência jurídica cujo objeto fosse demonstrável pela manipulação e pela experimentação e, portanto, passível de previsão absoluta. O positivismo encontra esse material na lei codificada, surgida do movimento de codificação havido no século anterior.³⁰ A lei codificada mostra-se apta a constituir um sistema normativo objetivo, escalonado e fechado à interferência de fatores externos, especialmente fatores éticos, sociais, políticos, morais e econômicos, cuja interferência no direito pudesse ameaçar, a um só tempo, a sua certeza, a sua *previsibilidade* e também o seu caráter científico.³¹ O direito passa a ser concebido como um sistema normativo fundado na lei, no qual toda a regra jurídica deriva de norma *legal*, e cada norma legal encontra seu elemento de validade em uma outra norma *legal* de grau superior, até chegar-se à Constituição. Considerando dessa forma o direito, não seria possível conceber uma atuação do ente

28 "Tal como o conceito de Constituição, o conceito de direitos fundamentais surge indissociável da idéia e Direito liberal. Daí que se carregue das duas características identificadoras da ordem liberal: a postura individualista abstrata, de (no dizer de Radbruch) um 'indivíduo sem individualidade'; e no primado da liberdade, da segurança, da propriedade, complementadas pela resistência à opressão" (Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 1983, tomo IV, p. 23).

29 V. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ob. cit. (nota 26), p. 19.

30 V. José Reinaldo de Lima Lopes, *O direito na história: lições introdutórias*, São Paulo, Max Limonad, 2000, pp. 205 a 228, especialmente.

31 Sobre a pretensão à cientificidade do direito nesse seu aspecto prático, de *discurso normativo* [ou seja, prudência, saber prático, razão intuitiva, v. sobretudo Eros Roberto Grau, ob. cit. (nota 1), pp. 14-34].

público que não fosse condicionada pelo sistema normativo positivado, e a ingerência do direito na vida do Estado passa a ter cunho *positivo*, indicando que ao Estado é facultado *apenas e tão-somente aquilo que lhe for taxativamente permitido pela lei em sentido formal*. A discricionariedade há de ser, nesse contexto, explicada dentro do sistema jurídico, não se podendo conceber a discricionariedade como uma categoria fora do direito. Passa a tratar, então, de um poder expressamente conferido à administração pela lei, para portar-se com liberdade sob determinadas circunstâncias. Essa idéia, ainda que gestada no seio de uma influência já sentida no século XIX, transmite-se e consolida-se apenas no século seguinte, causando uma série de perplexidades práticas com as quais, até hoje, somos forçados a conviver.

A noção de vinculação positiva adentra definitivamente o direito administrativo, paradoxalmente, num momento em que os postulados da atuação mínima do Estado estão sofrendo séria afronta, representada pelo nascimento do Estado Social.³² Na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, as atividades que são atribuídas politicamente à administração crescem enormemente em volume. A atuação do Estado deixa de ser meramente negativa e passa a ser positiva. Em outras palavras, do Estado não se espera mais, apenas, que deixe de interferir em direitos individuais como a propriedade e a liberdade. Espera-se, antes, que adote ações *positivas*, visando a garantir a efetividade de uma outra sorte de direitos, como a dignidade do trabalho, a segurança, o direito à saúde, à educação e à existência digna.³³ Para garantir a *implementação* desses direitos, o Estado precisa *intrrometer-se* cada vez mais na sociedade, regulando atividades, aumentando seu aparato burocrático, criando mecanismos de prestação de serviços etc. O Executivo chama para si o desempenho de uma quantidade enorme de funções, e a lei em sentido formal (norma posta pelo Parlamento) torna-se cada vez menos capaz de regular pormenorizadamente todas as situações que derivam dessa atuação.

Como é fácil constatar, a ação do Parlamento no Estado Social faz-se no sentido de produzir normas cada vez mais abertas, de sentido e prescrição

32 V. a respeito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ob. cit. (nota 27), p. 383.

33 Ver Jorge Miranda, ob. cit. (nota 28), p. 384.

cada vez menos claros, determinados, estritos.³⁴ Assim, mesmo quando o Parlamento determina ao Poder Executivo que atue de uma tal ou qual forma, o faz de maneira programática, definindo apenas campos de ação e objetivos genéricos a serem atingidos. Deixa em seus conceitos uma margem de indefinição bastante considerável em relação ao modo pelo qual o Executivo deve agir, ao objeto de sua ação e mesmo aos objetivos específicos ou mediatos a serem atingidos.

Em diversos campos que demandam regulação normativa *específica e adaptável* a mudanças rápidas, como a regulação do mercado financeiro, do mercado mobiliário, da prestação de serviços essenciais etc., o Parlamento, não sendo capaz de atender às expectativas normativas correspondentes, vê-se obrigado a transferir função normativa para o próprio Executivo, o que faz também mediante a prescrição de parâmetros genéricos, elegendo apenas objetivos gerais a serem atingidos com o exercício dessa função normativa.³⁵ Essa técnica é tão essencial ao direito do Estado Social e Regulador como era, para o Estado Liberal, a técnica da certeza e determinação da lei.

386

4. A COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Tradicionalmente, a pedra de toque para a determinação dos limites de revisibilidade dos atos administrativos pela Jurisdição tem consistido na

34 Pense-se, *v.g.*, no crescente uso das chamadas "cláusulas abertas", mesmo em terrenos como o do direito obrigacional clássico (boa-fé objetiva, lesão etc.). A ilustração fica ainda mais contundente se tomadas certas áreas como o direito do consumidor e o direito ambiental, por exemplo.

35 Sobre esse processo, e sobre a técnica que lhe é própria (i.é., sobre a técnica das leis-quadro ou leis-moldura (*legge cornice*), ver Fábio Nusdeo, "Da política econômica ao direito econômico", Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para livre-docência, São Paulo, 1977, p. 143, e Tercio Sampaio Ferraz Júnior, "Fundamentos e limites constitucionais da intervenção do Estado no domínio econômico", in *Revista de Direito Público*, vol. 47/48, p. 268, 1978. A idéia é coincidente com a dos *standards* largamente referidos pela doutrina americana no que diz respeito à *delegation*, e será retomada adiante. Semelhantemente, abordando a noção de lei em branco, ver Fábio Konder Comparato, "Jurisprudência - Nulidade de cláusula contratual - Comentário do Prof. Fábio Konder Comparato", in *Revista de Direito Mercantil*, nº 3, 1971. Calixto Salomão Filho refere-se a essas normas como *normas-objetivo* (*Regulação da Atividade Econômica*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 149).

distinção teórica entre as categorias do ato vinculado e do ato discricionário.³⁶ Tomando-se o conceito de *discricionariedade* como a capacidade do órgão administrativo de agir com "certa esfera de liberdade", preenchendo "com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei",³⁷ seria preciso concluir que a lei produzida no Estado Social, em vez de gerar condutas a ela *vinculadas*, acaba abrindo espaço, cada vez mais, para condutas *discricionárias* do Poder Público, em virtude de sua natureza programática, genérica e da relativa indeterminação de seus conceitos e prescrições.

Essa constatação é paradoxal em certo sentido. Concebida para conter a atividade do Poder Executivo em limites estreitos, a *lei*, no Estado Social de Direito, passaria cada vez mais a conceder ao Executivo margens de atuação *discricionária* (entendendo-se o conceito como acima referido), fazendo com que a atividade desse Poder fosse cada vez menos sujeita, efetivamente, a parâmetros claros e a limites *estreitos*. Colocando-se em termos um pouco distintos esse paradoxo, a *lei* invade cada vez mais a esfera de ação do Executivo, mas o faz para *vincular* a ação desse poder a normas cada vez mais genéricas, dotadas de campos cada vez mais amplos de indeterminação normativa.

387

Essas constatações poderiam conduzir o observador do sistema jurídico a concluir que o Estado Social evoluiu no sentido de retirar do Poder Judiciário a possibilidade de controle sobre a *escolha* feita pelo administrador quanto ao preenchimento da indeterminação normativa. Isso, todavia, não parece corresponder àquilo que se observa na jurisprudência de cortes judiciais e administrativas, que se arrogam, na prática, cada vez maior capacidade de questionar essas escolhas da administração, inclusive quando feitas no exercício de competência normativo-regulatória, como aquela própria às agências recém-introduzidas, ao menos com esse nome, no direito brasileiro.³⁸

36 V., por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco, "Discricionariedade, devido processo legal e controle judicial dos atos administrativos", in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, *passim*.

37 Cf. Celso Antonio Bandeira de Mello, ob. cit. (nota 1), p. 881.

38 Função reguladora já vinham exercendo, mesmo antes da criação das *agências* instituídas na década de 90, inúmeros outros órgãos, entre os quais Banco Central, o Conselho Monetário Nacional, a Comissão de Valores Mobiliários, o Conselho Administrativo de Direito Econômico, além de várias outras entidades, inclusive

Essas agências são organismos que, conforme anotação de Gentot, prestam-se a fornecer “à autoridade pública respostas mais adequadas e menos rígidas às demandas de uma sociedade mais e mais complexa”, empreendendo a passagem do modelo de Estado unitário a um modelo “policêntrico, caracterizado pela coexistência de muitos centros de decisão e de responsabilidade.”³⁹ Para desincumbirem-se dessas tarefas, as agências lançam mão, exatamente, de uma capacidade normativa derivada de seus respectivos textos legais de regência, cuja constitucionalidade dependeria apenas de o legislador haver estabelecido *standards* suficientes, capazes de balizar a ação normativa infralegal. O controle de conformidade da ação normativa específica com esses *standards* parece ser, então, a chave fundamental para compreender e delimitar o poder de revisão, pelo Judiciário, da atividade normativa das agências.⁴⁰

Tal poder de revisão é absolutamente inerente ao modelo de regulação importado das experiências estrangeiras, especialmente americana, mas se dá, sobretudo no modelo americano, segundo critérios materiais que não são exatamente os que são utilizados para determinar a revisibilidade de atos do Poder Público no Brasil.

desde época mais remota, como o antigo Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933) e assim por diante. Ver, a esse respeito, Maria Silvia Zanela Di Pietro, *Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo, Atlas, 2001, pp. 402 a 404, e Floriano Azevedo Marques Neto, “A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes”, in *Direito Administrativo Econômico*, Carlos Ari Sundfeld (org.), São Paulo, Malheiros, 2000, p. 81.

39 Michel Gentot, *Les autorités administratives indépendantes*, 2ª ed., Paris, Montchrestien, 1994, p. 149.

40 Sobre a necessidade de utilizar-se a técnica do *standard* na delegação, sob pena de inconstitucionalidade, v. Carlos Ari Sundfeld, *Introdução às agências reguladoras*, p. 27. No mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão, *Agências Reguladoras*, Rio de Janeiro, Forense, 2002, pp. 406 a 418. Sobre o uso do *standard* (norma-objetivo) para balizar o controle judicial, v. Calixto Salomão Filho, ob. cit. (nota 35), pp. 148-9.

5. A NOÇÃO DE LEGALIDADE E A DISCRICIONARIEDADE COMO UM "FALSO DILEMA"⁴¹

Como registrado, a noção de *legalidade* remonta à conformação do Estado Liberal e, em larga medida, é ainda hoje associada a noções próprias ao pensamento político liberal. É associada, além disso, ao pensamento positivista do século XIX, resultando, dessa amálgama, uma concepção de direito bastante peculiar. Segundo essa concepção, todo o direito estaria contido na lei em sentido formal, identificando-se verdadeiramente lei em sentido formal e direito. À noção de *lei* corresponderia tão-somente o ato legislativo oriundo do Parlamento. Nessa forma de enxergar a *legalidade*, descortina-se uma concepção especialmente rígida da separação de poderes, não se concebendo fonte normativa que não derive do Parlamento.⁴² Como fundamento de legitimação para esse sistema, parte-se da premissa de que o Parlamento traduz com a maior fidelidade possível o desejo do povo, representando-o. O direito identificado à norma parlamentar legitima-se pela representatividade do Parlamento.

389

Já se disse acima que esses postulados ficaram bastante comprometidos ao longo do desenvolvimento do Estado Social. À supremacia da regra majoritária, própria ao *rationale* liberal da lei parlamentar, opôs-se a ação particular e contínua de um estado *welfarista*, ação essa positiva e prospectiva, com um programa de igualdade e bem-estar *a ser implementado*. De outro lado, a primazia dos princípios no direito, sobretudo no direito constitucional, comprometeu bastante a crença na lei formal como elemento bastante a conferir certeza e estabilidade ao ordenamento jurídico.

Do quanto desenvolvido até este ponto, torna-se possível perceber que o problema do controle de atos administrativos no Estado atual não se pode mais resolver, simplesmente, na classificação do ato a rever como "discricionário" ou "vinculado", especialmente em matérias nas quais se aplicam, com maior intensidade, as considerações, feitas acima, a respeito da prevalência de princípios sobre regras, da crescente indeterminação aparente do direito,

41 A expressão é de Tomas Fernandes (*De la arbitrariedad de la administración*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1997, p. 90).

42 V. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Sobre os Regulamentos Administrativos e o princípio da legalidade*, Coimbra, Almedina, 1987, pp. 32-3.

6. A JURISPRUDÊNCIA AMERICANA

Durante razoável período de tempo, um dos precedentes mais importantes no direito americano em tema de controle judicial de atos administrativos consistiu em uma decisão da Suprema Corte proferida em 4 de dezembro de 1944. Esse caso é conhecido como "*Skidmore v. Swift & Co.*"⁵² Tratou-se de uma ação movida por sete empregados da empresa *Swift & Co.*, na qual eram cobrados valores de horas extras, indenizações diversas e honorários de advogado, em um total de aproximadamente setenta e sete mil dólares. A razão da cobrança consistia no tempo gasto pelos empregados à disposição da empresa, durante o qual eles não trabalhavam efetivamente (não desempenhavam nenhuma tarefa específica), mas deveriam permanecer alertas aguardando eventos como alarmes de incêndio ou outros assemelhados. Na prática, os empregados usavam boa parte desse tempo para dormir e comer. Por essa razão, a ação foi julgada integralmente improcedente em primeiro grau, resultado esse mantido pela Corte de Apelações.

Um certo órgão administrativo (*o office of Administrator*) atuou no processo como *amicus curiae*, opinando pela improcedência da ação apenas no que se refere ao tempo gasto pelos empregados com alimentação e sono, pois, à disposição da empresa ou não, eles teriam que despender tempo com

393

in *Boletim de Direito Administrativo*, vol. 13, nº 3, pp. 156-66; Marc Andre Eissen, "Le principe de proportionnalite dans la jurisprudence de la cour europeenne des droits del'homme", in *Boletim do Ministério da Justiça* (Lisboa), nºs 55/56, pp. 277-309; Marçal Justen Filho, "Conceito de interesse público e a 'personalização' do direito administrativo", in *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 26, pp. 115-36; Marcelo Figueiredo, *O controle da moralidade na constituição*, São Paulo, Malheiros, 1999; Paulo Bonavides, "O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, vol. 34, nº 34, pp. 275-91; Regis Fernandes de Oliveira, "Moralidade e impessoalidade administrativa", in *Revista dos Tribunais*, vol. 88, nº 766, pp. 107-18; Toshio Mukai, "Da aplicabilidade do princípio da moralidade administrativa e do seu controle jurisdicional", in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, vol. 1, nº 4, pp. 211-15; Willis Santiago Guerra Filho, "Princípio da proporcionalidade e teoria do direito", in *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, vol. 3, nº 4, pp. 196-209, "Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade", in *Revista dos Tribunais*, vol. 84, nº 719, pp. 57-63; Xavier Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, Economica, 1990 etc.

52 323 U.S. 134 (1944).

essas atividades de toda forma, e não o poderiam aproveitar de forma muito diversa caso não estivessem, como estavam, à disposição da empregadora. Contudo, pelo restante do tempo em que estiveram à disposição da empresa, o órgão administrativo entendia que eles deveriam, sim, ser remunerados. Ao apreciar o caso e analisar essa manifestação do órgão administrativo, a Suprema Corte Americana reverteu o julgamento da Corte de Apelações, manifestando-se incidentemente da seguinte forma:

"There is no statutory provision as to what, if any, deference courts should pay to the Administrator's conclusions. And, while we have given them notice, we have had no occasion to try to prescribe their influence. The rulings of this Administrator are not reached as a result of hearing adversary proceedings in which he finds facts from evidence and reaches conclusions of law from findings of fact. They are not, of course, conclusive, even in the cases with which they directly deal, much less in those to which they apply only by analogy. They do not constitute an interpretation of the Act or a standard for judging factual situations which binds a district court's processes, as an authoritative pronouncement of a higher court might do. But the Administrator's policies are made in pursuance of official duty, based upon more specialized experience and broader investigations and information than is likely to come to a judge in a particular case. They do determine the policy which will guide applications for enforcement [323 U.S. 134, 140] by injunction on behalf of the Government. Good administration of the Act and good judicial administration alike require that the standards of public enforcement and those for determining private rights shall be at variance only where justified by very good reasons. The fact that the Administrator's policies and standards are not reached by trial in adversary form does not mean that they are not entitled to respect. This Court has long given considerable and in some cases decisive weight to Treasury Decisions and to interpretative regulations of the Treasury and of other bodies that were not of adversary origin.

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

O texto acima reproduzido traduz, inequivocamente, *respeito* pela interpretação da lei formulada pela administração. Boa parte desse respeito tem origem na especialização do órgão administrativo. No entanto, está claramente dito pela Suprema Corte que essa interpretação não é vinculante para a corte. Seu peso depende, caso a caso, de inúmeras circunstâncias, como sua razoabilidade, sua consistência com toda a ação administrativa anterior, sua abrangência em relação à análise de todos os aspectos envolvidos na regulação. O princípio, evidentemente, é de extrema relevância para a discussão empreendida neste estudo, pois boa parte da ação normativa dos órgãos administrativos é feita, justamente, por meio da interpretação de regras legais genéricas, ou, dito de outra forma, encontra-se vinculada por princípios jurídicos vagos e genéricos.

O princípio veiculado em "*Skidmore v. Swift & Co.*" coaduna-se com uma outra decisão proferida antes, no mesmo ano de 1944 (mais precisamente em 24 de abril), pela Suprema Corte, no caso "*National Labor Relations Board v. Hearst Publications*".⁵³ Aqui, encontra-se também o princípio geral de que às cortes judiciais cabe, em caráter final, determinar o sentido de regras legais abertas. Contudo, firma-se nessa decisão o princípio do *substantial evidence test*: nas questões de fato, a corte deve, em princípio, aceitar sem restrições as conclusões tiradas pelo ente administrativo, desde que estejam razoavelmente suportadas em um processo administrativo regularmente formado.

395

Ao escrever aproximadamente dez anos depois dessas decisões, Schwartz afirmava que os tribunais federais dos Estados Unidos vinham se recusando a alargar exageradamente o âmbito de seu sistema de controle de atos administrativos, abrangendo com isso um círculo de questões relativamente restrito, substancialmente com a finalidade de não adentrar à "sabedoria da ação administrativa."⁵⁴ Anotava, ainda, que a revisão geralmente vinha sendo adstrita a matérias de direito, permitindo-se um reexame apenas limitado dos fatos, especialmente quando a apreciação destes fosse atribuída pelo legislativo como tarefa cabível prioritariamente ao administrador.

53 322 U.S. 111 (1944)

54 Schwartz, *Direito Constitucional Americano* (trad. Carlos Nayfeld), Rio de Janeiro, Forense, 1966, pp. 369-70.

Em larga medida, olhando para a evolução da jurisprudência americana nos últimos sessenta anos, é possível perceber que as perplexidades com que se defrontaram aqueles tribunais não diferiram muito daquelas que se apresentam aos tribunais brasileiros nessa matéria, pois, ainda que mude substancialmente a aproximação conceitual em ambos os países acerca das teorias relativas à possibilidade de revisão de atos administrativos, remanesce a questão prática comum de descobrir em que momentos e em que medida esses atos comportarão ou não reapreciação no âmbito jurisdicional.⁵⁵

396 Uma mesma análise dessa jurisprudência mostra, além disso, profundo casuísmo no trato da matéria, inclusive porque as regras de revisibilidade que vieram sendo criadas pela jurisprudência americana fundaram-se geralmente, elas mesmas, em princípios abertos, cuja aplicação a certos casos concretos poderia, em tese, conduzir a resultados muito diferentes, ou mesmo suportar qualquer decisão desejada pela corte, num mesmo caso concreto. A literatura mais antiga refere ter sido comum que as cortes transformassem, mediante jogos de raciocínio, questões de fato em questões de direito, de modo a ampliarem seu poder de revisão para substituírem sua própria visão dos fatos àquela consagrada no órgão administrativo, driblando assim o princípio da *substantial evidence*.⁵⁶

O controle judicial de atos administrativos, nos Estados Unidos ou em qualquer outro lugar, é um dos campos mais propícios ao desenvolvimento de exemplos dados a sustentar a posição dos chamados *legal realists*.⁵⁷ Para exemplificar isso, basta mencionar os resultados de um estudo feito

55 "A statute may run afoul of constitutional limitations by providing too much review as well as by providing too little review. The maximum limit on review is imposed for the purpose of preventing courts from engaging in nonjudicial activities. If the function performed by an agency is 'administrative' or 'legislative', and if a federal court is required to do all over again what the agency has done, the system of review violates Article III of the Constitution. (...) The basic proposition that a constitutional court should not be required to perform nonjudicial functions is probably beyond challenge. The perplexing problem is the determination of what is judicial and what is nonjudicial" (K. Culp Davis, *Administrative Law Text*, St. Paul: West Publishing Co., 1959, p. 535-6).

56 K. Culp Davis, *ob. cit.*, pp. 537-8.

57 Para uma primeira referência ao realismo jurídico, ver Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, London, Stevens & Sons, 1949.

por Reginald S. Sheehan,⁵⁸ e citado por Strauss, Rakoff, Schotland e Farina.⁵⁹ Nesse estudo, Sheehan analisa mais de 800 decisões da Suprema Corte entre os anos de 1953 e 1988, relativas a casos envolvendo a FCC,⁶⁰ NRC,⁶¹ SEC,⁶² EPA,⁶³ EEOC,⁶⁴ FDA,⁶⁵ NLRB⁶⁶ e OSHA.⁶⁷ As três primeiras agências são classificadas como de “regulação econômica” e as demais como de “regulação social”. Além disso, as decisões da Suprema Corte são divididas entre o período da chamada *Warren Court* (de viés francamente liberal) e aquele da chamada *Burger Court* (de viés mais conservador).⁶⁸

Um primeiro achado de Sheehan, importante quando se considera o longo período abrangido pelo estudo, é o de que ambas as cortes, quer a de Burger, quer a de Warren, tiveram taxas *globais* praticamente iguais de manutenção das decisões administrativas questionadas, quer se tratasse de uma agência “econômica”, quer se tratasse de uma agência “social”. Essa taxa

58 “Administrative agencies and the court: a reexamination of the impact of agency type on decisional outcomes”, 43 W.Pol.Q. 875 (1990).

59 *Gellhorn and Byse's Administrative Law (Cases and Comments)*, 9ª ed., Westbury, Foudation Press, 1995, p. 514.

60 Federal Communications Commission

61 Nuclear Regulatory Commission

62 Securities and Exchange Commission

63 Environmental Protection Agency

64 Equal Employment Opportunity Commission

65 Food and Drug Administration

66 National Labor Relations Board

67 Occupational Safety and Health Administration

68 Earl Warren foi Presidente da Suprema Corte Americana entre os anos de 1953 e 1969. Warren Burger sucedeu-o no cargo, em que permaneceu até 1986. Em 1986, a presidência foi assumida por William Rehnquist, que a exerce até hoje. O período em que Warren esteve na presidência é considerado como um período de especial *ativismo* da corte, especialmente no que se refere ao uso do poder de *judicial review* para efetivação de direitos humanos e sociais. É dessa época o famoso julgamento de “*Brown v. Board of Education*”, que deu o passo inicial à extinção do sistema de segregação racial nas escolas americanas, inaugurando a chamada *structural reform litigation*. A indicação de Burger para a presidência da corte, por Nixon, dá-se, em parte, para tentar reverter esse intenso *ativismo*. Algumas decisões importantes relativas à afirmação de direitos sociais ocorrem nessa época, mas, de forma geral, a presidência de Burger marca um período mais conservador na Suprema Corte. Uma referência geral sobre a história desse tribunal pode ser obtida em Rehnquist, *The Supreme Court*, New York: Vintage Books, 1987. Especificamente sobre o período de Warren, v. a coletânea organizada por Mark Tushnet, *The Warren Court in historical and political perspective*, Charlottesville: University of Virginia Press, 1993.

oscilou entre 72% (manutenção de decisões proferidas por agências de regulação econômica pela *Burger Court*) e 76% (manutenção de decisões proferidas por agências de regulação social pela *Warren Court*). No entanto, quando Sheehan classificou as decisões administrativas originais em "conservadoras" e "liberais", o resultado final foi bastante diverso, especialmente no que diz respeito às ditas agências de regulação social:

Taxa de manutenção das decisões administrativas originais	Warren Court	Burger Court
Decisões de caráter conservador	63%	82%
Decisões de caráter liberal	86%	69%

398

Os resultados de Sheehan falam por si, e deixam claro que, muitas vezes, a orientação política de um tribunal pode ter papel mais relevante para o resultado da revisão judicial de um ato administrativo que qualquer teoria adrede concebida.⁶⁹ De volta ao direito americano, e agora olhando para um período mais recente, a jurisprudência continua a parecer confirmar essa afirmação.

Em 1984, foi proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos aquela que é considerada, hoje, como a mais importante decisão americana em matéria de revisão judicial de atos administrativos. Trata-se do caso "*Chevron, Inc. v. National Resources Defense Council*",⁷⁰ aplicável especialmente à atividade normativa das agências de regulação exercida por meio da interpretação de conceitos legais genéricos (isto é, vinculada por esses conceitos).⁷¹

69 O que não é necessariamente ruim, pois a aplicação do direito não pode prescindir de considerações valorativas de caráter, inclusive, político. O ruim é que essas considerações não sejam incorporadas formalmente ao discurso jurídico, ficando mascaradas por trás de jogos sutis de raciocínio feitos à guisa de interpretação de conceitos legais formais e abstratos, como os de *discrecionabilidade* e *vinculação*, ou mesmo como aqueles que sustentam a regra da *substantial evidence*, no direito americano.

70 467 U.S. 837 (1984).

71 Tal como ocorre, por exemplo, nas hipóteses contempladas nos artigos 19, incisos IV, X, XII, XIV, 79, 89, 103, 114, 150, 151, 131, § 2º, 134, e 170 da nossa Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997). No caso *Chevron*, o problema consistia em saber se uma dada norma da EPA (Environmental Protection Agency)

Nessa decisão, ficou estabelecido o chamado princípio da deferência. Segundo a doutrina chancelada pela Suprema Corte, a análise da atividade normativa proferida pelos órgãos administrativos, quando vinculada por parâmetros legais genéricos, comportaria um duplo teste: primeiro, implicaria verificar se o texto legal é, realmente, vago; depois, em caso positivo, implicaria verificar se a interpretação do texto legal, consagrada na ação administrativa, é *razoável*. Se o texto for vago e a sua aplicação for razoável na norma administrativa, ela não pode ser substituída por outra tida pela corte como mais consentânea ao espírito da lei, justificando-se, assim, a deferência à conclusão administrativa.

Não por acaso, essa decisão foi considerada a antítese do princípio, originalmente formulado pela própria Suprema Corte Americana, segundo o qual *"it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is"*.⁷² Em modo semelhante, já se acentuou, na literatura americana, a aparente contradição entre o princípio formulado no caso *Chevron* e o próprio texto do Administrative Procedure Act, especialmente de seu parágrafo 706.⁷³ O choque com os postulados do positivismo jurídico também é bastante claro.

399

mostrava-se compatível com o conceito de *stationary source* contido no *Clean Air Act Amendments* de 1977. A discussão envolvia a regulação de níveis máximos de poluentes, mas os fatos a ela pertinentes não são relevantes para os propósitos deste texto. Aqui, importa apenas perceber o princípio jurídico que ficou consagrado na decisão (o princípio da deferência) e os dois testes a ele inerentes.

72 Cf. *Marbury v. Madison* – 5 U.S. 137 (1803). Sustentando o mesmo argumento, ver Cass Sunstein, *Law and Administration after Chevron*, 90 Colum. L. Rev. 2071.

73 Cf. Mashaw, Merrill and Shane, *Administrative Law, the American public law system*, 4ª ed., St. Paul: West Group, 1998, p. 763. O texto do APA é o seguinte: "To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall – (1) compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed; and (2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be – (A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law; (B) contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity; (C) in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right; (D) without observance of procedure required by law; (E) unsupported by substantial evidence in a case subject to sections 556 and 557 of this title or otherwise reviewed on the record of an agency hearing provided by statute; or (F) unwarranted by the facts to the extent that the facts are subject to trial de novo by the reviewing court. In making the foregoing determinations, the court shall review the whole record or those parts of it cited by a party, and due account shall be taken of the rule of prejudicial error" (5 USC Sec. 706).

De qualquer forma, o duplo teste estabelecido pelo caso *Chevron* comporta, ele mesmo, bastante abertura para graus bem variados de *ativismo judicial*. Em primeiro lugar, a deferência devida à ação administrativa, estabelecida por esse precedente, depende de ser, o *standard* legal, efetivamente *vago e ambíguo*. E nada há de mais vago e ambíguo que os próprios conceitos de (i) "*vago*" e (ii) "*ambíguo*". Para engajar-se na revisão judicial de uma dada norma administrativa, é perfeitamente possível que uma dada corte entenda ser *claríssimo* um texto legal que na verdade é, sim, vago e ambíguo. Além disso, o segundo teste proposto pelo caso *Chevron*, para o caso de entender-se efetivamente pela natureza ambígua do *standard*, é um teste de *razoabilidade*, em que também há, naturalmente, amplo espaço para atitudes mais ou menos agressivas da corte no que diz respeito à decisão administrativa original.

Até mesmo por isso, tem sido comum na literatura americana a menção a esse caso muito mais como um paradigma de orientação que, propriamente, como um precedente que venha sendo seguido fielmente pelas cortes inferiores.⁷⁴ Decisões mais recentes da Suprema Corte parecem indicar, até mesmo, uma certa mitigação do princípio da deferência estabelecido no caso *Chevron*, apontando para uma análise *multifatorial* mais própria à jurisprudência da corte anterior a esse caso.⁷⁵ Retornaremos a esse ponto mais adiante.

7. CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Em qualquer das abordagens apresentadas anteriormente, o trato dos assim chamados *conceitos jurídicos indeterminados* revela-se fundamental à definição dos níveis de controle que se podem estabelecer sobre a administração. Não obstante, entra-se aqui em terreno movediço, sendo a própria expressão *conceitos jurídicos indeterminados* objeto de inúmeras críticas.⁷⁶ Seria melhor referir-se a eles como *conceitos abertos*, mas a larga utilização da ex-

74 Ver a esse respeito Elizabeth Garrett, *Legislating Chevron*, 101 Mich. L. Rev. 2637. Ver, também, a literatura referida pela mesma autora na nota nº 34 de seu trabalho (p. 2.645).

75 Cf. Elizabeth Garret, ob. cit., p. 2.648. Garret está se referindo, especialmente, ao caso "*United States v. Mead Corp.*", decidido em junho de 2001 (533 U.S. 218).

76 V. Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, pp. 146 e 147, inclusive no que concerne à posição de Celso Antônio Bandeira de Melo.

pressão como colocada inicialmente parece não autorizar o preciosismo, que também não seria, evidentemente, isento de crítica.

De todo modo, o problema dos conceitos jurídicos indeterminados surge a partir do momento em que a ampliação dos horizontes do direito se mostra tão extraordinária que a lei perde a capacidade de regular precisamente todas as situações concretas subsumíveis à ordenação jurídica, deixando de atribuir prescrições definidas para cada uma dessas situações. É obrigada, então, a expressar-se em termos cada vez mais genéricos, mais fluidos, mais imprecisos, definindo normas e objetivos gerais cuja interpretação é que revelará, em cada situação concreta, e à vista de seus elementos concretos correspondentes, a prescrição jurídica aplicável.⁷⁷

Como referido acima, a utilização dessa forma fluida, imprecisa e genérica de legislar é sobretudo uma marca da legislação atinente à regulação econômica e às agências de regulação, o que pode ser demonstrado com alguns poucos exemplos.⁷⁸

No âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações, é fácil constatar que sua atuação é fartamente regulada pela lei, que se expressa frequentemente, contudo, de forma fluida. Nesse contexto é que a Lei nº 9.472/97 determina ao órgão que organize a exploração das telecomunicações no país, mas esclarecendo que tal organização deve ser empreendida de modo a garantir o acesso ao serviço a *tarifas e preços razoáveis*, em *condições adequadas* (arts. 1º e 2º). Ao disciplinar as matérias que lhe são afeitas, a Anatel tem que observar a *liberdade* de iniciativa e a *livre concorrência*, coibindo a competição *imperfeita* (art. 6º). Em determinadas e restritas hipóteses, a agência pode ainda estabelecer novas obrigações aos agentes econômicos a ela subordinados, mas o deve fazer garantindo-lhes prazos *adequados* para adaptação.

401

77 Não se quer dizer com isso que a indeterminação possa estar somente na consequência ditada pela norma para uma situação concreta. Evidentemente, pode estar também na *fatispécie* de norma cuja consequência seja perfeitamente definida, ou ainda em ambos os momentos da norma. No entanto, em qualquer dos casos o resultado é o mesmo: é a interpretação que revelará, em cada situação concreta, e à vista de seus elementos concretos, a aplicação, ou não, de uma dada solução jurídica específica.

78 Outros exemplos são dados por Alexandre Santos de Aragão em *Agências de Regulação*, pp. 406 e segs.

No que toca à Agência Nacional de Energia Elétrica, sua competência para a definição de padrões de qualidade, custo, atendimento e segurança dos serviços de energia elétrica deve resultar em disposições *compatíveis com as necessidades regionais* (art. 12 do Decreto nº 2.335/97).

Exemplos como esses poderiam ser colhidos às dezenas na legislação que estabelece os parâmetros de regulação do setor de petróleo (especialmente a Lei nº 9.478/97), saúde (Lei nº 9.656/98), transportes (Lei nº 10.233/01) e tantos outros.

Dos exemplos mencionados acima é possível perceber, antes de mais nada, uma primeira inter-relação importante: a de que *conceitos indeterminados* são, muitas vezes, utilizados para definir os termos do que se poderia chamar de normas com *caráter eminentemente programático*,⁷⁹ utilizadas para *autorizar* a agência a exercer determinada competência normativa, fixando determinados padrões, metas ou finalidades que devem ser observados no exercício dessa competência.

402 Percebida essa inter-relação, contudo, é preciso deixar claro que uma coisa não se confunde com a outra. É perfeitamente possível que a norma programática não se expresse com conceitos fluidos,⁸⁰ assim como é possível, também, que o conceito indeterminado seja utilizado para compor a hipótese de incidência ou determinar a consequência jurídica contidas em norma perfeitamente vinculante e de eficácia plena e imediata.⁸¹

A partir dessas considerações é possível perceber que a indeterminação dos termos utilizados pela lei não significa *a priori* a concessão de margens de ação livre para a administração. Ao contrário, o conceito indeterminado é

79 Nas palavras de Pontes de Miranda, citadas por José Afonso da Silva, "regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os Poderes Públicos. A legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função" (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 137).

80 Como ocorre, por exemplo, com o art. 37, X, da Constituição Federal: "A remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices."

81 Como se dá por exemplo com os dispositivos atinentes ao poder geral de cautela, que autorizam o juiz a conceder providências cautelares quando for relevante a fundamentação e houver risco de dano de difícil reparação.

geralmente utilizado para *delimitar* essa atuação. Onde a lei utilizar conceitos indeterminados para *balizar* a atuação da agência, quer administrativa, quer normativa, em princípio não haverá liberdade absoluta, mas sim *vinculação*, ainda que os termos dessa vinculação dependam, em maior ou menor medida, de *interpretação* do conceito vago. *Balizar* a atuação de alguém é invariavelmente *vincular* essa atuação por determinados critérios. Se os critérios são fluidos, nem por isso deixa de haver a vinculação.

Essa primeira distinção é importante, e para melhor compreendê-la torna-se útil referir, textualmente, as seguintes considerações de António Francisco de Souza, em excelente monografia dedicada ao tema:

"Segundo o entendimento mais comum, a expressão conceito indeterminado pretende referir aqueles conceitos que se caracterizam por um elevado grau de indeterminação. A eles opor-se-iam os conceitos determinados. Talvez entre estes últimos figurem os conceitos relativos a medidas (o metro, o litro, a hora) ou a valores monetários (p. ex., o escudo). Mas no direito os conceitos são geralmente indeterminados, ainda que assim não pareçam (mesa, casa, caminho, coisa, crime, moral pública, interesse público etc.). Ora, assim sendo, não haveria interesse em destacar do todo aquilo que, ao fim e ao cabo, era a sua (do direito) característica principal: a indeterminação dos conceitos jurídicos. Destacar para quê, se eles, sendo a regra, estariam sujeitos à regra geral? Mas, como podemos observar nos exemplos acima referidos, entre os conceitos indeterminados que constituem a regra general no direito, o grau de indeterminação não é sempre o mesmo: ele varia e pode variar muito. Alguns conceitos reúnem o consenso generalizado com relativa facilidade. Assim, p. ex., o conceito *mesa* raramente poderá suscitar grandes dúvidas quanto ao seu referente (excepto no caso de estarmos perante um objecto com uma forma pouco comum, em relação à sua configuração tradicional). Relativamente a outros conceitos, esse consenso já é mais difícil de se obter. Por exemplo, o conceito *coisa*... Finalmente, ainda relativamente a outros conceitos, o consenso é quase impossível de se obter, já que a sua interpretação ocorre sempre, ou quase sempre, associada a uma perspectiva necessariamente pessoal, moldada de acordo com os padrões morais, sociais, culturais, políticos e religiosos do indivíduo (p. ex., o *valor histórico* ou *monumental*

de um prédio, a *ofensa à moral pública* de uma revista ou de um filme, o atentado à *beleza da paisagem* ou ao *equilíbrio ecológico*, a *perturbação da ordem pública...*).⁸²

Em princípio, nada, a não ser um possível grau maior de *interpretabilidade*, diferencia esses conceitos de quaisquer outros conceitos *jurídicos*. Se são *interpretáveis*, são também *determináveis* por esse meio. Se são *jurídicos*, pertencem à seara do *direito* e não exclusivamente à da *política*, sendo essa própria uma distinção em declínio, como se viu acima. São conceitos que vinculam Administração e, se assim o fazem, permitem, em princípio, algum grau de controle jurisdicional.⁸³ Entre nós, aliás, já o afirmou há muitos anos o próprio Supremo Tribunal Federal, dizendo que:

"Saber se um bem foi acertada ou erradamente qualificado como de valor histórico ou artístico não constitui exame de conveniência ou oportunidade, mas precisamente uma indagação de se foi devida ou indevidamente aplicada a lei. Dir-se-á que a lei não fornece os critérios para essa qualificação, não havendo, pois, referência legal para se apurar o erro ou acerto da qualificação. O argumento é em parte, mas não totalmente verdadeiro. A lei estabelece aqueles critérios, bastante vagos é certo, mas os estabelece." Nesse sentido, "a atribuição de valor histórico ou artístico a um bem não é, pois, atividade discricionária, porque não envolve apreciação de conveniência ou oportunidade".⁸⁴

82 *Conceitos indeterminados no direito administrativo*, Coimbra, Almedina, 1994, p. 25.

83 "A interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados é sempre uma actividade da Administração vinculada à lei, pois caracteriza sempre situações em que apenas há uma solução justa", diz António Francisco de Souza (ob. cit., p. 205). No mesmo sentido se posiciona Eros Roberto Grau, ressaltando sua posição no sentido de não ser precisa a consideração de haver "uma única solução justa" e referindo-se, no mais, à idêntica posição de Garcia de Enterría (*O direito posto e o direito pressuposto*, pp. 148-9).

84 A transcrição é feita em 1960 por Vitor Nunes Leal e reproduzida por Antonio Carlos de Araújo Cintra ("Motivo e motivação do ato administrativo", Dissertação de concurso à livre docência de direito administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978, p. 59). Não obstante, é pelo mesmo e exato motivo que se admite o conhecimento de recurso extraordinário para verificar afronta a conceito indeterminado contido na constituição, como operado recentemente no julgamento do RECR-160841/SP, ocorrido em 03.08.1995 e relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, nos seguintes termos: Crime político: conceituação para o fim de

Algo semelhante se passa com os chamados *conceitos técnicos*, de que muito freqüentemente lançam mão as leis pertinentes à regulação econômica. Com relação a eles, o fato de a lei utilizá-los também não parece significar, *a priori*, que tenha sido outorgado ao órgão regulador um cheque em branco para interpretá-los. Também aqui, se a lei resolveu *limitar* a atuação administrativa mediante o estabelecimento de critérios técnicos para essa atuação, esses critérios passam imediatamente a tornar-se *jurídicos*,⁸⁵ vinculando e comportando alguma esfera de controle. É claro que o órgão judiciário terá, eventualmente, alguma dificuldade adicional para lidar com esses conceitos especializados, mas a dificuldade de empreender o controle sobre o ato, seja pela extrema vagueza da lei, seja pela utilização de referenciais técnicos, não deve gerar, por si só, ausência total de controle sobre o órgão administrativo.⁸⁶

verificar a competência da Justiça Federal, segundo a Constituição (art. 109, IV); dimensões constitucionais do tema. Quando, para a inteligência de uma norma constitucional, for necessário precisar um conceito indeterminado, a que ela mesma remeteu – como é o caso da noção de crime político, para a definição da competência dos juízes federais –, é imperativo admitir-se, no recurso extraordinário, indagar se, a pretexto de concretizá-lo, não terá o legislador ou o juiz de mérito das instâncias ordinárias ultrapassado as raiais do âmbito possível de compreensão da noção, posto que relativamente imprecisa, de que se haja valido a Lei Fundamental.

85 V. Carla Amado Gomes, *Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública e do seu controle jurisdicional*, Coimbra, Coimbra Ed., 1999, p. 256. Conceitos técnicos são, tipicamente, conceitos abertos cuja concreção depende de conhecimentos técnicos especializados, como ocorre, por exemplo, com os conceitos de “salubridade”, “intoxicação”, “níveis toleráveis de poluentes” etc.

86 V., a esse respeito, António Francisco de Souza, ob. cit., p. 111, Eduardo Garcia de Enterria, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, p. 359, e Eros Roberto Grau, ob. cit., p. 165. Mesmo quem defende a existência de alguma discricionariedade técnica, como o faz Maria Sylvia Zanella Di Pietro, com apoio em Alessi, distingue as hipóteses em que o conceito técnico serve a critérios administrativos daquelas em que serve a critérios jurídicos, afirmando que no segundo caso ocorre, sim, atuação vinculada (v. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, pp. 77-79). Todavia, o que esse critério leva em conta é o fato da lei ter atribuído ou não o juízo de tomar uma determinada decisão à valoração exclusivamente administrativa. Não é o conceito técnico que dá a nota discricionária, mas a própria lei, explicitamente. De uma forma ou de outra, vale notar que a especialização é, efetivamente, *um dos parâmetros* a orientar a análise de competência institucional que será proposta mais adiante, mas que deve ser ponderado, a cada caso, com uma infinidade de outros critérios

Nesse ponto, sobressai uma questão das mais importantes a serem enfrentadas, que descortina e explica a afirmação anterior de que a dicotomia *discrecionalidade vs. vinculação* representa, na verdade, um *falso dilema*. Trata-se de saber se *todos* os juízos de legalidade do órgão administrativo serão suscetíveis de completo controle judicial. A introdução a esse tema pode ser feita com a seguinte questão: *Como deve o Poder Judiciário lidar com a aplicação de conceitos abertos pelas agências com a finalidade de ajustar prospectivamente determinadas soluções jurídicas, como se dá, v.g., em grande parte das decisões administrativas tomadas pelo CADE (aquelas que impõem condições especiais para a aprovação de um determinado ato de concentração, por exemplo)?*

Na hipótese, não há dúvida de que a atuação administrativa é no sentido de proferir um juízo de *legalidade* e não de *oportunidade*, até porque o princípio base a ser considerado é o do direito à liberdade de empresa, que não pode ser restringido com base em meros critérios de oportunidade administrativa. Se esse direito de liberdade é restringido em concreto, somente pode sê-lo em virtude de norma que assim determine. E verificar a existência dessa norma e os limites em que ela permite em um caso concreto o sacrifício da liberdade de empresa em decorrência da necessidade de proteção à concorrência é indubitavelmente um exercício de aplicação da lei, não simplesmente de formulação de políticas discricionárias.

Em casos como tais, a decisão administrativa é fundada, substancialmente, em um juízo de *legalidade*, que dá concreção a conceitos jurídicos abertos com base em uma determinada compreensão da realidade tirada pelo órgão administrativo, fundada em seu especial conhecimento técnico. Mas esse conhecimento técnico é direcionado não à verificação de fatos passados com vistas à concreção da norma, mas sim a desenhar cenários *futuros* que se possam mostrar conformes à norma. Nesse sentido, ninguém haverá de negar a circunstância de ser, a formulação desse direito do *porvir* muito mais complexa e até mesmo errática que a mera aplicação da lei ao fato já consumado, fundada em silogismos aos quais normalmente se procura resumir todo o vasto fenômeno da aplicação da lei.

Se assim é, a verdade é que a formulação de tais juízos de legalidade com vistas a situações *futuras* encerra, em grande medida, um *palpite* do aplicador quanto ao atingimento dos objetivos estabelecidos na norma, *palpite* esse que encerra, por sua vez, um juízo de legalidade, plausível de ser

Em outras palavras, o Judiciário passa a ser, hoje, agente formulador de políticas, tanto quanto o Legislativo e o Executivo, pois essas políticas incorporaram-se ao direito e ele, Judiciário, é, no mínimo, um dos intérpretes autorizados desse direito.⁹⁶ É o que se percebe, por exemplo, tomando-se a experiência prática colhida em mais de dez anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor. Com base nos *standards* genéricos contidos no Código, foram proferidas decisões judiciais verdadeiramente criadoras de direito e definidoras de políticas públicas, invadindo campos tão específicos quanto, v.g., a determinação de reajustes tarifários em matéria de telefonia.⁹⁷ Exemplos idênticos seriam encontráveis, também, em decisões ligadas à matéria ambiental, de planejamento urbanístico e em inúmeras outras matérias.

Tradicionalmente, sempre se buscou os limites da ação judiciária em elementos característicos à *função* jurisdicional, assim como se procurava encontrar os limites da atuação administrativa em características que fossem próprias a uma certa *função* administrativa. Todavia, se definir os limites e características dessas *funções* já era tarefa ingrata no passado, hoje essa tarefa é ainda mais difícil, por todas as razões já apontadas. A busca de limites,

410

para que se restabeleça o equilíbrio democrático na ação do órgão executivo (*Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências Reguladoras*, capítulo publicado em "Agências Reguladoras" (org. Alexandre de Moraes), São Paulo, Atlas, 2002, p. 166).

-
- 96 Tercio Sampaio Ferraz Junior, "O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?", in *Revista Trimestral de Direito Público*, n° 9, pp. 45/6, 1995. Ver tb. Fábio Konder Comparato, "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas", in *RT* 737:11-22.
- 97 Uma das primeiras decisões sobre esse tema foi proferida no agravo de instrumento n° 873.169-3, que tramitou perante o Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, com relatoria do Juiz Rizzato Nunes. Mais recentemente, o assunto voltou aos tribunais com toda a intensidade, fomentado pela ação do Ministério das Comunicações, cujo titular manifestou posição explicitamente contrária ao repasse integral do IGP-DI às tarifas de telefonia, em junho de 2003, decisão essa ao final tomada pela Anatel. Diante da ação do órgão regulador, a sociedade foi incitada pelo próprio Ministério a procurar o Judiciário, com o objetivo de invalidar o reajuste. Foi concedida medida liminar para esse fim, ao final revogada, por meio de decisão proferida pelo órgão especial do STJ na SL n° 57/04. Ainda pendente, contudo, solução final, de mérito, acerca da questão.

hoje, somente parece ser viável, somente parece fazer sentido, se for focada na instituição,⁹⁸ não mais na função.

A configuração institucional de cada um dos órgãos do Estado (Judiciário, Presidência da República, Ministérios, Agências de Regulação, Parlamento etc.) deve definir, em princípio, o grau de aptidão de cada um desses órgãos para a tomada, em definitivo, de certas decisões sobre determinadas matérias. Mas isso não impede, em absoluto, que essas competências se sobreponham, e relacionem-se de forma complexa.

Não há grande novidade em dizer que, em linha de princípio, as Cortes de Justiça tem uma "vantagem comparativa" sobre as agências de regulação para decidir qual é o sentido da lei.⁹⁹ Mas seguramente haverá situações em que o órgão jurisdicional não se sentirá *institucionalmente aparelhado* a avançar em profundidade em sua atividade de revisão, especialmente no que se refere à substituição da norma administrativa por uma de sua própria lavra. Não parece possível delimitar *a priori* essas situações, mas admiti-lo pode conduzir à constatação de que, mesmo frente ao direito brasileiro, não parece tão absurda a proposta americana de *deferência*, ou *self-restraint*, do órgão jurisdicional.¹⁰⁰ De

411

98 "Institutions are the rules of the game in a society or, more formally, are the humanly devised constraints that shape human interaction", cf. Douglas North, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge, Cambridge University, 1990, p. 3.

99 Para uma defesa explícita dessa tese, contrária, de certo modo, à regra da deferência consagrada no caso *Chevron*, ver Cass Sunstein, "Constitutionalism After the New Deal", 101 *Harv. L. Rev.* 421. Ver, também, do mesmo autor, "On the costs and benefits of aggressive judicial review of agency actions", 1989 *Duke L. J.* 522. A tese oposta é exposta (*pró-Chevron*) por Antonin Scalia em *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, 1989 *Duke L. J.* 511. Também Colin Diver vê, em princípio, maior aptidão institucional das agências para a interpretação do direito em suas respectivas áreas de atuação, cf. *Statutory Interpretation in the Administrative State*, 133 *U. Pa. L. Rev.* 549.

100 Deve ser aqui reiterado, mais uma vez, que a proposta de *deferência* contida no julgamento do caso *Chevron* tem funcionado mais como um programa, como uma recomendação, que propriamente como uma regra seguida fielmente pelas Cortes. "Judges can avoid deferring to the agency interpretation if they find that statutory meaning is clear and unambiguous. By aggressing employing statutory construction, courts decide cases at Step One of *Chevron*, thereby saying that the law is in the traditional sense and avoiding deference to reasonable agency understandings that the judges do not share". Elizabeth Garrett, *Legislating Chevron*, p. 2645. Entre nós, Marçal Justen Filho parece inclinar-se para uma proposta semelhante àquela contida no *step two* do caso *Chevron*, especialmente em matéria técnica: ao Judiciário ficaria reservado, apenas, um exame de razoabilidade da ação administrativa (cf. *O direito das agências reguladoras independentes*, São Paulo, Dialética, p. 592).

toda sorte, algumas sugestões já foram dadas pela literatura que cuidou desse tema.

Citando Antônio Francisco de Souza, Eros Roberto Grau afirma, por exemplo, que, em certas circunstâncias excepcionais, determinados *juízos de legalidade* estariam subtraídos ao exame completo pelo judiciário, como (i) nas "decisões altamente pessoais", (ii) nas "valorações vinculativas", (iii) nas "decisões de caráter prognóstico" e (iv) nas "decisões de enformação."¹⁰¹

Segundo esse critério, deveria ser relativizado o controle, pelo Poder Judiciário, (i) das decisões de órgão administrativo ligadas indissoluvelmente à personalidade de quem as toma, como as apreciações pedagógico-científicas, as apreciações de servidores por seus superiores etc., (ii) das decisões tomadas por órgãos especiais, dotados de legitimidade especial para uma determinada atividade, dada por especial "representação social", sendo exemplos desse tipo de decisão aquelas tomadas por "comissões que apreciam filmes ou avaliam monumentos", (iii) das decisões fundadas na antecipação intelectual do futuro, ou seja, tomadas à vista da afirmação de eventos futuros, uma vez que, nesses casos, é a administração que deve se responsabilizar pelo prognóstico e por seu eventual equívoco, e (iv) das decisões envolvidas em um todo que consubstancia uma política da administração, onde "o político infiltra-se no jurídico, sem deixar limites claros onde acaba um e principia outro".

Para Eros Grau, nessas hipóteses o Judiciário deveria simplesmente apurar se o ato se acomoda ao sistema normativo, se o discurso que o justifica é processado de maneira racional. Bem assim, para o mesmo autor, o Poder Judiciário, em muitas situações, deveria, ao defrontar-se com a interpretação de conceitos jurídicos abertos já interpretados pela administração, limitar-se a verificar se essa interpretação é correta, não podendo a ela sobrepor outra que entenda mais correta.

Não é difícil perceber que muitos dos atos que participam da vida das agências recém-criadas no país poderiam ser identificados, com maior ou menor grau, com as situações acima indicadas, especialmente com a idéia de "valoração vinculativa" e com a noção de "decisão com caráter prognóstico". Contudo, o critério exposto pelo autor não pode ser levado à categoria

101 Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, pp. 162-3.

de lei absoluta, sob pena de se subtrair, em diversas oportunidades, controle sobre tais decisões. Aqui, mais uma vez, não há espaço para a definição de critérios absolutos e apriorísticos, não havendo outra saída para o exame de cada questão em particular senão a consideração prudente de seus elementos específicos.

Além disso, é bem verdade que o grau de *ativismo* ou *self-restraint* do órgão jurisdicional estará ligado sempre a uma série de outros fatores, alguns até mesmo *extra-jurídicos*, como (i) o grau de seriedade, imparcialidade e comprometimento da agência reguladora,¹⁰² (ii) sua abertura democrática, (iii) a legalidade e a transparência de seus procedimentos, (iv) o histórico de sua atuação, (v) a coerência da norma administrativa em apreço com a ação pretérita do órgão etc. Estará ligado, sobretudo, a um teste que promova a "comparação da qualificação institucional" do órgão judiciário e do órgão administrativo para a apreciação, em caráter definitivo, de cada matéria, incluindo temas como o da capacitação técnica (para casos em que a definição da melhor técnica seja tênue) e outros assemelhados.¹⁰³

Além desses elementos de índole mais substancial, a análise do *processo administrativo* utilizado na produção da norma pode revelar-se extremamente útil para a avaliação do grau de deferência que poderá merecer uma dada regra regulatória.¹⁰⁴ A subtração de mecanismos de legitimação como con-

413

102 Para uma análise desse critério na literatura americana, com remissão tanto à sua importância para a jurisprudência das cortes como ao fato das decisões respectivas geralmente não declararem, explicitamente, sua aplicação, v. Elizabeth Garret, *Legislating Chevron*, pp. 2650 e segs.

103 K. Culp Davis, *Administrative Law Text*, p. 561. Ver também Elizabeth Garret, *Legislating Chevron*, pp. 2649 e segs. Essa proposta de análise institucional é analisada, em tema de tutela do meio ambiente, por Carlos Alberto de Salles, *Execução judicial em matéria ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998. Outro texto importante sobre esse tema, citado frequentemente por Salles em seu trabalho, é o seguinte: Neil Komesar, *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy*, Chicago, University of Chicago Press, 1994. Komesar insere, no entanto, mais uma instituição em sua análise comparativa, que não está considerada no estudo ora desenvolvido: o mercado.

104 "[O] princípio democrático implica democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos" (Canotilho, ob. cit., pp. 282/3). V., ainda, Marçal Justen Filho, *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 591, sobre a utilidade de invocar, nesse ponto, a experiência norte-americana.

sultas e audiências públicas ao processo de produção de uma dada norma regulatória compromete muito da deferência de que ela, de outro modo, poderia desfrutar.¹⁰⁵ O mesmo se pode dizer quanto ao comportamento do órgão de regulação no curso dessas audiências e consultas, ou seja, quanto ao grau de atenção que é dado, pelo órgão, a cada comentário e sugestão específica. Vale lembrar que as respostas dadas pelo órgão administrativo a tais sugestões ficam incorporadas, no processo normativo, como *razões determinantes* da regra baixada, possibilitando, assim, novas frentes de controle.¹⁰⁶

9. UMA RECOMENDAÇÃO FINAL

414 O exercício de controle amplo sobre a ação regulatória traz, evidentemente, um grande risco consigo: o chamado risco de *politização da decisão judiciária*. Essa politização, todavia, não deve ser confundida com a atividade legítima das Cortes de Justiça, que consiste, precisamente, em definir o significado concreto de toda uma série de regras que trouxeram, elas mesmas, inúmeros elementos da *política* para o campo *jurídico*. Pense-se aqui nos princípios constitucionais que consagram garantias sociais e direitos fundamentais, por exemplo. E em toda a discussão judicial envolvendo conflitos de justiça distributiva.¹⁰⁷ É claro que as decisões judiciais proferidas nessas matérias são, em largo sentido, políticas, pois lidam com regras jurídicas que definem a alocação de bens e interesses coletivos. Interpretar princípios legais genéricos, especialmente nessas matérias, será sempre uma atividade fortemente marcada por elementos políticos. Além do mais, como anotou Klaus Stern, a própria outorga ao judiciário do poder de declarar a inconstitucionalidade das leis já o incluiu, irreversivelmente, no processo político.¹⁰⁸

105 Cf. Fábio Nusdeo, *Fundamentos para uma codificação de Direito Econômico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 152.

106 V., sobre a suficiência ou não das razões dadas para a prática do ato administrativo, Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Motivo e motivação do ato administrativo*, pp. 134 e segs.

107 V., a respeito, José Reinaldo Lima Lopes, "Justiça e Poder Judiciário (ou a virtude confronto a instituição)", *Revista USP*, n° 21, pp. 22-33.

108 "O Juiz e a Aplicação do Direito", capítulo em *Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides* (org. Eros Roberto Grau), São Paulo, Malheiros, 2001, p. 512.

O que se deve temer, sobretudo, é a decisão judicial que se *sustenta* segundo critérios políticos, "como a busca de apoio na opinião pública, a geração de consenso popular, a manipulação da imagem (o juiz 'progressista', a decisão conforme a vontade do povo), a busca do prestígio (a decisão de repercussão nacional, a entrevista na TV) etc".¹⁰⁹ Essa decisão tira do órgão judiciário aquela característica fundamental que lhe permite, também nas questões políticas, ser um ator importante no jogo de freios e contrapesos da ação estatal: tira-lhe sua relativa impermeabilidade institucional, dada, sobretudo, pelas garantias institucionais inerentes ao órgão jurisdicional, já discutidas anteriormente.

É nesse sentido, então, que se revela preocupante certa exposição crescente de magistrados na mídia, a concessão pontual de entrevistas sobre casos em andamento, o anúncio antecipado pelo magistrado de que uma certa decisão sua irá provocar determinado *impacto* e assim por diante. Essa tendência liga-se profundamente a uma tentativa de suportar a decisão em seu grau de receptividade por parte da opinião pública, o que não poderia ser mais pernicioso à atividade judiciária, especialmente quando se considera que em regra não há, entre as garantias institucionais estabelecidas pela Constituição e pela legislação infraconstitucional para o desempenho da atividade judiciária, previsão de *impedimento temporário* para o exercício de funções públicas por ex-magistrados, ou para o concurso a cargos eletivos, por exemplo.

415

Esse é um desvio que o próprio Judiciário deverá cuidar de coibir. Não obstante, para além dessa preocupação que o próprio Judiciário deve ter constantemente em sua agenda, é preciso notar que algumas características próprias ao *exercício da atividade jurisdicional*, ou, mais especificamente, a seu *instrumento*, podem funcionar como mecanismos de contenção de abusos. São formas de controle *endoprocessual* e *extraprocessual* que a própria lei estabelece, e que se resolvem basicamente nas garantias do contraditório, da publicidade e, sobretudo, da motivação das sentenças e decisões.

A necessidade de motivação das decisões judiciais está longe de ser uma exigência de intensidade uniforme em todos os casos, apresentando-se, ao revés, legitimamente concebida em graus. Nesse sentido, é intuitivo que

109 Cf. Tercio Sampaio Ferraz Junior, *O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?*, p. 47.

quanto mais "livre" seja o órgão judicial para decidir em um ou em outro sentido numa determinada situação, que quanto menos evidentes apresentem-se as soluções jurídicas adequadas à resolução do ponto a ser decidido, mais minudentemente devam ser expostas as razões adotadas para se chegar a determinado entendimento. A apreciação do grau de detalhamento da motivação, portanto, faz-se à vista do caso concreto.¹¹⁰

Quando se discutem no processo situações de direito material ligadas a ramos do direito marcados pelo caráter mais aberto de suas normas, a obrigação de motivar apresenta-se com intensidade maior, o que vale tanto para as decisões judiciais proferidas em sede de controle de atos das agências quanto para as próprias decisões das agências.

416 Nesse passo, não basta a menção a fatos provados e ao direito legislativo, porque esses elementos, por si sós, pouco dizem à ação regulatória. Nessa área, a decisão judicial precisa explicitar as razões sociais, econômicas e políticas que a fundamentam. Cuidando-se de decisões que possuem muitas vezes conteúdo econômico marcante, é importante que a decisão considere, sempre e de forma declarada, a medida em que uma determinada distribuição de custos e benefícios é, por ela, empreendida entre a sociedade, determinados grupos de interesse e determinados agentes em especial, inclusive para fins de controle.¹¹¹

Em resumo, admitir que ao órgão judiciário é dado um acentuado poder de controle sobre a atividade normativa dos órgãos de regulação significa admitir, indiretamente, que ao fim e ao cabo lhe pode competir *escolher*, entre várias soluções teoricamente viáveis, uma que lhe pareça mais *adequada*, considerados determinados valores que devam prevalecer segundo sua visão. Conseqüentemente, significa dizer que uma especial atenção deverá ser dada não apenas ao *modo pelo qual essa escolha é efetivada*, mas também aos critérios materiais que efetivamente a presidem. Os valores escolhidos pela decisão judicial devem ficar claros.¹¹² Para que o controle judicial da ação

110 Cf. Michele Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Pádua, CEDAM, 1975. Cf. ainda Cândido Rangel Dinamarco, "O dever de motivar", in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 1.079, com menção expressa à posição de Taruffo.

111 Ver, a esse respeito, Fábio Nusdeo, *Fundamentos para uma codificação de direito econômico*, pp. 160-165.

112 Cf. Mauro Cappelletti, ob. cit. (nota 91), p. 39.

normativa do Estado seja, efetivamente, democrático, as decisões respectivas devem ser fruto de uma apreciação ampla e completa de todas as variáveis técnicas e fáticas envolvidas em cada caso, bem como de todas as teses jurídicas e, finalmente, da exposição verdadeira das razões (inclusive políticas e sociais) envolvidas na decisão.¹¹³

É preciso que o processo judicial abra espaço, também, para os vários *inputs* que podem ser dados pelos inúmeros possíveis interessados na decisão judicial, o que não é tarefa fácil, uma vez que ele foi concebido, basicamente, para solucionar conflitos bipolares, instaurados entre indivíduos e tendo por mote problemas de justiça comutativa, num modelo de direito bastante próximo àquele do Estado Liberal.¹¹⁴ Os conflitos de que estamos falando neste texto são, substancialmente, policêntricos,¹¹⁵ e desafiam a capacidade do aparelho judiciário para solucioná-los.¹¹⁶ Isso ocorre não apenas nesse aspecto (instrumentos de participação bilaterais/policêntricos), mas também em outros, como os da coisa julgada, legitimação para agir, atuação concreta da sentença etc.

Abordar esses temas, no entanto, já seria o objeto de um outro e específico estudo.

417

113 "Courts either try to avoid the political analysis – which denies them access to an important consideration in the decision whether to allocate law – interpreting authority to agencies or retain it themselves – or they obscure the role that such an analysis plays in their decision, thereby undermining the ability of the public to understand and evaluate regulatory policy. The first strategy leads to incomplete decision making, and the second is incompatible with norms of democratic accountability". Cf. Elizabeth Garrett, *Legislating Chevron*, p. 2.656. O argumento é usado pela autora, contudo, para defender a existência de uma vantagem comparativa do parlamento para a realização de decisões políticas, especialmente sob o prisma da legitimidade democrática. Garrett defende, em seu texto, uma curiosa proposta, relativa à criação de mecanismos que permitissem ao Congresso indicar, em cada caso específico de ambigüidade legislativa, aquele que seria considerado o intérprete final dos termos vagos da lei (i.e., se as cortes ou o órgão administrativo).

114 V., a propósito, José Reinaldo Lima Lopes, ob. cit. (nota 107).

115 V., numa perspectiva mais genérica, sobre a emergência desse tipo de conflito, Owen M. Fiss, *The Forms of Justice*, 93 *Harv. L. Rev.* 1 (1979), pp. 28 a 44, especialmente. Esse texto está hoje traduzido em Owen Fiss, *Um novo processo civil* (trad. org. por Carlos Alberto de Salles), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, pp. 25-104.

116 O próprio enfoque tradicionalmente utilizado para mascarar a natureza policêntrica desses conflitos (a noção de *interesse público*) está em crise. V., a esse respeito, o trabalho de Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto e, especialmente, sua proposta de focar essa noção como "um elo de mediação de interesses privados dotados de legitimidade" (*Regulação Estatal e Interesses Públicos*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 149).